



Le fondazioni bancarie tra sussidiarietà e tentazioni neostataliste

Prof. Marcello Clarich*- Prof. Andrea Pisaneschi**

(di prossima pubblicazione in “Il Ponte”)

Nella storia delle fondazioni bancarie, e prima ancora delle casse di risparmio, momento pubblicistico e momento privatistico, funzione pubblica e autonomia privata, hanno spesso oscillato, riflettendo gli orientamenti culturali e di politica economica dominanti nel momento.

Nel 1990 la legge Amato aveva privatizzato sì le banche (peraltro solo sul piano formale attraverso lo scorporo della azienda bancaria dall’originario ente pubblico economico ed il conferimento della medesima in una società per azioni,) ma aveva qualificato le fondazioni – allora definiti, appunto, enti conferenti- come enti pubblici. Non vi era, in quel momento, né un’idea precisa sulla missione che le fondazioni avrebbero dovuto svolgere (oltre quella di custodire il pacchetto azionario della banca conferitaria,) né una qualche prefigurazione della funzione di sviluppo del c.d. terzo settore che esse avrebbero potuto mettere in moto¹.

Del resto all’epoca l’obiettivo primario della legge Amato era quello di privatizzare e ricapitalizzare le banche pubbliche e non anche di sviluppare il settore del non profit, tantomeno attraverso strumenti di natura privatistica. La cultura istituzionale dominante in Italia guardava infatti ancora con diffidenza alle istituzioni non lucrative sorte in modo spontaneo nella società civile e che sembravano contraddire la concezione panpubblicistica e statalista dell’intervento pubblico nel sociale ancora dominante.

Il maggior pregio della riforma successiva, la c.d. riforma Ciampi del 1998,² fu quello di aver individuato una missione delle fondazioni nel sociale, sul nuovo presupposto per così dire ideologico che scopi di utilità sociale, sviluppo del territorio e autonomia privata potevano andare d’accordo tra loro. Le fondazioni bancarie avrebbero potuto inserirsi nella

¹ Sulla legge 30 luglio 1990 n. 218 la letteratura è molto ampia. Cfr. Amoroso (a cura di) *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L’attuazione della legge n. 218/1990*, Milano 1990.

² Si tratta della legge delega 23 dicembre 1998 n. 461 “delega al governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all’art. 11 c.1 del d.l.g.s. 20 novembre 1990 n. 356 e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria”.

contrapposizione tra pubblico e privato e sviluppare “da privati” quelle iniziative di utilità sociale e di sviluppo del territorio sino ad allora appannaggio sul piano culturale, prima che su quello delle competenze giuridiche, del potere pubblico.

In questo contesto, recidere in parte il filo doppio con il potere pubblico era conseguenza doverosa, anche per attribuire significato sostanziale a quella “piena autonomia privata e gestionale” che notoriamente non ha un significato soltanto di facciata. La mediazione effettuata allora dalla legge “Ciampi”, che apriva al privato senza rinnegare il collegamento territoriale e quindi il legame con il pubblico, poteva dunque costituire alla fine un buon compromesso tra le due anime della fondazione.

Per chi tuttavia avesse guardato anche allora l’ente con gli occhi del privatista e il filtro dell’autonomia “vera”, le incongruenze non mancavano: la autonomia statutaria era affermata nelle disposizioni di principio e spesso rinnegata in quelle di dettaglio e nella prassi; la vigilanza collegata alla sana e prudente gestione e all’effettiva cura degli interessi correlati ai fini permetteva di fatto ingerenze notevoli sulle scelte dell’ente; le regole sulla gestione del patrimonio ponevano barriere e lacci nella gestione economica della fondazione.

Si aveva in buona sostanza l’impressione di un “privato” un po’ speciale, autonomo sì, ma solo negli spazi studiati e attentamente selezionati a tavolino da un legislatore attento a non perdere il controllo di patrimoni di importo così elevato riferibili, quanto a titolarità, alla collettività in generale più che a proprietari ben individuati e ancor più attento ad indirizzarne l’attività.

Queste ambiguità venivano anche giustificate, sul piano concettuale, dall’essere la normativa una disciplina -ponte- che avrebbe dovuto guidare le fondazioni verso la dismissione del pacchetto di controllo della banca e verso il “privato vero”, risultato da ottenersi dopo una riforma complessiva del sistema delle fondazioni del codice civile.

Vi fu chi parlò allora, a proposito di queste buone intenzioni, di “starnuti dell’anima”,³ ma è anche vero che Roma non fu fatta in un giorno: le attese per un intervento migliorativo del modello “Ciampi” erano nell’aria, così come la spinta verso una più decisa privatizzazione.

La riforma successiva delle fondazioni bancarie, approvata attraverso emendamenti alla finanziaria del 2003, la c.d riforma “Tremonti”, ha gelato il sangue di chi credeva che altri interventi legislativi sarebbero stati giustificati solo come evoluzione e correzione in senso privatistico e autonomista del modello precedente.

³ Così Ferro Luzzi, *Fondazioni bancarie: che fare ?*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1999, 456, secondo il quale “genericamente, davanti alle oggi numerosissime norme consimili parlo di starnuti dell’anima, per indicare fragorose enunciazioni, ad effetto, di principi nobilissimi, concreti però se, e nei limiti in cui, sono poi concretizzati dalla disciplina concreta”.

La percezione immediata per chi legga le norme di legge è viceversa quella di un ritorno all'antico, alla natura pubblica della fondazione e finanche a una funzione strumentale e di supplenza di questa nei confronti del potere pubblico. Le funzioni attribuite dalla legge, che in certi casi nulla hanno a che spartire con fondazioni di diritto privato, ma che rientrano invece tra le classiche funzioni degli enti pubblici (si pensi solo alla criminalità e sicurezza, ma anche all'acquisto di materiali per la scuola) prima ancora della previsione sulla presenza maggioritaria degli enti pubblici negli organi di indirizzo, sono la testimonianza di un modello orientato verso una dominanza pubblica .

E' noto che molte di queste incongruenze sono state poi eliminate dopo il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento attuativo, così come altre verranno probabilmente corrette dalla Corte costituzionale.

E' tuttavia curioso osservare che questa tendenza a recuperare le fondazioni al potere pubblico si verifica proprio quando, e per la prima volta, a livello costituzionale, viene enfatizzata la formula della "sussidiarietà" e avvalorato un modello costituzionale ispirato a principi di vero decentramento che da sempre si abbina, storicamente e culturalmente "all'autogoverno delle comunità, alla riduzione della sfera pubblica rispetto a quella privata e sociale, al ritorno sul territorio dei redditi ivi prodotti"⁴. E ciò proprio nel mentre le stesse fondazioni stavano iniziando a dare prova di lungimiranza, sperimentando per esempio modelli di intervento innovativi come l'istituzione di *community foundations*⁵ e valorizzando pertanto quel ruolo di acceleratori delle iniziative private nel campo dell'utilità sociale che costituisce la vera missione di questi enti (di fatto la attuazione della sussidiarietà orizzontale).

E' dunque lecito chiedersi perché mentre le norme costituzionali valorizzano principi che vanno nella direzione della autonomia, della prevalenza del privato sul pubblico, di un maggior collegamento tra risorse prodotte e ricaduta territoriale delle risorse stesse, gli interventi normativi sulle fondazioni bancarie sembrano muoversi nella direzione opposta del dirigismo centralista, della prevalenza della funzione pubblica su quella privata, di un possibile –anche se poi scongiurato grazie all'intervento del Consiglio di Stato- scollamento radicale tra luogo di produzione della risorsa e utilizzazione delle medesime.

⁴ Elementi che costituiscono i tratti caratterizzanti del federalismo. Così Caravita, la costituzione dopo la riforma del titolo V, Torino 2002, 7

⁵ [Interessante al riguardo è soprattutto lo sforzo operato dalla Fondazione Cariplo di istituire e finanziare sul territorio fondazioni comunitarie volte a coinvolgere e incentivare i privati nella raccolta di fondi e dunque a promuovere la nuova cultura del non profit.](#) L'idea è quella che la fondazione bancaria costituisca il donatore principale di ulteriori donazioni da raccogliersi sul territorio per la realizzazione di un progetto specifico. Questo modello si sostanzia su una semplice formula : se la fondazione territoriale raccoglie sul territorio una certa somma somma doppia riceverà dalla fondazione bancaria.

Vi è dunque una ragione sotterranea, al di là di possibili implicazioni di “bassa cucina”, per questo percorso che appare, almeno a prima vista, in sé contraddittorio ed illogico ?

Le risposte vengono forse da lontano, ed anche senza scomodare Toqueville che per primo aveva colto come autonomia privata e sistema federale costituissere un abbinamento perfetto nella particolare condizione dell’esperienza americana, v’è da chiedersi, più in generale, se l’impianto di un modello di tipo autonomista come quello del nuovo titolo V della costituzione non possa produrre, almeno inizialmente, alcuni costi inaspettati.

Un primo segnale d’allarme proviene, del resto, da una recente segnalazione della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulla “Riforma della regolazione e promozione della concorrenza”⁶. Secondo questo documento, il decentramento regionale non favorisce privatizzazioni e concorrenza anche se la “tutela della concorrenza “ è entrata nella costituzione e anche se i principi comunitari in tema di concorrenza sono entrati anche essi nella costituzione. C’è infatti un rischio di iper regolazione regionale e locale che può costituire un freno ai processi di liberalizzazione e, in definitiva, alla applicazione concreta della regola della sussidiarietà orizzontale sia pure se introdotta in costituzione.

D’altronde in una società civile come quella italiana, che, diversamente dai modelli anglosassoni, è atavicamente priva di soggetti privati che svolgano funzioni di interesse pubblico, storicamente abituata a ricevere dall’alto comandi per essere poi retribuita con provvidenze e servizi (sia pure di scarsa qualità) è immaginabile che il processo federale non significhi, quantomeno in una prima fase, riduzione della sfera pubblica ma al contrario un suo incremento.

Il trasferimento di una funzione dal centro a più periferie comporta inevitabilmente un aumento delle strutture pubbliche, e poiché i soggetti titolari delle nuove competenze difficilmente rifuggiranno dalla tentazione di disciplinare pervasivamente le funzioni (in Italia l’esercizio del potere è normazione e non certo regolazione,) il processo federale non favorisce, almeno in “prima applicazione” e in assenza di un solido tessuto esistente di corpi intermedi, una valorizzazione della sussidiarietà orizzontale. Per chi detiene il potere è più facile esercitarlo che autolimitarsi.

Del pari, l’ abbandono assai lento sul piano economico del modello interventista keynesiano che si era affermato nel dopoguerra (abbandono per la verità più imposto dall’Unione Europea che voluto), la crisi dello stato sociale, l’assenza sin ora di un modello di riferimento nel quale mercato e servizi possano convivere, sembrano spingere il potere pubblico più verso le sponde tradizionali dell’esercizio diretto delle funzioni che non verso la regolazione neutrale.

⁶ Segnalazione AS226 *Riforma della regolazione e promozione della concorrenza*, 20\12\1001, in Bollettino 1-2-\2002

La recente riforma delle fondazioni bancarie sembra dunque incorporare in qualche modo questi conflitti, con la aggiunta che la tentazione di utilizzarne i cospicui patrimoni per svolgere direttamente i compiti propri dello Stato e degli enti pubblici si accentua –inevitabilmente- nei periodi di cattiva congiuntura economica.

Qualche colpa di questo stato delle cose va imputata anche alle fondazioni e alle classi politiche locali.

Piuttosto che utilizzare gli strumenti della legge “Ciampi” per far crescere la cultura del non profit in Italia e in generale rafforzare attraverso innesti di soggetti privati nelle fondazioni i corpi intermedi e dunque la sussidiarietà orizzontale, molte fondazioni e enti locali si sono dedicati infatti per un buon lasso di tempo a ricercare negli statuti quegli equilibri politici che potessero consentire il mantenimento dello status quo. In generale gli statuti approvati in prima attuazione della legge Ciampi hanno optato per interpretazioni riduttive e minimaliste della nuova normativa disattendendo le indicazioni già di per sé piuttosto deboli e confuse dell’atto di indirizzo emanato all’epoca dal ministero del Tesoro.

Se è vero che le autoriforme sono difficili è anche vero che tutto ciò ha indirettamente contribuito ad avvalorare l’idea che tra fondazioni bancarie e autonomia privata il legame non sia poi così indissolubile, ponendo, se non i presupposti giuridici, quanto meno la giustificazione politica per una controriforma che di fatto mortifica lo sviluppo in senso autonomista di questi soggetti.

Come spesso succede nelle transizioni, il ruolo di mediazione tra la norma costituzionale –che riforma e limita il potere- e il legislatore -che con difficoltà acconsente che il suo potere sia limitato- è svolto dagli organi giurisdizionali e dalla Corte costituzionale.

Consiglio di Stato prima e TAR del Lazio poi hanno infatti offerto alcune interpretazioni della nuova normativa volte a valorizzare il principio di sussidiarietà.

Il Consiglio di Stato nel parere sul regolamento attuativo ha sviluppato, riprendendo alcune sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale, il collegamento tra sussidiarietà e autonomia privata. “Lo Stato e ogni altra autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal sociale”.

Da questa correlazione, conseguenza del nuovo assetto costituzionale di cui all’art. 118 della costituzione, deriverebbe che gli indirizzi della vigilanza non possono arrivare al punto di comprimere l’autonomia statutaria e gestionale dell’ente.

Sussidiarietà orizzontale peraltro significa, non già chiusura autoreferenziale, secondo la logica del “notabilato locale” di lunga tradizione nel nostro Paese, bensì lungimirante apertura agli apporti più

vivi della comunità locale. Su questo terreno si giocherà con tutta probabilità la sfida dei nuovi statuti, una volta conclusa la fase conflittuale tra fondazioni e autorità governativa all'esito di un chiarimento definitivo da parte della Corte Costituzionale o di un nuovo intervento legislativo correttivo.

*Ordinario di diritto amministrativo nell'Università Luiss di Roma

** Ordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena