

LE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA COME FORMAZIONI SOCIALI

Beniamino Caravita

(ordinario di diritto pubblico nell'Università La Sapienza di Roma)

Sommario: - Introduzione - 1. Genesi ed evoluzione delle fondazioni bancarie: - Le previsioni normative in materia di Fondazioni bancarie - Giurisprudenza costituzionale e comunitaria - 3. Le Fondazioni bancarie come "libertà sociali" - Dal pluralismo sociale al principio di sussidiarietà - Il sistema dei controlli - 4. La situazione attuale delle fondazioni bancarie: - L'Undicesimo Rapporto sulle fondazioni bancarie - Il progetto di riforma del Libro I, titolo II del Codice civile*

Introduzione

La storia delle Fondazioni di origine bancaria è relativamente recente: il riconoscimento di questi nuovi soggetti, la cui nascita ed evoluzione verrà di seguito analizzata nel dettaglio, si collega invero ad alcuni fenomeni più ampi che hanno coinvolto il nostro ordinamento nell'ultimo ventennio del secolo scorso; e, invero, dobbiamo fare riferimento da un lato all'avvio in molti settori di importanti processi di liberalizzazione e di privatizzazione, dall'altro dobbiamo tener conto della graduale crisi – in tutta Europa, oltre che in Italia - dei modelli statalisti, incentrati sull'idea che lo Stato (unitario e nazionale, di matrice ottocentesca) fosse l'unico depositario dei poteri di comando, direzione e controllo di ogni attività di rilievo collettivo: l'incrocio di questi fenomeni ha permesso un forte (e, in alcuni casi, inaspettato) recupero della capacità di autonomia di molti soggetti che avevano vissuto in sordina, quasi nascondendosi, la fase dell'onnipotenza del soggetto Stato. La riscoperta (anche costituzionale) della sussidiarietà ha così permesso la valorizzazione dell'autonomia, che è andata articolandosi – pur con le dovute differenziazioni – sul modello dell'autoorganizzazione e della libera determinazione dei propri fini, di molti soggetti intermedi, finora schiacciati nella dimensione pubblicistica.

Per le Fondazioni di origine bancaria il processo di riforma è stato avviato dal legislatore nazionale nel 1990 su pressione della Comunità europea.

La "legge delega Amato-Carli" (legge 218 del 1990) dispose che gli enti bancari si dividessero in enti conferitari ed enti conferenti; i primi si trasformarono in società per azioni, sotto

* L'A. ringrazia la dott. Francesca Liberati, dottoranda presso la facoltà di Scienze Politiche dell'Università La Sapienza di Roma, per la preziosa collaborazione alla preparazione dei materiali e alla redazione del testo.

il controllo degli enti conferenti, che solo in seguito avrebbero assunto il titolo di fondazioni di origine bancaria.

In realtà la legge n. 218 non innescò una vera e propria privatizzazione degli enti conferenti, che continuarono ad agire come *holding* pubbliche, gestendo il pacchetto di maggioranza della banca conferitaria, pur senza poter esercitare attività bancaria.

Con la "legge Ciampi" del 1998 e del successivo decreto di attuazione n. 153 del 1999, gli enti conferenti hanno assunto il nome di *Fondazioni bancarie* e sono state proiettate, ormai come enti privati, nel settore del *non-profit*, pur potendo mantenere una certa ispirazione economica, ma non lucrativa.

Gli interventi normativi, che hanno investito le Fondazioni bancarie durante tutta la durata del decennio scorso, non hanno definitivamente chiarito i campi del contendere, lasciando spazio per dissapori tra i nuovi soggetti ed il Governo.

Infatti, nel 2001 le Fondazioni sono tornate sulla scena delle riforme istituzionali: attraverso la cd. "legge Tremonti" n. 448 del 2001 (legge finanziaria per il 2002) e successive modifiche il precedente governo ha apportato alcune modifiche alla disciplina delle fondazioni bancarie, così come impiantata dalla precedente legge del 1998. Questi ulteriori stravolgimenti hanno provocato la reazione delle Fondazioni, che per far valere il loro diritto all'esistenza e all'autodeterminazione sono giunte dinnanzi alla Corte Costituzionale.

L'interpretazione conforme a Costituzione del tessuto normativo e alcune dichiarazioni di incostituzionalità di disposizioni della suddetta normativa da parte del giudice costituzionale (con le sentenze nn. 300 e 301) hanno finalmente consacrato le Fondazioni di origine bancaria come persone giuridiche private, con piena autonomia statutaria e gestionale, suggellandone la collocazione tra le "*formazioni sociali*" ove si svolge la personalità degli individui (Art. 2 Cost.). L'esame della disciplina del settore mostrerà, però, come le vicende normative ed istituzionali successive non siano state del tutto coerenti con le conclusioni alle quali giunse allora la Corte Costituzionale.

A qualche anno di distanza da quelle fondamentali decisioni, resta invero da chiarire se le Fondazioni bancarie debbano essere ancora assoggettate ad una disciplina speciale, che fondamentalmente le sottopone ad un rigido sistema di controlli governativo ovvero appartengano, in quanto formazioni sociali, al *genus* delle fondazioni e quindi soggette alle stessa disciplina per esse prevista dal Codice civile.

Quest'ultima tesi si fonda sul carattere transitorio della normativa del 1998 (l. n. 461 del 1998 e successivo d.lgs. n. 153 del 1999), che ha definitivamente consacrato la natura privata delle fondazioni bancarie e le ha sottoposte ad una disciplina volutamente temporanea, per permettere

l'abbandono totale o sostanziale delle partecipazioni nelle banche conferitarie e la creazione di soggetti volti a realizzare finalità di tipo sociali e filantropici. Tesi, quest'ultima, avvalorata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che le ha collocate in maniera inequivocabile tra i soggetti delle formazioni sociali.

La sfida per le Fondazioni di origine bancaria, quindi, non può dirsi conclusa, anche in ragione, da un lato, di una recente giurisprudenza della Corte di Cassazione¹, che sembra aver rimesso in discussione la natura giuridica delle fondazioni bancarie, dall'altra, dell'esito che potrebbe avere l'attesa riforma del Libro I, Titolo II del Codice civile.

1. Genesi ed evoluzione normativa delle fondazioni di origine bancaria

1.1. Le previsioni normative in materia di Fondazioni bancarie

Nel ricostruire la vicenda normativa dell'evoluzione delle Fondazioni di origine bancaria non possiamo prendere le mosse solo dal 1990, anno dell'entrata in vigore della l. 218 e del d. lgs. attuativo n. 356, bensì è necessario ripercorrere a ritroso la storia sino al momento della nascita dei Monti di pietà e delle Casse di risparmio. Essi affondano le loro radici nella costituzione delle opere pie, istituti creati in forma di associazioni o fondazioni di singoli cittadini o di congregazioni religiose, comunque di natura privata, con fini prettamente filantropici.

E invero proprio il richiamo alle origini delle attuali fondazioni può rappresentare uno strumento per fare chiarezza sulla natura giuridica di questi ultimi soggetti, la cui definizione per troppo tempo è oscillata, a seconda degli indirizzi politico-legislativi, talvolta nella sfera del diritto pubblico, o comunque sotto il controllo dei pubblici poteri, talvolta nella sfera del diritto privato²; situazione che ha alimentato ancor di più il dibattito e il confronto sulla natura giuridica delle fondazioni, aumentando le incertezze e il disorientamento.

Alla base della costituzione di queste originarie istituzioni vi era normalmente un atto negoziale tra persone fisiche³, animate da un forte spirito solidaristico; per lo più si trattava di organismi concepiti con finalità non speculative, bensì filantropiche. Tuttavia in molte di esse l'attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito andò assumendo un carattere

¹ Cfr. in particolare l'ordinanza n. 8319 e la sentenza del 26 dicembre 2006, n. 27619 e del 4 maggio 2007, n. 10253.

² Per una ricostruzione più ampia, cfr. E. Emanuele, *Evoluzione e vicende delle fondazioni di origine bancaria*, Napoli, 2006; D. Iaria, *Le Casse di risparmio; i controlli e la natura giuridica*, in ISAP, *Le riforme crispine. Amministrazione sociale*, Milano 1990, 431 ss., E. Gustapane, *Le Casse di Risparmio. L'evoluzione antecedente*, in ISAP, *Le riforme crispine*, cit., 339 ss.

³ Ci sono stati, seppur pochi, casi in cui promotori della nascita delle casse di risparmio furono organismi locali di diritto pubblico; cfr F. Merusi, *La fine della storia: la legge 461/98 e il d. lgs. 153/99 sulle fondazioni bancarie*, in *Banca, Impresa e società*, 1999, p. 464 ss.

prevalente, tale da trasformarle nel corso del tempo: la loro sempre maggiore opera di intervento nel sociale, la progressiva accentuazione del carattere imprenditoriale dell'attività creditizia e il conseguente accumulo di risorse di capitale portò il legislatore alla fine dell'800 ad interessarsi alla materia, cercando di assoggettarle al controllo del governo. Se a questo interesse aggiungiamo l'influenza di un'ideologia fortemente statalista del periodo, ben si comprende come la sorte delle Casse di risparmio sia stata quella di essere assorbite verso la sfera del diritto pubblico.

Il primo intervento normativo decisivo in tal senso fu la riforma Crispi, in particolare con la legge 15 luglio 1888 n. 5546, di riordino delle Casse di risparmio. Tale legge, tuttavia, non faceva chiarezza sulla natura di questi enti, anzi ne aumentava le ambiguità. A tal proposito tra gli atti parlamentari del 1888, nella relazione al Senato, si affermava: *“Il disegno di legge in esame ha intenti liberali; esso non mira a costituire indebite ingerenze dello Stato su queste benefiche istituzioni (le Casse di Risparmio), ma a determinare in forma legislativa le norme più adatte all'esplicamento dell'esistenza di esse, affinché possano corrispondere ai fini economici e sociali che si propongono”*⁴; e ancora il progetto *“mira essenzialmente allo scopo di dare un ordinamento normale alle Casse di Risparmio, senza menomarne l'autonomia, e di sottrarle alle incertezze della giurisprudenza e dell'arbitrato del Governo”* (ibid., p.276). Anche la posizione del Governo era concorde con questa linea; nella Relazione Grimaldi, presentata alle Camere l'Avvocatura dello Stato affermava: *“Il Governo (...) determinando con norme precise i limiti della sua azione e della sua ingerenza nelle Casse di risparmio, ed ha vivo interesse di sottrarre questi benemeriti Istituti alle incertezze della giurisprudenza (...). (..) non si intende di assumere la tutela delle Casse di Risparmio, di menomarne l'autonomia”*.

Anche dagli argomenti addotti dall'Avvocatura emerge come in origine il carattere di tali soggetti fosse privato e l'interesse da parte dello Stato fosse di tutelarne l'autonomia.

La natura pubblica delle Casse di risparmio andò affermandosi nel corso degli anni '20 del '900 prevalentemente in via giurisprudenziale⁵, in concomitanza con la sempre maggiore assimilabilità di tali enti agli istituti di credito. Lo scopo di questa manovra risiedeva nella necessità di assicurare un penetrante controllo sull'impiego del risparmio a tutela dei depositanti; in sintonia con il regime centralista dell'epoca e la nota politica di rendere pubblici gran parte delle attività produttive e dei servizi, e principalmente degli istituti di credito.

Da un'analisi della giurisprudenza della Corte di cassazione emerge come ancora nel 1925 la Corte avesse escluso la loro natura pubblica; si affermava che gli “istituti che non partecipano, per

⁴ Vedi la pubblicazione a cura dell'ACRI, 267 ss.

⁵ Vedi G. M. Sarocco, *L'evoluzione storica della natura giuridica delle Casse di Risparmio per l'acquisizione del carattere di enti pubblici*, in Foro it., 1986, 2617 ss.; F. Zuelli, *Considerazioni sulla natura giuridica delle Casse di Risparmio*, in Giur. It., 1970, parte I, 550 ss., ancora M. Clarich, *Le Casse di Risparmio verso un nuovo modello*, 1984.

legge o per loro intrinseca natura, della sovranità ed autorità dello Stato, anche se compiano servizi di interesse generale sotto la tutela e vigilanza governativa, non sono enti di pubblica amministrazione; e quindi i rapporti derivanti dal contratto di impiego concluso fra detti istituti ed i loro impiegati non sfuggono all'ordinario sindacato giurisprudenziale"⁶. Successivamente, invece, si affermò la tesi della natura pubblica soprattutto in relazione all'esercizio della funzione di raccolta dei risparmi, che necessariamente doveva avvenire ad opera di un ente pubblico: "la funzione pubblica di favorire il risparmio. Che è il mezzo più nobile per l'elevazione delle classi lavoratrici, esclusa qualsiasi mira di interesse o lucro privato"; tali istituti "prestano, nell'interesse generale, opera che lo Stato potrebbe anche da sé compiere, e che anzi, in concreto direttamente compie con il sistema delle classi postali di risparmio"⁷.

Il processo di pubblicizzazione si rafforzò con la prima legge bancaria, approvata con RD n. 267/1929 e si completò con la successiva del 1936 (RD n. 375/1936). Con tali atti le casse di risparmio e i monti di pietà venivano assoggettati ad una disciplina fortemente dirigista come conseguenza dell'attività da loro svolta di raccolta del risparmio e dell'esercizio del credito come funzioni di pubblico interesse. La funzione creditizia divenne prevalente, ma rimase comunque rilevante quella assistenziale e sociale, tale da mantenere una distinzione tra le casse di risparmio e gli altri istituti bancari. Infatti, all'art. 1, comma 1, della legge sopramenzionata, dopo aver proclamato che "la raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico", si aggiungeva che "tali funzioni sono esercitate da istituti di credito di diritto pubblico, da banche di interesse nazionale, da Casse di Risparmio e da istituti e banche, enti e imprese private a tale fine autorizzate" (art. 1, comma 2).

Tuttavia l'interesse di legislatore era quello di far prevalere la tesi della natura pubblica di tali enti e così avvenne. Le ragioni della pubblicità venivano trovate soprattutto nei controlli e nei limiti di attività che la legislazione prevedeva, al fine di vigilare il corretto uso del risparmio popolare depositato presso le Casse⁸.

⁶ Cass., Sezioni unite, 17 gennaio 1925, in Giur. It., 1925, I, p.439; ID., 27 novembre 1924, ibidem, I, p.13.

⁷ Cons. Stato, Sez. V, 4 agosto 1926, in Giur. It., 1927, p.1; Sez. IV, 6 agosto 1926, ibidem, III, p.44; conformemente Cons. Stato, Sez. IV, 6 agosto 1926, ivi, 1927, I, p. 44; Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 1930, in Riv. Amm., 1930, p. 454; Cons. Stato, Sez. V, 4 luglio 1931, in Giur. It., 1931, III, p. 74; Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 1933, in Foro it., 1934, parte III, p.248; Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 1934, in Riv. Amm., 1934, p.468; Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 1934, ibidem, 1934, p.859.

⁸ A tal proposito rimandiamo alle argomentazioni sostenute da di G. Ingrosso, contenute nella voce "Cassa di Risparmio" nel Nuovo Digesto it. del 1939, che fu uno dei primi sostenitori della tesi della natura pubblica delle Casse di Risparmio, il quale affermava: "Alla istituzione delle Casse di Risparmio concorre, insieme con quella delle associazioni e degli enti che la creano, la volontà dello Stato attraverso l'approvazione degli atti costitutivi e degli Statuti: approvazione che implica controllo di opportunità e di convenienza economica e finanziaria", ancora "(...) perciò i nostri istituti sono organi della funzione pubblica del risparmio, cioè sono strumento esclusivo e necessario della organizzazione del risparmio quale funzione di Stato".

Questa impronta dirigista-statalista ha caratterizzato la politica economica italiana per un lungo periodo, ben oltre l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel 1948.

Soltanto la "legge Amato-Carli" del 1990⁹ ha disposto per le Casse di Risparmio una nuova disciplina.

Va sottolineato come il processo, che investì allora la riforma del sistema creditizio italiano, era nato per fronteggiare l'apertura dei mercati ai *partners* d'oltralpe ed era servito a rendere le banche appetibili nel Mercato Unico Europeo. La soluzione fu intravista dall'allora Governatore della Banca d'Italia Ciampi¹⁰ nello scorporo della dimensione bancaria da quella della fondazione.

L'art. 1 della legge n.218 del 1990 sancisce la trasformazione degli enti pubblici creditizi¹¹ in "società per azioni operanti nel settore del credito", scegliendo il metodo del conferimento dell'azienda bancaria, mediante scorporo del precedente ente unitario, in una o più società per azioni¹². In vista di ciò, nell'art. 2, 1°co., lett. d, si prevedeva una delega al Governo per "introdurre una disciplina volta a garantire la permanenza del controllo diretto o indiretto di enti pubblici sulla maggioranza delle azioni"¹³.

La legge delega prevedeva, poi, che le operazioni di trasformazione e, in particolare, i conferimenti da parte degli enti pubblici creditizi dell'azienda bancaria in società costituite o costituende fossero facoltativi (artt. 1 e 2, I c., lett. a) e venissero favoriti con agevolazioni tributarie.

Gli enti conferenti dovevano conservare il controllo delle conferitarie (art.2, lett. c), controllo che solo eccezionalmente potevano dismettere, sotto particolari condizioni e interventi di vigilanza.

⁹ Legge delega n. 218 del 1990, recante <<Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico>>.

¹⁰ La riforma degli istituti di credito di diritto pubblico prende inizio da una lunga riflessione maturata in seno alla Banca d'Italia e con il supporto conoscitivo della dottrina. Il materiale raccolto è così confluito in due 'Libri bianchi', rispettivamente del 1981 e 1988. Nel Libro del 1981 salde erano le prospettive di mantenere la banca in mano pubblica, dal momento che, si legge nel documento "la banca in mano pubblica soddisfa l'esigenza di garantire l'autonomia dei singoli intermediari, evitando in particolare l'acquisizione di posizioni di controllo nella banca da parte dell'industria e l'articolazione del sistema creditizio; per entrambe le vie, essa contribuisce a realizzare un adeguato grado di concorrenza nel mercato monetario e finanziario". In BANCA D'ITALIA, "Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive", in *Bollettino*, numero unico/1981, p 429. Il successivo 'Libro bianco' del 1988, muovendo dalla constatazione della "forte pressione concorrenziale" che il mercato unico esercitava, in vista di un adeguamento delle normative nazionali ai parametri europei, perviene alla soluzione di applicare il modello delle società per azioni agli enti pubblici bancari. In ID, "Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello della società per azioni", in *Bollettino economico*, n. 10/1998, p 44 ss.

¹¹ Tra i quali figuravano, oltre alle Casse di Risparmio, anche, ad esempio, l'Istituto San Paolo di Torino, il Monte dei Paschi di Siena ed il Banco di Napoli.

¹² Già esistenti o appositamente costituite anche con atto unilaterale.

¹³ Mediante diritto di voto nell'assemblea ordinaria delle società per azioni così costituite.

In questa prima fase, brevemente descritta, l'oggetto dell'attività degli enti conferenti, che solo successivamente assumeranno il titolo di Fondazioni bancarie¹⁴, era, pertanto, rappresentato dalla “*gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette e indirette*” e la loro iniziale natura era quella di enti pubblici economici.

Questi principi sono stati recepiti dal d. lgs. 20 novembre 1990, n. 356¹⁵, che specificando la nascita di due soggetti separati (enti conferenti ed enti conferitari) ne ha determinato uno stretto legame. Nello specifico:

- l'ente conferente era il principale titolare del capitale della banca conferitaria, potendo mantenere la partecipazione di controllo (artt. 1-7 del d. lgs. n. 356 del 1990);
- era prevista una “continuità operativa” tra i due soggetti, assicurata dalla previsione nello statuto dell'ente conferente della nomina di membri della proprio comitato di gestione nel consiglio di amministrazione della società conferitaria (art. 12, comma 1, lett. c), del d. lgs. n. 356 del 1990);
- si riconosceva “*piena capacità di diritto pubblico e privato*” all'ente conferente, a cui si continuavano ad applicare le disposizioni di legge relative alla procedura di nomina degli organi amministrativi e di controllo (art. 11, comma 2, del d. lgs. n. 356 del 1990); secondo quanto previsto dalla disposizione, “*gli enti conferenti di cui all'art.1, I comma, che hanno effettuato il conferimento dell'intera azienda sono disciplinati dal presente titolo e dai loro statuti. A tali enti, che hanno piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato, continuano ad applicarsi le disposizioni di legge relative alle procedure di nomina degli organi amministrativi e di controllo*”.

A ben guardare, la formula della contemporanea dotazione di capacità di diritto pubblico e di diritto privato è un *non sense*, in primo luogo perchè né le originarie Casse di Risparmio, né tanto meno gli enti conferenti, hanno mai esercitato alcuna potestà d'imperio¹⁶; in secondo luogo perchè “*la piena capacità di diritto pubblico*” sembra solo uno strascico della qualificazione delle Casse come enti pubblici.

L'art. 12, comma 2, lett. a), sotto la voce Statuti, stabiliva che essi avrebbero dovuto conformarsi ad una serie di principi; in particolare le lettere da *a* ad *h* prevedevano che “*gli enti perseguono fini di interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori di ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte e della sanità. Potranno essere, inoltre, mantenute le originarie finalità di assistenza e di tutela delle categorie sociali più deboli. Gli enti possono compire le*

¹⁴ La denominazione originale venne introdotta solo nel testo del d.lgs. n. 153 del 1999. Tuttavia M. Clarich e A. Pisaneschi, in ID, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, Il Mulino, 2001, p 7, hanno constatato che il termine veniva già utilizzato nel dibattito della dottrina.

¹⁵ Recante <<Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio>>.

¹⁶ F. Galgano, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contratto ed impresa*, 1996, p 811 ss.

operazioni finanziarie, commerciali, immobiliari e mobiliari, salvo quanto disposto dalla lettera successiva, necessarie od opportune per il conseguimento di tali scopi” e quello per cui “gli enti amministrano la partecipazione nella società per azioni conferitaria dell’azienda bancaria finché ne sono titolari” e “non possono esercitare direttamente l’impresa bancaria, nonchè possedere partecipazioni di controllo nel capitale di imprese bancarie o finanziarie diverse dalla società per azioni conferitaria; possono, invece, acquisire e cedere partecipazioni di minoranza al capitale di altre imprese bancarie e finanziarie”.

Per quanto riguarda la vigilanza, l’art. 14, comma 1, disponeva che gli enti conferenti fossero sottoposti alla vigilanza del Ministero del Tesoro, a cui trasmettere i bilanci annuali preventivi e consuntivi per l’approvazione. Erano previsti obblighi d’informazione, ove richiesti, alla Banca d’Italia e al Ministero del Tesoro.

Mentre nella legge delega n. 218 del 1990 si statuiva che lo statuto avrebbe dovuto *“prevedere che oggetto dell’ente sia la gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette ed indirette”* (art. 2, I c., lett. c) legge n. 218 del 1990), il successivo decreto legislativo n. 356 del 1990 ha precisato che tali enti *“amministrano la partecipazione nella società per azioni conferitaria dell’azienda bancaria finché ne sono titolari”* (art. 12, I c., lett. b) del d. lgs. n. 356 del 1990).

Negli anni successivi con il decreto legge n. 332 del 1994 e in particolare con la *“direttiva Dini”* del 18 novembre 1994 si è voluto accelerare il processo di dismissione della proprietà delle banche da parte degli enti conferenti, ribadendo il vincolo di destinazione dei proventi a fini di “interesse pubblico e di utilità sociale”. Con tale provvedimento, che all’art. 1, comma 7, ha assegnato al Ministero del Tesoro il compito di stabilire, con proprio decreto, *“criteri e procedure di carattere generale per le dismissioni delle partecipazioni deliberate dagli enti conferenti di cui all’articolo 11 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, tenendo presenti le norme vigenti in materia di dismissioni delle partecipazioni dello Stato, nonché per l’utilizzo dei relativi proventi, che devono essere impiegati secondo criteri di diversificazione del rischio degli investimenti”*.

E’ stato specificato successivamente che *“gli enti conferenti, ai sensi dell’art. 12, comma 1, lett. b), del d. lgs 20 novembre 1990, n. 356, devono restare estranei alla gestione della società conferitaria e delle società ed enti che con essa compongono il gruppo creditizio”*.

Il legislatore voleva in questo modo concentrare in capo agli enti conferenti l’attività nel perseguimento di finalità sociali, restando esclusa la gestione della società conferitaria; in tal senso si spiega anche il potere di vigilanza in capo al Ministero.

E' in questo contesto che si è finalmente giunti alla legge delega n. 461 del 1998 (c.d. "riforma Ciampi"), e al decreto attuativo n. 153 del 1999¹⁷, i quali hanno cercato di far chiarezza sulla discussa natura giuridica, sugli obiettivi e sulle modalità operative delle Fondazioni¹⁸. In tale prospettiva si colloca la disposizione contenuta nell'art. 1, comma 1, del decreto n. 153, la quale stabilisce che *"le Fondazioni sono 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"*.

Tuttavia se la *ratio* è quella di garantire la trasformazioni degli enti pubblici conferenti in fondazioni di diritto privato attraverso l'esplicito riconoscimento della natura giuridica, ad esso non si accompagnarono norme intese a tutelare il necessario spazio alla loro autonomia statutaria e operativa; sono, infatti, stati stabiliti puntuali limiti ad essa, come l'attribuzione di un potere di indirizzo e controllo all'autorità di vigilanza individuata nel Ministero del Tesoro, tali da ridurre fortemente la portata innovativa dell'art. 1, comma 1, e da rendere il riconoscimento iniziale quasi una formula ancora ambigua.

Quanto agli obiettivi, questi vengono circoscritti agli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico¹⁹, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a, della legge n. 461/98²⁰. Perciò l'assegnazione di uno specifico campo d'azione nell'ambito locale consentirebbe un legittimo intervento dei privati nel sociale, in conformità ed applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, ai sensi del nuovo Art. 118, 4°co. Cost.

A tali soggetti è stato espressamente precluso l'esercizio di funzioni creditizie, nonché *"qualsiasi forma di finanziamento, di erogazione o, comunque, di sovvenzione, diretti o indiretti, a enti con fini di lucro o in favore di imprese di qualsiasi natura, con l'eccezione delle imprese"*

¹⁷ Recante << *Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 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*>>.

¹⁸ Le finalità perseguite dal legislatore sono espresse chiaramente nella relazione di accompagnamento all'AC 3194 presentato il 12 febbraio 1997 dall'allora Ministro del Tesoro Ciampi, che è poi diventato la legge delega. Nella relazione si legge che si intende "porre termine alla disputa sulla natura giuridica, pubblica o privata, delle fondazioni di origine bancaria o, come denominate nella legge n.218 del 1990, enti conferenti. L'incertezza residua su questo punto e il progressivo ritorno, anche semantico, e per via giurisprudenziale, a prevalenti qualificazioni giuspubblicistiche fanno ritenere urgente una definizione più congrua (...) occorre definire, cioè, gli enti come dotati di personalità giuridica di diritto privato con piena autonomia statutaria e gestionale".

¹⁹ Proprio il riferimento alla promozione dello sviluppo economico portava a non escludere la vocazione economica della Fondazione Bancaria, che nei 'settori rilevanti' aveva la possibilità di perseguire gli scopi istituzionali anche attraverso imprese c.d. 'strumentali'. Così M. Clarich - A. Pisaneschi, *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 3/2002, p 334.

²⁰ Nella medesima disposizione, che provvede al riordino dell'intera disciplina degli enti conferenti, è prevista anche una sezione dedicata alle modalità operative delle Fondazioni. Precisamente nella lett. c si evince che queste *"operano secondo principi di economicità della gestione"* e che, nel possibile conferimento, ai fini della gestione patrimoniale, di incarichi a soggetti autorizzati, debbano rispettarsi nelle operazioni di dismissione, *"modalità idonee a garantire la trasparenza, la congruità e l'equità"*.

strumentali, delle imprese sociali e delle cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381".

Uniformandosi alle direttive della legge delega, il d. lgs. n. 153 del 1999 all'art. 4 ha previsto tre organi distinti per le funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo, disciplinandone competenze e modalità di composizione. Con particolare attenzione all'organo di indirizzo, l'art. 4, I comma, lett. c), prevede la necessaria presenza al suo interno di "un'adeguata e qualificata rappresentanza del territorio, con particolare riguardo agli enti locali".

Infine, la vigilanza sulle Fondazioni bancarie è attribuita al Ministero del Tesoro (art. 10), per 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 dagli statuti.

A tre anni di distanza dal decreto legislativo n. 153 del 1999 si è inserito uno dei più controversi interventi da parte del legislatore nazionale in materia di fondazioni bancarie ad opera dell'art. 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448²¹.

Con il cambiamento di maggioranza, infatti, in Parlamento ha mutato anche il processo di ristrutturazione delle Fondazioni, intervenendo pesantemente in tema di *mission, governance* e modalità operative. La principale modifica operata dalla finanziaria del 2002, in tema di enti conferenti, ha interessato proprio l'ambito di operatività delle Fondazioni bancarie. Tale assunto si può ben comprendere analizzando le modifiche apportate all'art. 2 del d.lgs. n. 153 del 1999 ad opera dell'art. 11 della legge n. 448²².

Dall'interpretazione della novella si evince che le Fondazioni bancarie possono operare soltanto negli ambiti tassativamente delineati dalla legge. Nello specifico le Fondazioni possono esercitare la propria attività (e destinare il loro finanziamento) prevalentemente nei "settori rilevanti", scelti ogni tre anni tra quelli "ammessi"²³, e in minima parte in questi ultimi, che peraltro possono essere modificati dall'Autorità di Vigilanza con regolamento governativo²⁴. Lo statuto

²¹ Recante <<Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)>>.

²² Art. 2 del d.lgs. n. 153 così come modificato dalla legge n. 448 del 2001: "Le fondazioni, in rapporto prevalente con il territorio, indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi e 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".

²³ I "settori ammessi" sono quelli indicati nell' art. 1, 1°co, lett. c-bis, del d.lgs. n. 153/99, come novellato dalla legge n. 448, ossia: 1) famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; 2) prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare e 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. Scorrendo attentamente la lista dei settori d'intervento, non è possibile non accorgersi di alcuni 'intrusi', che scarsa attinenza sembrano avere rispetto alle finalità tipiche di un ente *non profit*.

²⁴ Da emanarsi ai sensi dell'art. 17, 2°co, legge n. 400 del 1988

delle Fondazioni diviene perciò assoggettabile ai vincoli normativi di fonte secondaria²⁵. In questo quadro non sembra azzardato sostenere che l'autonomia statutaria delle fondazioni sia stata fortemente ridimensionata²⁶.

Inoltre, quale ulteriore testimonianza del tentativo di ridimensionamento dell'autonomia delle fondazioni, si pone la previsione di un'altra importante novità, stavolta in materia di organizzazione interna. Mentre, infatti, nel decreto n. 153 l'Organo di indirizzo doveva prevedere una composizione tale da assicurare la *“un'adeguata e qualificata presenza [degli] enti locali”*²⁷, in modo da prevedere un'equilibrata attribuzione del potere di nomina sia a soggetti privati che pubblici, la novella della “legge Tremonti”, all'opposto, ha imposto una rappresentazione degli enti territoriali *“in rapporto prevalente”*²⁸. Simili modificazioni hanno indotto la dottrina a parlare di *“controriforma”*²⁹, per riferirsi all'inversione di marcia rispetto alla riforma Ciampi, in quanto sembrava ricondurre sotto il controllo pubblico soggetti che la stessa riforma aveva proclamato *“persone giuridiche private”* (art. 2, 1° co., d.lgs. n. 153/99), nel contempo trasformando le Fondazioni in enti strumentali e di supporto per i compiti istituzionali di Regioni, Province, Comuni (e Città metropolitane). Nonostante la norma di interpretazione autentica, contenuta nella l. 112 del 2002³⁰, che – ulteriormente aggrovigliando la vicenda, aveva definito le Fondazioni bancarie come enti dotati di un *“regime giuridico privatistico, speciale rispetto a quello delle altre fondazioni”*³¹, a fugare i dubbi sulla legittimità costituzionale di tali previsioni normative è intervenuta la Corte costituzionale.

In seguito alle sentenze 300 e 301, che verranno qui di seguito approfondite, il ministero dell'Economia e delle Finanze ha poi adottato un nuovo schema di regolamento (per sostituire quello precedente, il n. 217/2002, frutto della cosiddetta riforma Tremonti), il D.M. n. 150 del 2004. Il decreto del 2004 segna il punto di arrivo di un lungo e contrastato percorso normativo e

²⁵ Smentendo Autori che, come A. Baldassarre, avevano sostenuto l'impossibilità di depauperamento dell'autonomia ormai riconosciuta a soggetti di diritto privato. Vd ID, *le Casse di risparmio come formazioni sociali e società di credito private*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Le fondazioni Casse di Risparmio*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 74.

²⁶ Vd. G. Pagliari, *Le Fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004 p. 22 ss.

²⁷ Art. 4, I c., lett. c, d.lgs. n. 153/99, prevedendo, altresì che venissero disposte *“modalità di designazione e di nomina dirette a consentire un'equilibrata, e comunque non maggioritaria, rappresentanza di ciascuno dei soggetti che partecipano alla formazione dell'organo”*.

²⁸ Art. 11, 3° co., legge n. 448/01.

²⁹ M. Tieghi, *Le fondazioni bancarie. Riforma o controriforma?*, Milano, Egea, 2002, p. 18-19.

³⁰ Recante <<*Disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture*>>

³¹ In quanto ordinato per legge in funzione: a) della loro particolare operatività, inclusa la possibilità di partecipare al capitale della Banca d'Italia; b) della struttura organizzativa, basata sulla previsione di organi obbligatori e su uno specifico regime di requisiti di professionalità, di onorabilità e di incompatibilità; c) dei criteri obbligatori di gestione del patrimonio e di dismissione dei cespiti; d) della facoltà di emettere titoli di debito convertibili o con opzioni di acquisto; e) dei vincoli di economicità della gestione e di separazione patrimoniale; f) dei vincoli di destinazione del reddito, delle riserve e degli accantonamenti; g) delle speciali norme in materia di contabilità e di vigilanza; h) del criterio secondo cui le norme del codice civile si applicano alle fondazioni bancarie solo in via residuale e in quanto compatibili, ai sensi dell'art. 5 del d.l. n. 63 del 2002, coordinato con la legge di conversione n. 112 del 2002.

giurisdizionale verso la definizione di una auspicata, ma non ancora prevedibile, conclusione positiva dell'intera vicenda delle fondazioni bancarie.

Il provvedimento ha recepito tutte le indicazioni, evidenziate dal giudice costituzionale con le dichiarazioni di incostituzionalità, stravolgendo il precedente regolamento; ha mostrato di aver compreso (almeno tendenzialmente) l'esigenza di rispettare e garantire la natura ormai dichiaratamente privata delle Fondazioni bancarie.

L'atto asciutto ed essenziale nella forma amplia l'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni. Nei poche articoli, di cui il regolamento si compone, sono stati affrontati tutti i nodi critici intorno ai quali si era sviluppato il dibattito ed il conflitto tra l'autorità di vigilanza e gli enti vigilati: i settori di intervento, la composizione dell'organo di indirizzo; le incompatibilità; il controllo congiunto.

L'elenco dei settori ammessi è rimasto immutato; l'art. 2 ripropone la necessità di scegliere i settori all'interno dei quali operare, ampliando in ragione di una minore limitazione delle scelte dei soggetti privati il numero dei cd. settori rilevanti da tre a cinque.

Allo stesso tempo scompaiono il vincolo a ripartire il reddito tra i settori rilevanti in misura equilibrata e secondo un criterio di rilevanza sociale; il IV comma dell'art. 2 dispone che la restante parte del reddito "può essere diretta a uno o più settori ammessi".

L'art. 3 nel dettare norme relative all'organo di indirizzo elimina la previsione (censurata dalla Corte cost.) di una prevalente composizione pubblica a favore di una composizione più attenta a tutti gli interessi coinvolti; il I comma, infatti, dispone che l'organo di indirizzo sia composto da "*una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali*". L'importanza degli enti pubblici territoriali esce fortemente ridimensionata a vantaggio della componente legata alla società civile, data l'ampia discrezionalità lasciata alle fondazioni nella scelta dei membri.

Anche con riferimento alla determinazione dei casi di incompatibilità le fondazioni acquistano nuovi spazi di autonomia: l'impedimento viene ora limitato ai soli consiglieri di amministrazione e membri del collegio sindacale, all'assunzione di incarichi di amministrazione, direzione o controllo presso la banca conferitaria, le sue controllate o partecipate (norma che desta ancora perplessità).

1.2. Le posizioni assunte dalla giurisprudenza

Nell'ultimo decennio, accanto all'intervento del legislatore l'apporto giurisprudenziale è stato determinante per definire la materia, la natura e l'ambito di esercizio delle funzioni delle

Fondazioni bancarie. Numerose sono state le pronunce sia nazionali che comunitarie interessanti in materia.

Quanto ai primi le decisioni più rilevanti sono rappresentate dal parere del Consiglio di Stato in sede consultiva sullo schema di regolamento n. 217 del 2002 e dalle sentenze della Corte costituzionale (sentt. 300-301 del 2003).

1.2.1. Il Parere del Consiglio di Stato n.1354 del 2002

La Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, con il parere 1 luglio 2002 n. 1354, si è pronunciata sulle aspre critiche che venivano rivolte, dal mondo delle Fondazioni bancarie, alla riforma Tremonti³².

Il Consiglio di Stato, pur non introducendo rilevanti modifiche al regolamento, ha ribadito la natura privata delle fondazioni bancarie e la necessità di rispettarne l'autonomia³³. In particolare dopo aver ripercorso le vicende storiche delle Casse di Risparmio, i giudici si sono soffermati sull'importanza dell'introduzione tra i principi costituzionali del nostro ordinamento del principio di sussidiarietà orizzontale, il quale costituisce *“il criterio propulsivo in coerenza al quale deve ora svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo”*. Il riconoscimento di tale principio e le implicazioni che ne derivano hanno mutato, secondo il Consiglio di Stato, la nozione stessa di autonomia privata; il suo riconoscimento, infatti, ha assunto una portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione di bisogni individuali, ma anche quando persegue utilità generali³⁴.

La questione di fondo nella materia delle Fondazioni bancarie non è più, seppur ancora fortemente dibattuta, relativa alla loro natura³⁵ – in quanto le fondazioni sono state espressamente definite persone giuridiche di diritto privato – ma quella relativa **“al grado di compressione che è possibile imprimere all'autonomia privata per la protezione di esigenze collettive che tali**

³² In particolare il parere del Consiglio di Stato si rivolge nei confronti del decreto del Ministero delle Finanze, n. 217 del 2002 (*«Regolamento ai sensi dell'art. 11, comma 14, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 in materia di disciplina di fondazioni bancarie»*).

³³ Al paragrafo I.2. del parere il Consiglio di Stato ha sottolineato che la legge n. 448/01 *“comporta una indubbia limitazione dell'autonomia statutaria delle fondazioni prevista dal decreto legislativo n. 153, il che ha fatto dubitare della sua compatibilità con il “regime giuridico privatistico”, ancorché “speciale”, delle fondazioni bancarie e quindi, tra l'altro, con la disciplina costituzionale dell'autonomia privata (art. 41 Cost.), del diritto di associazione dei cittadini (art. 18 Cost.) e degli stessi diritti dell'uomo nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.), oltre che con il principio di ragionevolezza ex art. 3, secondo comma, Cost.”*.

³⁴ Rif.: *“il patrimonio accumulato nel corso dei decenni dalle banche pubbliche – e, in occasione della loro trasformazione in società per azioni controllate dalle fondazioni bancarie, attribuito a queste ultime – appartiene, moralmente anche se non giuridicamente, alle collettività dei depositanti-risparmiatori e dei beneficiari del credito, prima ancora e più che agli enti esponenziali delle collettività locali; in altri termini, esso appartiene al “pubblico”, intesa l'espressione non in senso strettamente giuridico, ma in senso prevalentemente socio-economico, come patrimonio della collettività nel suo insieme”*.

³⁵ Rif.: *“il legislatore continua ad assegnare il dovuto rilievo agli aspetti che sono propri delle attività destinate a soddisfare peculiari interessi collettivi, pur ritenendoli compatibili con l'abbandono del regime pubblicistico in favore di una disciplina di diritto privato”*.

soggetti perseguono, senza che ciò si traduca con lo stravolgimento della sua stessa nozione e del suo nucleo essenziale che la Carta costituzionale ha inteso preservare soprattutto con le modifiche introdotte dagli artt. 117 e 118 Cost.”.

1.2.2. *Le Sentenze della Corte costituzionale n. 300 e 301 del 2003*

La presentazione, da un lato, di un ricorso principale di alcune regioni avverso la legge statale, e dall'altro, la rimessione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 della legge n. 448 del 2001, hanno originato le due ormai storiche sentenze della Consulta (nn. 300 e 301) in materia di Fondazioni bancarie. Le ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale per dubbi sulla costituzionalità di alcune disposizioni della legge sopra menzionata erano state sollevate dal Tar del Lazio³⁶ su ricorso dell'ACRI e delle fondazioni.

Le due sentenze complementari – per espressa affermazione della Corte – rispondono a due istanze diverse.

La prima, la sentenza n. 300³⁷, affronta la problematica delle fondazioni bancarie in relazione alla separazione delle competenze tra Stato e Regioni, rispondendo alla duplice questione se, da un lato, le regioni potevano disciplinare in via concorrente la materia delle Fondazioni bancarie in quanto inclusa nella materia “casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale” (art. 117, III comma Cost.); e dall'altro, se il regolamento Tremonti aveva leso le prerogative delle Regioni in virtù dell'ampliamento ad opera di questo dei settori di intervento delle Fondazioni bancarie, rientranti anche in alcune materie di legislazione esclusiva delle Regioni. La Corte ha dato risposta negativa ad entrambe le questioni; secondo il giudice costituzionale, infatti, *“la trasformazione della natura giuridica degli originari enti conferenti può dirsi normativamente realizzata”*; pertanto le fondazioni bancarie non possono più considerarsi elementi costitutivi dell'ordinamento creditizio sottoposto alla potestà delle Regioni. L'evoluzione legislativa ha portato a definire tali soggetti come persone private senza scopo di lucro, *“della cui natura, il controllo della società bancaria o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante. La natura privata delle Fondazioni le ha attratte nella disciplina dell'“ordinamento civile”*, che l'Art. 117 affida alla competenza legislativa esclusiva dello Stato³⁸.

³⁶ Ordinanza 8 febbraio 2003 n. 803 sulla questione di legittimità dell'art. 1, I comma, lett. c), d. lgs. n. 153 del 19099, come sostituito dalla legge n. 448 del 2001.

³⁷ Nello specifico esso aveva ad oggetto i conflitti di attribuzione sollevati dalle Regioni Marche, Toscana, Emilia Romagna ed Umbria, per violazione sia della competenza legislativa concorrente attribuita alle Regioni, ai sensi dell'Art. 117, 3°co. Cost., in materia di “*casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale*”, sia della competenza regolamentare riconosciuta, sempre alle Regioni, dal 6° comma del medesimo articolo, fatta eccezione delle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato. In occasione del ricorso vennero impugnate numerose norme della legge n. 448 del 1999 ed, in specie, l'art. 11 della medesima legge.

³⁸ Da tale previsione discende la legittima competenza regolamentare statale, riconosciuta anche dall'art. 11, 14°co., della legge n. 448 del 2002.

Secondo il giudice costituzionale, pertanto le fondazioni di origine bancaria possono essere collocate tra i soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali"³⁹, mentre è da escludere che esse possano ricondursi "in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo ed oggettivo"

Con la sentenza n. 301 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale della disciplina speciale, così come modificata dalla legge n. 448 del 2002⁴⁰.

A fronte delle numerose censure sollevate dal Tar Lazio, la sentenza n. 301 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tre diverse disposizioni:

- in primo luogo è stata dichiarata incostituzionale la norma relativa alla composizione dell'organo di indirizzo, che rendeva obbligatoria al suo interno una "prevalente e qualificata rappresentanza di Regioni ed enti locali". Il giudice ha ritenuto incostituzionale la pretesa di prevedere non la presenza di rappresentanti delle realtà locali, ma la previsione di una loro "prevalenza"; **non tenendo così in considerazione tutte "quelle diverse realtà locali, pubbliche e private, radicate sul territorio ed espressive, per tradizione storica, connessa anche alle origini delle singole fondazioni, di interessi meritevoli di essere rappresentati nell'organo di indirizzo"**;

- la Corte ha ritenuto, poi, costituzionalmente illegittime le norme che prevedevano poteri di indirizzo di carattere generale in capo all'autorità di vigilanza; già il Tar Lazio aveva affermato che, se potevano ritenersi ammissibili interventi in sede di controllo di legittimità giustificati dal carattere collettivo dell'interesse perseguito dalle Fondazioni, altrettanto non poteva dirsi per interventi di carattere dirigistico; la Corte, tuttavia, nell'accogliere la censura, ha motivato la sua posizione, affermando che tale potere non trovava fondamento in alcuna previsione della legge delega né poteva derivare da un'interpretazione estensiva del potere di controllo, *"essendo il primo un potere conformativo dell'attività delle Fondazioni, il secondo un potere di verifica della corrispondenza di tale attività a determinati parametri"*;

- infine la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione secondo la quale i settori nei quali le Fondazioni sono chiamate ad operare potevano essere ridefiniti dall'Autorità di Vigilanza; anche in questo caso sembra che il risultato della pronuncia di incostituzionalità, più che da una difesa diretta della natura privata dell'ente sia derivato dalla inidoneità della fonte – cioè

³⁹ Nella pronuncia viene richiamata espressamente una precedente sentenza della Corte, la n. 50 del 1998, con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che, disponendo un regime di autorizzazione preventiva, non solo l'esercizio professionale dell'attività di agenzia di viaggio, ma pure quella episodica e senza scopo di lucro di organizzazione di gite turistiche, violava il "principio di libertà sociale", correlato a "comportamenti che sono espressione della socialità della persona", come deducibile dagli Artt. 2, 17 e 18 della Costituzione. A sua volta il Consiglio di Stato aveva richiamato nel parere un'altra nota sentenza della Corte Costituzionale, la n. 396 del 1988, nella quale era stata dichiarata l'incostituzionalità la qualificazione pubblicistica di enti privati promossi dalla società civile. Anche tale utile riferimento giurisprudenziale è stato ignorato dalla Consulta nella sentenza n. 300.

⁴⁰ In particolare l'art. 11 della legge n. 448; l'art. 7, 1°co. lett. aa, punto 2; gli artt. 4, 1°co. lett. g e 10, 3°co. lett. e, del d.lgs. n. 153 del 1999, per violazione degli Artt. artt. 2, 3, 18, 41, 117 e 118, quarto comma, Cost.

permettere ad un regolamento ministeriale di legiferare senza la determinazione dei principi, come qualcuno l'ha definiti dei regolamenti di delegificazione atipici; il giudice costituzionale ha quindi definito illegittimo il conferimento al Ministro del potere di intervenire in tali materie con regolamenti di esecuzioni, per loro natura non idonei a modificare in alcun modo la disciplina legislativa; tuttavia ha mancato di articolare questa motivazione, (ri)collegandola, come sopra detto, alla difesa della natura privata delle Fondazioni bancarie sulla base dei principi fondamentali del nostro ordinamento relativi al pluralismo e alla sussidiarietà; sulla base del riconoscimento di questi principi il legislatore si sarebbe dovuto *“astenersi dal porre paletti e confini a settori di intervento delle Fondazioni, che avrebbero dovuto avere la facoltà di autodeterminare le proprie aree di finanziamento”*⁴¹.

Molti lati positivi, dunque, nelle sentenze della Corte costituzionale, che tuttavia nel prosieguo delle vicende istituzionali non sono state sufficientemente valorizzate e tenute nella necessaria considerazione.

1.2.3. La Corte di giustizia.

In una recente decisione la Corte di giustizia, sez., II, 10 gennaio 2006, n. C-222/04 ha confermato l'orientamento secondo il quale le fondazioni non sono imprese, in quanto il semplice possesso di partecipazioni azionarie non configura attività d'impresa ad eccezione che non si eserciti un'effettiva ingerenza nella gestione della società controllata.

La Corte ha comunque rimandato al giudice nazionale ogni valutazione concreta. La Corte europea si pronunciava in seguito ad un'ordinanza del 23 marzo 2004 presentata dalla Corte di Cassazione. Nel caso specifico si richiedeva una pronuncia pregiudiziale nel corso del procedimento intentato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze contro la Cassa di risparmio di Firenze s.p.a., la Fondazione della Cassa di Risparmio di S. Miniato e la stessa Cassa di Risparmio di S. Miniato s.p.a. La questione riguardava la diatriba delle misure fiscali cui erano assoggettate le Fondazioni bancarie. La Corte ha dichiarato irricevibile la questione, fornendo un'interessante definizione di “impresa” ai sensi del diritto comunitario: è impresa “qualsiasi ente che eserciti un'attività economica a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento”; è attività economica “qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato”.

La semplice titolarità di partecipazioni e il relativo esercizio di diritti non dà luogo all'esercizio di un'attività economica, ma se il soggetto esercita il controllo partecipando direttamente o indirettamente alla gestione, si è invece di fronte ad attività di impresa.

⁴¹ Nella Memoria per l'udienza del 3 giugno 2003, p. 44.

1. 2.4. La posizione della Corte di Cassazione

La mancata valorizzazione del nucleo profondo delle sentenze della Corte costituzionale ha permesso che rimanessero aperte alcune questioni, che non hanno trovato una definitiva sistemazione né in dottrina, né da parte di un legislatore, afflitto – in questo come in altri settori – da rischiosi andirivieni, né in giurisprudenza.

La Corte di Cassazione, in particolare, ha sostenuto orientamenti diversi sul punto centrale se le Fondazioni che avessero delle partecipazioni in società bancarie fossero o meno delle imprese: in alcuni casi la natura commerciale è stata esclusa in considerazione del fatto che la gestione di un'impresa bancaria costituisce uno strumento per procurarsi i mezzi finanziari indispensabili per l'esercizio delle finalità sociali e culturali affidate all'ente conferente (Cass., Sez. trib., 9 maggio 2002, n. 6607); secondo un diverso orientamento, i giudici hanno, invece, sostenuto l'irrilevanza dei fini sociali al fine di ottenere benefici fiscali, quando la Fondazione agisce sul mercato bancario e su altri mercati in concorrenza con altri operatori (Cass., sez. trib., 20 novembre 2001, n. 14574).

Non paiono allineate al decum della Corte di giustizia appena ricordato due recenti pronunce della Corte di Cassazione, pur intervenute successivamente: la sentenza resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il 26 dicembre 2006, n. 27619 e la successiva decisione della Sezione Tributaria, 4 maggio 2007, n. 10253, resa, in un' causa intentata dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia contro il Ministero delle Finanze, per non aver ottenuto agevolazioni fiscali.

Nelle motivazioni della prima sentenza il giudice di Cassazione sottolinea come le partecipazioni bancarie di tali Fondazioni rappresentano un *unicum* nel panorama europeo - sulla base di un'attenta e dettagliata ricostruzione della giurisprudenza comunitaria formulata in materia di concorrenza. Tale vincolo viene considerato non come un elemento accidentale, ma coesistente alla loro esistenza; per quanto esso si sia nel tempo attenuato, tuttavia non si è mai dissolto. Di qui l'affermazione di principio, secondo cui le fondazioni bancarie sono qualificabili come "imprese", sia in quanto partecipano alla gestione dell'impresa bancaria, sia perché possono acquisire e gestire altre imprese.

Nella stessa direzione si pone la seconda sentenza, che cerca di dare un'interpretazione più estensiva di "impresa" rispetto a quella data in ambito comunitario, "non essendo contraria al diritto comunitario l'applicazione delle regole sulla concorrenza ad una platea di soggetti più ampia". La Corte aggiunge che "anche se le fondazioni bancarie dismettessero completamente le loro partecipazioni, ma poi reinvestissero il ricavato in partecipazioni di imprese anche non bancarie,

sarebbe difficile sostenere che tale attività sia da qualificarsi come meramente strumentale rispetto all'esercizio di attività *non profit*⁴².

2. Le Fondazioni bancarie come "libertà sociali"

Dal quadro che abbiamo fornito sul sistema delle fondazioni bancarie emerge una situazione del tutto peculiare, specie per quanto attiene all'incertezza degli orientamenti legislativi e giurisprudenziali sulla natura dei soggetti che stiamo esaminando. Quello che resta da capire è in quale direzione si stia muovendo il fenomeno delle fondazioni di origine bancaria; di fronte alla perdurante incertezza che permane in dottrina, nel mondo politico e nel mondo economico, restano fondamentalmente due nodi da sciogliere: se la normativa speciale prevista dal d. lgs. del 1999 debba considerarsi temporanea e quindi ormai esaurita; e quale sia la natura e il carattere dei controlli che lo Stato può esercitare sulle fondazioni di origine bancaria.

Per cercare di fare chiarezza, è opportuno prendere le mosse dalla *ratio* sottesa agli interventi normativi, susseguitisi nel corso degli anni '90. Il legislatore nazionale, seppur con qualche incertezza, ha messo in atto un processo di riforma del settore bancario, condizionato come abbiamo visto anche da fattori esterni, che ha gradualmente trasportato il sistema bancario dal settore pubblico a quello privato.

La previsione della legge del 1990 permetteva a quelle banche a carattere pubblico, costituite sotto forma di fondazioni o di origine associativa, di dividersi in due entità: la nuova banca a carattere commerciale (società conferitaria) e un'entità simile ad una fondazione non-profit (ente conferente), azionista di maggioranza della nuova banca, dedicata ad attività sociali, di beneficenza, filantropiche in generale. Le azioni delle nuove banche potevano essere considerate come "dote" dei vecchi istituti, mentre i dividendi attesi rappresentavano il reddito necessario alle nuove fondazioni per perseguire i propri scopi. In quel periodo gli enti conferenti erano assimilabili a vere e proprie holding di partecipazione piuttosto che a delle entità caritatevoli.

Tuttavia le successive previsioni normative hanno ulteriormente modificato il carattere e le funzioni di questi enti conferenti: a partire dal 1993, quando fu negata la possibilità ad un membro dell'organo di amministrazione della fondazione di sedere nel consiglio di amministrazione della banca conferitaria, e successivamente, nel 1994, con la possibilità di ridurre le proprie partecipazioni nelle banche controllate.

Ma il punto di svolta è rappresentato dal decreto legislativo n. 153 del 1999, in cui si porta a compimento il passaggio dall'ente conferente a quelle che sono state definite le "fondazioni

⁴² Così Rapporto G. Alpa, *Realtà economica e forme giuridiche. Interrogativi su classificazione e qualificazione delle "fondazioni di origine bancaria"*, p. 8.

bancarie". La natura di questi nuovi soggetti è in maniera inequivocabile definita all'art. 1, I c., laddove "*le Fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale*".

Anche l'utilizzo di un nuovo termine denota la volontà del legislatore di creare dei soggetti nuovi, differenziandoli dai precedenti⁴³. Tuttavia per accantonare qualsiasi dubbio, si deve considerare che l'identificazione di tali soggetti (si va dai monti di pietà, alle casse agricole, alle associazioni di beneficenza, e così via) non è condizionata dall'elemento aggregativo (modalità di formazione), ma piuttosto da un altro carattere, cioè dallo scopo sociale⁴⁴. Elemento che va ricercato nelle finalità degli enti originari, come sopra sottolineato.

L'inquadramento delle fondazioni bancarie come enti di diritto privato non rimane una questione meramente accademica, ma trova nelle parole del legislatore e ancor di più del giudice costituzionale la sua ragion d'essere.

Sia nel parere del 1° luglio 2002, n. 1354 della Sezione Consultiva del Consiglio di Stato, che poi nelle sentenze 300 e 301 del 2003 della Corte costituzionale viene dissipato qualsiasi dubbio sulla natura giuridica di tali enti; le fondazioni di origine bancaria diventano un ponte per mantenere il collegamento con le originarie casse di risparmio e monti di pietà.

Infatti, per le fondazioni bancarie un'analisi di tipo storico si impone qualsiasi approccio si segua nel loro studio: è, infatti, un elemento imprescindibile per comprendere se il processo legislativo è stato coerente e rispettoso di quei vincoli oggettivi, che legano le fondazioni alla collettività per svolgere doveri di solidarietà economica e sociale⁴⁵.

A tal proposito priva di rilevanza è la questione, che si è posta sulla costituzionalità delle riforme degli anni '90, che hanno modificato la natura di enti preesistenti, quali le Casse di risparmio e gli Istituti di credito, da soggetti di diritto pubblico ad enti privati. La rigidità della nostra Carta costituzionale impone al legislatore di tenere conto dei principi fondamentali e dei diritti costituzionalmente garantiti; questo significa che l'intervento modificativo dello "status" giuridico di un ente preesistente deve tener conto della storia, della funzione originaria e di quella consolidatasi nel tempo, del ruolo sociale, istituzionale ed economico emerso nel corso dell'esistenza della persona giuridica e dei conseguenti interessi dell'ente e della collettività⁴⁶.

⁴³ La difficoltà maggiore nell'utilizzo della nuova terminologia derivava dal fatto che gli enti che vi facevano parte spesso avevano un'origine di tipo associativa, difficilmente inquadrabile nella categoria delle fondazioni, per questo nelle precedenti previsioni normative si ora optato per una dizione più neutra, come enti conferenti.

⁴⁴ M. Clarich - A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie (Dalla holding creditizia all'ente non-profit)*, Bologna, 2001, p. 19, sottolineano: "La storia delle fondazioni bancarie e dei contorsionismi del legislatore dell'ultimo decennio è in fondo tutta qui, e cioè nel tentativo di imporre un ritorno al passato ad enti che in origine erano istituzioni di assistenza e di beneficenza ma che, per molti decenni, avevano gestito, anche con buoni risultati, banche importanti e potenti".

⁴⁵ Le sentenze della Corte costituzionale (300 e 301 del 2003) e il parere del Consiglio di Stato (n. 1354/2002) appaiono una conferma con questa scelta metodologica.

⁴⁶ Così G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie*, Giuffrè, 2004, p. 37.

Sulla base del riconoscimento della personalità giuridica privata il passo successivo è quello di ricordare che le fondazioni bancarie sono garantite costituzionalmente in quanto formazioni sociali dall'art. 2 Cost. e dal principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Anche su questo punto la Corte costituzionale, con le sentenze 300 e 301 ha contribuito a offrire significative certezze istituzionali ponendo le fondazioni bancarie "al riparo dai tentativi del legislatore di attrarle nuovamente nell'orbita pubblica (dello stato o anche delle Regioni)"⁴⁷. Questo deve essere un elemento imprescindibile per l'intervento futuro del legislatore.

La riconducibilità delle fondazioni di origine bancaria nell'alveo delle formazioni sociali è un dato ormai consolidato. Ancora la sentenza n. 300 della Corte costituzionale (ri)comprendendo le fondazioni bancarie tra "i soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali", permette di assimilarle alla categoria generale delle fondazioni, tutelate dagli artt. 2 e 118, IV c., Cost.⁴⁸

2.1. Dal pluralismo sociale al principio di sussidiarietà

Il ruolo e la collocazione delle fondazioni di origine bancaria non si comprende se non lo si inquadra all'interno dell'evoluzione del sistema costituzionale italiano, con le sue forti spinte verso modelli contrassegnati dal pluralismo e dalla autonomia delle formazioni sociali.

Il principio del pluralismo sociale rappresenta uno dei principi fondamentali e irrinunciabili per il nostro ordinamento, consacrati dal Testo costituzionale.

Esso poggia sulla concezione secondo la quale lo Stato non debba essere considerato il depositario di una sovranità assoluta e "incommensurabile" da esprimere sia verso l'interno che verso l'esterno, ma al contrario esse si definisce nell'art. 1 della Costituzione, laddove la sovranità viene attribuita al popolo. Popolo inteso nella doppia accezione di popolo-persona, così che il termine stesso diventa l'elemento di congiunzione con l'articolo seguente: l'art. 2 della Costituzione che inserisce tra i principi fondamentali quello del pluralismo sociale.

*"La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento nei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"*⁴⁹ (art. 2 Cost.) Tale norma segna una

⁴⁷ Così M. Clarich - A. Pisaneschi, *Fondazioni bancarie: ultimo approdo?*, cit., 1269.

⁴⁸ Così anche G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 41.

⁴⁹ Con riferimento alle diverse teorie emerse durante il dibattito in Assemblea Costituente in merito a tale articolo, riportiamo alcune citazioni: *"La precedenza della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni), (...), della necessaria socialità di tutte le persone e dell'antiorità dei diritti fondamentali rispetto allo stato"*; così L. Basso riguardo alla necessità dell'inserimento del principio del pluralismo sociale nel nuovo Testo costituzionale; secondo il cattolico La Pira le comunità intermedie erano quelle *"forme sociali, nelle quali [l'individuo] organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona"* (in P. Ridola, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, p. 260); Dossetti ravvisava nell'affermazione solenne del principio personalista, la contrapposizione dell' *"antiorità della persona di fronte allo stato, antiorità che si completa nella comunità in cui la persona si integra"*, alle concezioni *"statolatriche"* che teorizzavano *"la dipendenza del cittadino dallo stato"*, il quale, con riferimento alla società, *"soltanto la dirige, la*

rivoluzionaria svolta nell'affermazione della supremazia della 'persona' rispetto allo Stato (o ad altre comunità), il quale ha l'obbligo di "riconoscere"⁵⁰ e tutelare i diritti individuali, contro l'ingerenza dei pubblici poteri e rispetto agli attacchi da parte dei consociati.

Lo stesso Aldo Moro, nella seduta dell'assemblea Costituente del 24 marzo 1947, aveva esplicitato il valore della dignità umana in questi termini: "*il parlare dei diritti dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali mette in chiaro che la tutela accordata a queste formazioni è niente altro che un'ulteriore esplicitazione, uno svolgimento dei diritti di autonomia, di dignità e di libertà che sono riconosciuti all'uomo in quanto tale*".

Condizione indispensabile per uno Stato veramente democratico è riconoscere e garantire "non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà un'astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale". Dunque, il riconoscimento dei corpi sociali diventa uno "svolgimento democratico"⁵¹, in un assetto istituzionale, caratterizzato dal rispetto per l'individuo, la cui libertà è "*pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi*"; e rispetto per la "*società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato*"⁵². Dietro la valorizzazione delle società intermedie (tra cittadino e Stato), ovvero quelle di ispirazione economica o culturale, direttamente e naturalmente inserite nel tessuto sociale c'è l'idea di queste come mezzo irrinunciabile ed efficiente per influire sulle decisioni che interessano il nostro Paese⁵³.

Il pluralismo diventa, così, per volontà dei Costituenti l'assetto istituzionale attraverso il quale si organizza la collettività, in cui al centro del sistema è posto, non più lo Stato, bensì la persona umana, sia come singolo che nella sua dimensione associata. La sovranità popolare non è una fittizia affermazione subordinata alla sovranità statale, poiché il popolo, così determinato, non è "*una collettività informe chiamata schmittianamente a riconoscersi in un capo, bensì è popolo, in*

coordina e, dove è necessario, la sostituisce" (in P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, op. cit., p. 194); anche A. Moro parlava di "*una immanente e assoluta corporatività dello Stato, per cui esso, nella sua caratteristica compiutezza etico-sociale, si pone come ultimo limite di un processo di socializzazione e di elevazione all'universale, il quale si svolge per gradini intermedi dei diversi ordinamenti intrastatali; i quali, pensati coerenti allo stato, si rivelano come la sua vera e viva sostanza*"; in *Appunti sull'esperienza giuridica. Lo stato, 1946-1947*, Bari, Laterza, 1978, p. 250.

⁵⁰ Il valore ricognitivo lascerebbe supporre la prestatualità (giusnaturalistica) dei diritti inviolabili. Tuttavia, affidandoci alle parole di Lelio Basso, nell'adunanza della Prima Sottocommissione del 10 settembre 1946, "*Lo Stato non è venuto prima della persona ma nemmeno la persona prima dello Stato, in quanto la persona non può esistere come tale senza la società nella quale vive*". Qualunque visione della questione si intenda assumere, il risultato scaturente sarà che i diritti inviolabili dell'uomo non possono in alcun modo essere negati dallo Stato, il quale ha, anzi, il dovere di garantirli (oltre che riconoscerli). Vd. Anche Corte Cost., sent. n. 26/1999.

⁵¹ S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, n. 5/2006, p. 7

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Vedi A. Barbera, *Principi fondamentali*, Art. 2, op. cit., pp. 111 ss.

*grado di organizzarsi e di articolarsi in una pluralità di formazioni, di associazioni, di organizzazioni, di istituzioni in cui si rinfrange la sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost*⁵⁴.

Il principio pluralista *“comporta la libertà di formazione, di organizzazione e di azione di una pluralità indefinita di aggregazioni dello stesso tipo, garantendosi ad ogni singolo la possibilità di aderire ad una all'atra o a nessuna di esse, a ciascun gruppo la possibilità di vivere liberamente in piena indipendenza dagli altri gruppi aventi fini identici o analoghi”*⁵⁵; esso si basa, dunque, su una molteplicità di aggregazioni sociali, che perseguono fini diversi, ma che coesistono nel medesimo contesto.⁵⁶

L'articolo 2 della Costituzione si lega indissolubilmente con il seguente articolo 3, II c., laddove si afferma che *“è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale”*, per ristabilire quelle condizioni di libertà ed eguaglianza tali da permettere ai cittadini di godere delle pari opportunità della vita. Attraverso di esse, inoltre, si mira a garantire il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti gli individui all'organizzazione del Paese.

E' quindi fondamentale attribuire un'interpretazione estensiva a tale principio; le formazioni sociali che lo Stato riconosce e garantisce sono tutte quelle comunità intermedie sulle quali poggia la vita associata e secondo la dottrina tutte le aggregazioni sociali che *“si formano spontaneamente nella comunità, a base territoriale o no, create per il perseguimento di fini ideologici od economici, a carattere volontario e a carattere naturale, con vari interessi e collegamenti fra loro e gli individui, che spesso fanno parte di più d'una di esse”*⁵⁷.

In questo quadro con il riconoscimento del pluralismo sociale e istituzionale, la nozione 'formazioni sociali' non può che avere la massima ampiezza, essendo funzionale alle varie articolazioni della sovranità popolare. Le formazioni sociali, a cui l'art. 2 Cost. fa riferimento, sono sia quelle organizzazioni tipiche, espresse da altre norme costituzionali (famiglia, confessioni religiose, sindacati, partiti politici, etc.), sia tutte le libere aggregazioni formate nell'esercizio del diritto di associazione sancito dall'art. 18 Cost., sia ancora la formazioni sociali che costituiscono espressione di fenomeni di aggregazione sociale, pur in assenza di un esplicito elemento associativo, sia infine gli enti pubblici basati su elementi associativi.

⁵⁴ Vedi Corte costituzionale sentenza 106 del 2002: *“L'articolo 1 della Costituzione, nello stabilire, con formulazione netta e definitiva, che la sovranità “appartiene” al popolo, impedisce di ritenere che vi siano luoghi o sedi dell'organizzazione costituzionale nella quale essa si possa insediare esaurendovisi. Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si frangono in una molteplicità di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione talmente ampia da ricomprendere certamente il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali”*.

⁵⁵ V. Onida, *Manuale di diritto pubblico, a cura di Amato – Barbera, vol. I, Il Mulino, 1997, p. 101 ss.*

⁵⁶ B. Caravita, *Camere di commercio e autonomie funzionali: la creazione di un originale modello istituzionale e la strada per una definitiva affermazione nella realtà costituzionale italiana, ed. n. 3/2006, in Federalismi.it, ed. n. 3/2006, p 3*; B. Caravita, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale, Torino, Giappichelli, 2006, p 73.*

⁵⁷ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Il Mulino, 1984, p. 67 ss.*

La prima e fondamentale tutela delle formazioni sociali è nell'art. 18 Cost. relativo alla libertà di associazione, cui si intende "ogni raggruppamento di due o più individui fungibili, organizzati anche contingentemente fra loro, e che intendono o sono obbligati a cooperare per raggiungere uno o più fini comuni mediante un'attività preventivamente concordata fra loro"⁵⁸. Anche la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che "l'art. 18 Cost. assicura [alle associazioni] una sfera di azione potenzialmente uguale a quella garantita ai singoli individui. Ciò fa sì che il riconoscimento costituzionale della libertà di associazione rappresenti la proiezione, sul piano dell'azione collettiva, della libertà individuale, come riconosciuta e tutelata dalla Costituzione stessa"⁵⁹.

Sulla base di questa interpretazione ampia delle formazioni sociali, si può tentare di definire dei criteri comuni: pluralità di soggetti, scopo condiviso, elemento organizzativo⁶⁰ e, presumibilmente, stabilità. Alcuni rilevanti corollari del c.d. 'pluralismo sociale' sono ancora il vantaggio di proiettare il godimento dei diritti costituzionali all'interno delle formazioni sociali, ma soprattutto, nei limiti del rispetto dell'ordinamento positivo statale, il potere di regolare i propri interessi attraverso statuti o altri simili strumenti di autogoverno.

2.2. Il principio di sussidiarietà

Nella Costituzione del 1948, a differenza del principio personalista, pluralista o autonomistico, il principio di sussidiarietà non veniva espressamente menzionato, salva successiva introduzione nell'Art. 118 Cost., ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001⁶¹.

⁵⁸ P. Barile, Enciclopedia del diritto, ad vocem, Giuffrè, 1958

⁵⁹ Sentenza n. 417 del 1993 della Corte costituzionale: gli individui hanno il diritto di associarsi per gli stessi fini che si intendano perseguire singolarmente, tuttavia, "l'equiparazione tra fini perseguibili dall'associazione e fini a disposizione della libera azione individuale, preclude di estendere la garanzia costituzionale della libertà di associazione, in riferimento al perseguimento di obiettivi, di fronte ai quali la libera azione dei singoli è giuridicamente tenuta ad arrestarsi, o ad essere sottoposta a discipline pubblicistiche o, comunque, a controlli". La cultura giuridica italiana, come emerge anche dalla lettura di tale sentenza, ha considerato, per un lungo periodo, che la 'persona' alla quale si riferisce la norma oggetto di discussione, coincidesse esclusivamente con il singolo individuo. Di qui, le formazioni sociali costituivano una mera garanzia accessoria dei diritti fondamentali, che si aggiungeva a quella principale riconosciuta all'individuo in quanto tale.

⁶⁰ P. Barile, *Associazione (diritto di)*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1967, pp. 328 ss.

⁶¹ Il I comma dell'art. 118 Cost. dispone che "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza", (sussidiarietà verticale). L' u.c. del medesimo articolo, prevede che "Stato, Regioni, 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", (sussidiarietà orizzontale). Ma quella contenuta in Costituzione non è l'unica enunciazione normativa del principio; essa è solo l'allocatione definitiva e superiore di un principio che aveva già trovato 'ospitalità' in sede di normazione primaria. La legge Bassanini n. 59/1997, nell'Art. 4, dispone che i conferimenti di funzioni agli enti locali più vicini ai cittadini, devono avvenire "nell'osservanza del principio di sussidiarietà attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di compiti e di funzioni di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità". A sua volta l'art. 3, V c. del TU sull'ordinamento delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, (D.lgs. n. 267/2000), dispone che "I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le

Il principio di sussidiarietà è espressione di un modo di intendere l'assetto costituzionale in replica alle teorie statualistiche, che vedono nello Stato l'unico centro decisionale, nonché unica fonte del diritto. L'ordinamento giuridico statale è, bensì, il risultato liberamente determinato dal popolo, al quale solo appartiene la sovranità (Art. 1 Cost.), e che è sostanzialmente composto di individui. L'individuo necessita di autonomia e protezione nei confronti dello Stato 'invadente' e reclama, inoltre, un più diretto intervento nella formazione delle decisioni che riguardano l'intero Paese (art. 5 Cost.)⁶². Non solo, ma "la sussidiarietà (...) non si risolve nel mero arretramento dello Stato, ma in una radicalmente diversa modalità di intervento da parte di esso, una modalità che promuove e sostiene l'autonoma capacità d'azione dei singoli e delle formazioni sociali"⁶³.

La sussidiarietà implica che, di fronte ad una scelta da compiere, sia sempre doveroso domandarsi quale sia il soggetto che meglio è in grado di soddisfare gli interessi in gioco, riuscendo a svolgere più adeguatamente l'attività richiesta.

Quanto alla definizione del principio di sussidiarietà, è evidente quanto sia difficile rinvenire una formula unitaria, essenzialmente a causa di retaggi culturali, simili a quelli che hanno impedito alla dottrina di pervenire ad un concetto 'neutro' di autonomia. Perciò, anche in questo campo, è preferibile parlare di sussidiarietà nelle sue due accezioni 'verticale' ed 'orizzontale'. La sussidiarietà in senso verticale regola i rapporti tra enti territoriali di vario livello, distribuendo il potere pubblico tra centro e periferia. Si tratta, pertanto, di individuare il livello d'azione più confacente allo svolgimento di una determinata funzione, secondo la propria capacità di soddisfare l'interesse generale propulsore. La sussidiarietà orizzontale, invece, è il criterio ordinatore dei rapporti intercorrenti tra lo Stato, le formazioni del pluralismo sociale (e, perciò anche le autonomie funzionali) e gli individui. Accertato il livello istituzionale più adatto, questo non potrà esimersi dal perseguire l'interesse generale, rendendo partecipi anche i cittadini, sia singoli che associati, ossia i diretti destinatari (ma non solo) delle scelte politiche ed amministrative⁶⁴.

Se coordiniamo il principio di sussidiarietà, ex Art. 118 Cost., con il principio ex Art. 5 Cost., siamo naturalmente portati a rivisitare e reinterpretare il concetto di autonomia. Essa non è soltanto lo strumento, previsto da ogni ordinamento giuridico generale, grazie al quale le entità territoriali possano vantare conferimenti di competenze nei confronti dello Stato⁶⁵. Il nuovo volto dell'autonomia, quella di tipo 'relazionale', incoraggia una società pluralista, contraddistinta da rapporti paritari fra soggetti portatori di variegati interessi, sia pubblici che privati. In questo

*attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*⁶⁷.

⁶² F. Emanuele, *La sfida della sussidiarietà ed il nuovo assetto istituzionale*, op. cit.

⁶³ S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, op. cit., p 5.

⁶⁴ G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, op. cit., p 8; S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, op. cit., p 16.

⁶⁵ G. Berti, *La responsabilità pubblica*, Padova, Cedam, 1994, 275.

‘sistema reticolare’, ogni soggetto agisce secondo una logica collaborativa, poiché solo attraverso la collaborazione si riescono a realizzare i propri interessi ed appagare le proprie esigenze.

2.3. Le forme di autonomia di cui godono le formazioni sociali

Affinché il principio del pluralismo si effettivo e la sussidiarietà operante, le formazioni sociali devono godere di un regime di autonomia, fondamentalmente sotto tre aspetti:

- Autonomia organizzativa;
- Autonomia negoziale;
- Autonomia nella determinazione dei fini.

L'autonomia organizzativa consente alle formazioni sociali di darsi un proprio Statuto e proprie norme di organizzazione volte a regolare la propria vita interna per lo svolgimento delle attività statutariamente previste.

L'autonomia negoziale si sostanzia nella libertà di scegliere i mezzi e gli strumenti e, più in generale, le modalità operative ritenute necessarie per il raggiungimento di fini perseguiti.

Proprio su quest'ultimo punto alle formazioni sociali deve essere garantita la possibilità di determinare in maniera autonoma le proprie finalità, in armonia con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico e con gli obiettivi per il raggiungimento dei quali la formazione sociale stessa è stata creata.

Questi elementi, caratterizzanti l'autonomia delle formazioni sociali, non sono espressamente elencati nell'art. 2 Cost., tuttavia sono contenuti in diversi articoli della Costituzione relativi ad alcune specifiche formazioni sociali.

Nel ripercorrere brevemente il testo costituzionale, appare innanzitutto significativa la scelta di riconoscere piena autonomia organizzativa alle aggregazioni sindacali nell'art. 39, I c. Cost. Tale articolo espressamente riconosce: *“l'organizzazione sindacale è libera”*; e ciò, poiché in base al II comma dello stesso articolo *“ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione (...)”*.

Considerazioni simili possono essere svolte per i partiti politici (*“tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale”*, art. 49 Cost.). La libertà di aggregazioni in partiti rappresenta una specificazione del più generale principio di libertà di associazione, da cui deriva in primo luogo la libertà di costituzione: quindi la nascita di un partito è rimessa alla libera volontà dei cittadini. Sempre dall'art. 49 Cost. è rintracciabile una chiara autonomia organizzativa e negoziale dei partiti politici; l'unico limite oltre a quelli propri della libertà di associazione è dato dal *“concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale”*.

Ancora, parlando di libertà religiosa l'art. 8 Cost. nel sancire l'eguaglianza di tutte le confessioni religiose davanti alla legge, riconosce ad esse il diritto di organizzarsi secondo i propri statuti. Alle confessioni religiose è "riconosciuto il potere organizzativo, derivabile da quello statutario e che importa anche, oltre ad un potere normativo regolativi dei rapporti interni, quello di assicurare rapporti con altri soggetti attraverso le legali rappresentanze, anche senza che siano in possesso della personalità giuridica"⁶⁶.

Lo stesso art. 41 Cost. riconosce e garantisce autonomia negoziale privata e ampia libertà organizzativa che consente di scegliere le modalità e gli strumenti necessari per il raggiungimento del fine economico, sempre in un'accezione ampia, che si intende perseguire⁶⁷.

3. La situazione attuale delle fondazioni bancarie.

3.1. L'Undicesimo Rapporto sulle fondazioni di origine bancaria

Dall'Undicesimo rapporto sulle fondazioni di origine bancaria emergono dati di grande interesse sulla condizione attuale di tali enti. Si evidenzia la necessità, ora più di prima, di far riferimento alla prassi, cioè allo stato concreto di attuazione della normativa, per capire "cosa" effettivamente rappresentino oggi le fondazioni bancarie nel nostro Paese. Soltanto attraverso un'analisi dei dati empirici, da compiere ad opera del giurista, si potrà razionalizzare il fenomeno e giungere alla elaborazione di una normativa chiara ed esaustiva.

Partendo da un'analisi del rapporto emerge una distinzione delle fondazioni bancarie di origine bancaria in tre gruppi:

1. le fondazioni con partecipazione nell'ente conferitario della maggioranza azionaria (superiore al 50% del capitale) (15);
2. fondazioni con partecipazione inferiore al 50 % (56);
3. fondazioni che non detengono più partecipazioni nella conferitaria (17)..

La classificazione non tiene conto delle diverse qualificazioni giuridiche degli enti, delle loro attività, né si preoccupa di separare le fondazioni a basa associativa, che sono un sottogruppo delle fondazioni bancarie; anche dal punto di vista terminologico spesso ricorre l'espressione generale "sistema delle fondazioni". Tuttavia emergono dati di particolare interesse.

Per esempio, la titolarità giuridica delle partecipazioni indica che 15 fondazioni, avendo la maggioranza del capitale, controllano la banca conferitaria.

Questo dato evidenzia come in realtà si stia realizzando una profonda demarcazione tra le fondazioni, che hanno operato una dismissione totale o significative delle partecipazioni alle banche conferitarie, rispetto a quelle la cui partecipazione è assai rilevante. Quindi si può tracciare

⁶⁶ Così C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, Cedam, 1976, p. 176.

⁶⁷ Tra le tante vedi sent. n. 362 del 1998 Corte cost.

una linea comune tra le 17 Fondazioni che hanno completamente dismesso le partecipazioni nella banca conferitaria e le altre, che seppur mantengono una quota partecipativa, non possono esercitare il controllo sulla banca conferitaria⁶⁸, perché la percentuale non è significativa (e non hanno neanche stretto patti o messo in atto operazioni societarie o finanziarie tali da assicurare loro una qualsiasi forma di orientamento, direzione, controllo della banca conferitaria); esse, infatti, possono essere classificate a pieno titolo “fondazioni di origine bancaria”.

Un ulteriore dato ci permette, invece, di giustificare meglio questa differenziazione: infatti l'art. 3 della legge n. 262 del 2005 ha rimosso il vincolo che impediva alle Fondazioni bancarie di esprimere il voto nelle assemblee delle banche conferitarie per le partecipazioni eccedenti il 30 %, garantendo la partecipazione e governance alle Fondazioni sulle banche conferitarie.

Il Rapporto precisa che, guardando le dimensioni, 18 fondazioni hanno una dimensione grande detenendo oltre i $\frac{3}{4}$ del patrimonio complessivo della banca conferitaria, mentre le fondazioni piccole ne detengono solo l'1%. Le attività principali sono per il 98% quelle finanziarie; gli investimenti finanziari incidono per il 51,7% sul totale dell'attivo. Questi dati fanno emergere come le fondazioni bancarie siano profondamente radicate nel sistema bancario e la loro attività è ancora prevalentemente destinata ad operazioni finanziarie.

Ancora nel Rapporto viene descritto il ruolo svolto dalle Fondazioni bancarie nella creazione dei grandi gruppi creditizi (es.: S.Paolo-IMI, Banca Intesa, Unicredit, Monte dei paschi, Capitalia). Tali fondazioni cercano anche di creare delle aggregazioni creditizie di medie dimensioni, sostituendosi quasi a delle holding, oppure favorendo fusioni con la creazione di nuove banche, oppure ancora promuovendo incorporazioni di banche di dimensioni più piccole con quelle più grandi.

Da sottolineare, infine, il ruolo che le fondazioni hanno svolto in seguito alla trasformazione della Cassa Depositi e prestiti in società per azioni nel 2004 (realizzata attraverso il d.l. 30 settembre 2003, n. 269), laddove hanno cercato di controllarne le azioni.

In conclusione, appare chiaro come non sia possibile classificare le fondazioni di origine bancaria in una sola categoria unitaria e come il dato empirico incida profondamente sulla loro configurazione giuridica. Le fondazioni, che hanno completamente dismesso le partecipazioni dalla banca conferitaria, hanno ormai perso la loro connotazione originaria e non ha più senso assimilarle alla disciplina speciale degli enti conferenti. Lo stesso può valere anche per le fondazioni, che

⁶⁸ Anche qui si dovrebbe distinguere nella titolarità di partecipazioni tra titolarità di azioni ordinarie oppure considerare la titolarità di azioni di risparmio, i patti parasociali e gli accordi inerenti alla circolazione delle azioni. Questa differenziazione permetterebbe di capire meglio se effettivamente la fondazione ricopre una rilevante attività economica all'interno della banca conferitaria o meno. Tuttavia questo tipo di analisi non è stata svolta nel Rapporto in esame.

hanno dismesso parzialmente o significativamente la loro partecipazione, in modo da diversificare i loro investimenti in diversi settori.

3.2. Il progetto di riforma del Libro I titolo II del Codice civile

Da un'analisi del settore di enti di diritto privato emerge un quadro complesso e frammentato. Alle disposizioni del Codice civile del 1942, infatti, si sono aggiunte una miriade di leggi speciali, che sono intervenute per disciplinare situazioni diverse e forme nuove di aggregazione della società civile.

Questa nuova situazione ha fatto emergere l'inadeguatezza del Testo del 1942 a confrontarsi con queste nuove realtà.

Il legislatore del 1942, riprendendo un'impostazione tipica della dottrina francese, aveva preso in considerazione quelle tipologie (fondamentali) di aggregazioni di persone e di beni, che provenivano da una risalente tradizione storica e cioè: le associazioni (o corporazioni), quando l'elemento personale era prevalente; le fondazioni quando l'elemento patrimoniale destinato ad uno scopo era prevalente; gli altri enti, istituiti da un'apposita legge o non riconducibili ai due modelli precedenti, e comunque costituivano una categoria marginale. Da questi enti si distinguono le società, in cui lo scopo è prevalentemente lucrativo. Da tale impostazione emerge quasi una contrapposizione tra il concetto di società fondata sullo "scopo di lucro" e quello associazione senza scopo di lucro.

Nel corso degli anni lo sviluppo del settore dell'associazionismo e del non-profit ha portato il legislatore a confrontarsi con modelli nuovi, non assimilabili a categorie presenti nel Codice civile. Da qui l'utilizzo di normative speciali, che hanno creato un insieme frammentato e complesso di regole.

Sul piano normativo il legislatore con le modifiche apportate al settore delle associazioni di volontariato, delle Onlus e delle associazioni di promozione sociale, ha distorto sino a stravolgere l'originaria concezione delle associazioni e delle fondazioni. Anche la giurisprudenza ha ridisegnato la disciplina delle associazioni e delle fondazioni: per le prime ha ammesso l'esercizio di attività economiche, purchè non prevalenti, su quelle istituzionali e comunque destinate al perseguimento degli scopi dell'ente stesso; per le seconde ha permesso al fondatore di mantenere un rapporto con l'ente fondato attraverso la gestione dell'ente e definendo più precisamente le categorie delle fondazioni (fondazioni di famiglia, fondazioni di erogazione, fondazioni di natura sociale, fino ad ammettere le c.d. fondazioni d'impresa).

Inoltre la liberalizzazione dei mercati ha permesso di avviare un processo di privatizzazione, che ha interessato gli enti pubblici economici, la RAI, fino alle banche di natura pubblica e le Casse di risparmio o ancora le casse di previdenza dei professionisti.

Anche sul piano internazionale lo sviluppo degli enti non-profit ha determinato la perdita progressiva della distinzione tra enti a scopo di lucro ed enti a scopo lucrativo. Anzi essi appaiono come due processi che si avvicinano sempre di più; da una parte gli enti non-profit tendono a svolgere attività economiche lucrative a sostegno dei propri fini, dall'altra si assiste ad un graduale avvicinamento del profitto economico alla solidarietà sociale, sulla base di quei modelli di *corporate social responsibility* di derivazione americana e sperimentati anche nell'esperienza comunitaria.

La necessità di coniugare questi fenomeni, pur non entrando nello specifico delle possibili evoluzioni a cui le elaborazioni teoriche sono approdate, in ogni caso rappresenta il tentativo di spiegare questi fenomeni complessi sul dato positivo e di tradurli in normative moderne ed adeguate, come si legge anche dal Libro verde dell'UE del 2001.

Le proposte di riforma del Codice civile sono molteplici, ma in particolare si possono evidenziare tre iniziative.

Il progetto presentato qualche anno fa da una commissione di giuristi ed economisti, presieduta da P. Rescigno, presso il Ministero degli Affari Sociali per la revisione del Libro I del Codice civile. Lo scopo era quello di uniformare e chiarire la disciplina delle associazioni e delle fondazioni; effettuare un inventario delle organizzazioni di tipo personale sviluppatosi negli ultimi anni; infine, rendere l'attività più libera, riducendo e semplificando i controlli.

Nello stesso tempo presso il Ministero della Giustizia era stata costituita una commissione per la riforma del Libro V del Codice civile (sotto la presidenza del sottosegretario A. Mirone e il coordinatore L. Rovelli). Nel dibattito era emerso come fosse impossibile riformare la disciplina dell'impresa e della società senza provvedere anche ad un coordinamento con la disciplina del Libro I; e parte della relazione conclusiva predisposta da L. Rovelli reca un capitolo sugli enti non-profit.

Le proposte scaturite dai lavori delle due commissioni non hanno avuto un esito positivo.

Attualmente è stata diffusa una proposta elaborata da un gruppo di studiosi, di cui fanno parte Giovanni Iudica, Mario Nuzzo e Andrea Zoppini.

La proposta riguarda la riforma della sezione del Libro I riguardante gli enti non-profit; essa parte dalla scelta di fondo da operare sul tipo di riforma che si vuole adottare. Le possibilità, infatti, sono due: tra una disciplina organica e unitaria della forma giuridica degli enti non-profit, destinata anche agli enti soggetti ad una disciplina speciale, da realizzare attraverso una riforma del titolo II libri I del codice civile; oppure attraverso un riordino del settore con l'emanazione di "un codice

delle persone giuridiche". Quest'ultima ipotesi postula uno spostamento dell'intera disciplina di diritto comune dal codice ad un nuovo testo, collocandosi accanto a quelle discipline particolari, che quindi rimarrebbero in salvo.

La scelta del progetto ricade nella prima previsione, laddove riportando le parole di Galgano, presidente della Commissione per la riforma societaria si sottolinea: "se non si interviene con una tecnica di novellazione del codice il rischio è quello di relegare la disciplina di diritto comune a disciplinare fenomeni marginali soprattutto laddove gli statuti speciali realizzano una disciplina dettagliata. La funzione del codice, invece, è sempre stata un'altra, quella cioè di fornire una disciplina generale, neutra ed adattabile ad ogni organizzazione purchè non profit, destinata anche agli enti regolati dalle leggi speciali".

Per quanto riguarda il contenuto della riforma, verranno di seguito evidenziati i punti fondamentali:

- La definizione delle forme giuridiche degli enti non profit, ribadendo la distinzione tra associazione e fondazione, stabilendo i requisiti minimi di organizzazione e patrimonio necessari per l'acquisto della personalità giuridica e individuando il vincolo di non distribuzione di utili o di patrimonio;

- La disciplina del procedimento di costituzione che dovrà prevedere come requisiti necessari per il riconoscimento la liceità dello scopo e la sufficienza del patrimonio;

- L'eliminazione di tutti i limiti dell'autonomia statutaria e organizzativa delle persone giuridiche non indispensabili, secondo i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

- La previsione per gli enti, che perseguono fini di utilità sociale di controlli interni per vigilare la regolarità dell'attività dell'ente e l'effettivo perseguimento dei fini statutari;

- La disciplina dell'esercizio dell'impresa per garantire un'efficace tutela dei terzi e il fatto che quest'attività d'impresa deve essere coerente con le finalità dell'ente;

- La disciplina fiscale potrà eventualmente prevedere dei limiti più specifici, legati a benefici fiscali, all'accesso a fondi pubblici o ad altre utilità, in relazione alle finalità sociali;

- Per quanto riguarda l'Autorità di vigilanza si vuole dare attuazione alla previsione contenuta nell'art. 10, II c. Del d. Lgs. N. 153 del 1999, che prevede una nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche comprese nel Titolo II del Libro I del Codice civile, estesa anche alle fondazioni bancarie. Inoltre si vogliono riservare tali controlli alle sole persone giuridiche che perseguono fini di utilità sociale con utilizzo di

patrimoni di provenienza pubblica o raccolti tra il pubblico (quando il finanziamento raccolto raggiunga un ammontare significativo).

Il compito di tale Autorità dovrebbe essere il controllo di legittimità sull'osservanza della legge e degli statuti; si tratta di poteri estesi che, seppur limitatamente alla legittimità con esclusione di valutazioni di merito, riguardano rilevanti profili della vita dell'ente e dell'attività degli amministratori. A tal fine l'Autorità provvederà all'esame del bilancio annuale d'esercizio e su richiesta anche di altri documenti nel caso ci siano sospetti di irregolarità; di fronte a gravi irregolarità potrà anche sciogliere gli organi della persona giuridica e nominare un commissario a tempo determinato.

4. La natura delle fondazioni e il sistema dei controlli

Sulla base dell'evoluzione normativa, giurisprudenziale e fattuale delle fondazioni di origine bancaria si può ora cercare di collocare la natura di tali enti nel nostro ordinamento; gli orientamenti principali, che spesso si intrecciano, vedono tali enti appartenenti al *genus* delle fondazioni⁶⁹, pur

⁶⁹ A tal proposito si vuole far riferimento all'istituto delle fondazioni, per acquisire degli elementi di valutazione sull'effettiva natura giuridica delle fondazioni bancarie. Si tratta di spunti di comparazione, per questo l'analisi non sarà, né pretende di esserlo, esaustiva.

L'art. 12 del Codice civile ricomprende tra le persone giuridiche private oltre alle associazioni e ad altre istituzioni di carattere privato anche le fondazioni. Nello specifico il capo II del titolo III del codice civile disciplina le associazioni e fondazioni. La distinzione tra quest'ultime è fondamentalmente legata al fatto che nelle associazioni l'elemento caratterizzante è la presenza di un gruppo di persone unite dalla volontà di perseguire una determinata finalità, mentre nelle fondazioni, il dato fondante è un patrimonio vincolato al perseguimento di uno scopo. Tale impostazione che definisce l'associazione come "universitas personarum" e la fondazione come "universitas bonorum" sembra oggi superata: la fondazione non è il patrimonio destinato allo scopo, "ma piuttosto l'organizzazione collettiva, anche qui formata da persone, che si avvale del patrimonio per realizzare lo scopo. La distinzione ha cessato di essere posta fra termini eterogenei per essere ricercata all'interno di una categoria omogenea: quella delle organizzazioni collettive".

Un altro elemento costitutivo delle fondazioni è lo scopo collegato all'utilità sociale: la pubblica utilità risiede nella rilevanza collettiva o sociale delle finalità perseguite, non nell'ampiezza dei destinatari dell'attività.

Dall'entrata in vigore del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 è stata introdotta una nuova disciplina del riconoscimento, stabilendo che le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato assumono la personalità giuridica attraverso l'iscrizione nel registro, previo accertamento che "lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo". È stato, così, eliminato l'originario sistema, che era di tipo concessorio; basato, cioè, sulla valutazione dell'effettiva utilità sociale del fine in concreto perseguito dal singolo ente e dell'idoneità del patrimonio e dell'organizzazione alla sua realizzazione. Questa nuova disciplina ha rappresentato un rilevante ampliamento della sfera di libertà di questi enti sia nella fase del riconoscimento, che in quella della loro gestione operativa. L'utilità sociale dello scopo perde così rilevanza ai fini della disciplina civilistica delle fondazioni costituendo un presupposto per l'ottenimento di benefici fiscali.

Infine, il sistema dei controlli che la Pubblica amministrazione può esercitare nei confronti delle fondazioni è contenuto nell'art. 25 c.c.. Il potere di controllo sulle fondazioni è più ampio di quello esercitabile nei confronti delle associazioni, per varie considerazioni: il controllo è finalizzato a proteggere l'interesse dell'ente; la mancanza di un controllo interno, a differenza delle associazioni dove è esercitato o dalla collettività dei membri o da organi di controllo eletti da questa; la tutela del vincolo di destinazione di diritto privato, voluto dal fondatore.

Tuttavia l'elemento distintivo delle fondazioni resta l'autonomia; non basta definire una fondazione come ente privato, quando manca la libera iniziativa alla base della creazione della fondazione e della determinazione delle sue finalità. Anche perché in questo caso si violerebbero i principi costituzionali (artt. 2 - 3 - 41 - 118, IV c. Cost.) che riconoscono e garantiscono la libera estrinsecazione della personalità umana. La conseguenza è che se si vuole dar vita ad una fondazione di diritto privato, la disciplina non potrà essere tale da negare l'autonomia sotto ogni profilo.

in presenza di alcuni elementi peculiari che non sembrano permetterne una generale assimilabilità al genus.

Le fondazioni di origine bancaria sono attualmente sottoposte ad una disciplina speciale, prevista dal legislatore: ma è evidente che una normativa troppo invasiva potrebbe annullare o limitare enormemente l'autonomia dell'ente, violando così il principio di libertà e di autonomia delle organizzazioni private, desunto dalla garanzia del pluralismo (artt. 2, 18, 41, 118, IV c., Cost.) e dal principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Inoltre, la disciplina delle fondazioni di origine bancaria, inserendosi nella categoria del regime delle persone giuridiche (art. 11 ss. c.c.), non può non subirne l'influenza⁷⁰.

A tal proposito un elemento essenziale per chiarire il passaggio delle Fondazioni di origine bancaria nell'alveo delle fondazioni, così come disciplinate dal Codice civile, è l'analisi del sistema dei controlli, a cui le fondazioni sono sottoposte in base alla normativa vigente.

Le fondazioni sono sottoposte a controllo della pubblica autorità (art. 25 c.c.); le regole sulla vigilanza delle fondazioni bancarie differiscono da quelle generali, assoggettandole ad un'ingerenza pubblica continua e penetrante. La loro situazione di "sorvegliati speciali"⁷¹ è conseguenza della riforma del sistema bancario, che le ha riconosciute almeno inizialmente come enti conferenti delle nuove banche.

L'art. 10, II c., del d.lgs. n. 153 del 1999 definisce lo scopo dell'attività di vigilanza nella "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". Dal punto di vista strutturale tali poteri sono simili a quelli esercitati da un lato dalla Banca d'Italia nei confronti degli operatori bancari e dall'altro a quelli operanti dalle persone giuridiche del Libro I del Codice civile⁷².

E' tuttora ragionevole assoggettare le fondazioni di origine bancaria ad una vigilanza così incisiva? Ovvero, pur ammettendo la bontà della scelta del legislatore di sottoporre ad una vigilanza molto penetrante gli enti conferenti, è plausibile attribuire a questo tipo di controllo un carattere temporaneo in nome della transitorietà della disciplina normativa, che sta traghettando tali enti verso la sfera delle formazioni sociali.

La questione di fondo è allora la seguente: una volta che le fondazioni di origine bancaria avranno dismesso totalmente o anche sostanzialmente le loro partecipazioni dalle banche

⁷⁰ L'art. 5, I c., d. legge n.63 del 2002 – nel testo risultante dalle modifiche apportate con la legge n. 112 del 2002 – eleva questa regola ad "interpretazione autentica del d. lgs. n. 153 del 1999, laddove all'art. 29 si prevede che "per quanto non previsto dalla legge di delega e dal presente decreto, alle fondazioni si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli artt. 12 e seguenti e 2501 e seguenti, del codice civile".

⁷¹ Così M. Clarich – A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie*, cit., p.121.

⁷² Come rilevano M. Clarich – A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 119.

conferitarie, si potrà ancora ammettere questo sistema di controlli da parte dell'autorità di vigilanza? E' cioè plausibile che con l'evolversi degli enti conferenti in fondazioni, indirizzate verso scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, la disciplina dei controlli meriti di essere rivisitata provvedendo ad una differenziazione della vigilanza, o almeno ad una sua minore incisività?

Volendo operare una ricostruzione del sistema dei controlli sinora previsto dal legislatore per le fondazioni bancarie è fondamentale basarsi sulle indicazioni fornite dalla giurisprudenza.

Fino alle pronunce del 2003 si tendeva ad un'analisi fondata "su una lettura continuista"⁷³, volta cioè a sottolineare il persistere di elementi di pubblicità di fronte al passaggio non ancora completo verso la sfera privata. Le sentenze nn. 300 e 301 del 2003 del giudice costituzionale hanno imposto un'interpretazione adeguatrice soprattutto in materia di controlli e coerente con l'inquadramento delle fondazioni come espressione delle "libertà sociali".

Già nel parere del 1° luglio del 2002, n. 1354, il Consiglio di Stato aveva sostenuto che, essendo le fondazioni dei soggetti delle formazioni sociali, la questione doveva spostarsi sul piano dei controlli; cioè si doveva individuare il giusto "grado di compressione", in quanto la misura dell'intervento pubblico "*deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, raffrontando i benefici dell'attività di vigilanza e controllo con i possibili costi economico-sociali che possono derivare, ad esempio, dal ritardo o dal rallentamento che tali funzioni di vigilanza possono provocare sulle attività operative degli organismi privati vigilati*"⁷⁴.

I problemi che emergono parlando del sistema di controlli, sono essenzialmente quelli relativi al soggetto chiamato a vigilare e ai poteri ad essi attribuiti.

Dal primo punto di vista va ricordato che l'iniziale idea di rimettere la vigilanza ad un'Autorità equiparabile alla *Charity Commission* inglese fu abbandonata, in quanto non adatta a vigilare sulle banche e si scelse di investire dei controlli il Ministero del Tesoro (oggi Ministero dell'economia e delle finanze), per poi attribuirlo all'autorità di controllo sulle persone giuridiche del libro I del Codice civile (l'art. 10, I c., del d. lg. n. 153 del 1999 affida la vigilanza al Ministero "fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche").

Il permanere, ancora oggi, dei compiti di vigilanza in capo al Ministero dell'economia deroga ad una regola fondamentale: il fatto che le fondazioni, come anche le altre persone giuridiche, debbano essere soggette alla vigilanza di un'autorità amministrativa investita di competenze corrispondenti al settore in cui operano. Questa deroga sembra in aperto contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). La Corte costituzionale ha ritenuto che gli enti conferenti

⁷³ G. Napolitano, I controlli amministrativi sulle fondazioni di origine bancaria", in Banca, borsa titoli di credito, 2003, fasc. 3, p. 287.

⁷⁴ Così il Consiglio di Stato nel parere del 1° luglio del 2002, n. 1354.

in origine appartenessero al settore creditizio e del risparmio e per questo valeva per loro “la preesistente vigilanza del Ministero del tesoro, prevista per gli enti pubblici creditizi”⁷⁵. Tuttavia è la Corte stessa a riconoscere che in seguito al d. lgs. n. 153 del 1999 gli enti conferenti sono transitati dal settore del credito verso quello dell'organizzazione delle “libertà sociali”, così che valgono per essi “l'ordinamento civile” e i soli “limiti e controlli compatibili con tale loro carattere”⁷⁶.

Rileggiamo, allora, il testo dell'art. 10.

“ Fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile, ed anche successivamente, finché ciascuna Fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrerà al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualsiasi tipo, la vigilanza sulle Fondazioni è attribuita al Ministero del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica”.

Dal testo emerge un dato sostanziale: il controllo del Ministero è giustificato, è “*zweckmaessig*” in ragione del fatto che le Fondazioni sono titolari di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrono al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualsiasi tipo. Il dato sostanziale, tuttavia, è contraddetto da alcuni elementi formali: il controllo rimane – derogatoriamente! – in capo al Ministero fino alla modifica del codice civile e comunque fino a che ciascuna Fondazione rimarrà titolare o parteciperà al controllo di banche.

Se dunque non si ritiene di poter adottare una interpretazione che permetta di svincolare la Fondazione non più titolare, da sola o in concorso, di rapporti di controllo, diretto o indiretto, dal regime dei controlli delle altre Fondazioni, appare evidente l'incostituzionalità della disposizione.

E, invero, il regime di controllo derogatorio previsto dall'art. 10 rimane irragionevolmente vigente anche per la Fondazione che abbia perso le caratteristiche previste dallo stesso articolo 10 sino ad un momento indefinito nell'an e nel quando, totalmente slegato da qualsiasi rapporto con l'attività, la natura e le caratteristiche della Fondazione interessata, la quale deve soggiacere ad una forma di controllo irragionevole, slegata dalle sue proprie caratteristiche, derogatoria rispetto a quella generale.

Anche dal punto di vista delle funzioni esercitate dall'Autorità di vigilanza, essa dispone di una serie di poteri puntuali, oltre alle norme dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale⁷⁷.

⁷⁵ Così Corte costituzionale, sent. 300 del 2003.

⁷⁶ Così Corte costituzionale, sent. 300 del 2003.

⁷⁷ Così Corte costituzionale, sentt. 300 e 301 del 2003.

La Corte ha, poi, escluso che con il d. lgs. n. 153 del 1999 si potessero attribuire all'Autorità di vigilanza compiti di indirizzo sulle fondazioni: “*in proposito, è sufficiente considerare – afferma il giudice costituzionale – 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 verifica della corrispondenza di tale attività a determinati parametri preventivamente fissati*”⁷⁸. La pronuncia ha ottenuto il consenso di gran parte della dottrina ed è in linea con la posizione espressa dal Consiglio di Stato con riferimento alle finalità della vigilanza governativa sulle fondazioni di diritto comune.

La Corte costituzionale ha dichiarato, inoltre, illegittima le previsione secondo cui i settori nei quali le fondazioni sono chiamate ad operare possono essere ridefiniti dall'autorità di vigilanza (art. 11, I c., ultimo periodo, legge n. 448 del 2001). Sulla base della natura delle fondazioni, argomenta la Corte, non si può ammettere un potere così discrezionale in capo all'Autorità di vigilanza, perchè questo non sarebbe compatibile “con la natura privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria”. Il nuovo regolamento ministeriale stabilisce che ora le fondazioni bancarie devono solo comunicare all'autorità di vigilanza la scelta dei settori rilevanti (art. 2, II c., R.M. n. 150 del 2004).

Restano all'Autorità pubblica una serie di poteri amministrativi, simili per alcuni aspetti a quelli previsti per le fondazioni di diritto comune, alcuni dei quali non mancano di sollevare dubbi sul loro carattere. Tra questi si inseriscono: l'autorizzazione necessaria per operazioni di trasformazione e di fusione⁷⁹; il controllo sulle modifiche statutarie⁸⁰; i provvedimenti straordinari di scioglimento degli organi e di liquidazione dell'ente⁸¹; un potere speciale di controllo sostitutivo, quando non siano adottati dai competenti organi della fondazione, nei termini prescritti, i provvedimenti di sospensione e le dichiarazioni di decadenza degli amministratori⁸²; le norme sul commissariamento⁸³.

In conclusione, il carattere “speciale” delle fondazioni di origine bancaria è derivato fondamentalmente dalla peculiarità della materia da disciplinare e da una presunta inadeguatezza del regime delle persone giuridiche previsto dal codice. Il graduale superamento per la maggior parte delle fondazioni della fase transitoria, concludendo il passaggio da ente conferente a soggetto delle “libertà sociali”, fa emergere la necessità di allineare quanto prima la disciplina sulle fondazioni di origine bancaria a quella più generale delle altre persone giuridiche.

⁷⁸ Così Corte costituzionale, sent. n. 301 del 2003. La Corte ha espunto dal d. lgs. n. 153 del 1999 i riferimenti ai poteri di indirizzo conferiti all'autorità nell'art. 4, I c., lett. g), e nell'art. 10, III c., lett. e).

⁷⁹ Art. 10, III c., lett a), d.lgs n. 153 del 1999.

⁸⁰ Art. 10, III c., lett c), d.lgs n. 153 del 1999.

⁸¹ Art. 11, d.lgs n. 153 del 1999.

⁸² Art. 10, III c., lett j), d.lgs n. 153 del 1999.

⁸³ Art. 11, IX c., d.lgs n. 153 del 1999.

