

## Disciplina delle Fondazioni di origine bancaria

Appunto per la riunione del gruppo Astrid dell'11 marzo 2009

*di Marcello Clarich*

Gli incontri del gruppo di lavoro tenutisi nel 2008 hanno fatto emergere numerosi problemi da approfondire, difficoltà metodologiche e di ricerca dei dati empirici rilevanti e forse anche una diversità di vedute sul modello di fondazione.

In queste ultime settimane sono intervenute alcune novità istituzionali che rendono ancor più necessaria una discussione sui nodi irrisolti.

In primo luogo, il 2 marzo scorso l'Autorità antitrust ha emanato una segnalazione sulla *governance* di banche e assicurazioni che segue un'indagine conoscitiva su un ampio campione di istituti di credito, fornisce un quadro aggiornato della presenza delle fondazioni nell'azionariato delle banche. I due documenti sono molto utili, soprattutto il primo perché offre numerosi dati quantitativi sui quali il gruppo di lavoro potrebbe svolgere una riflessione.

Il giudizio dell'Autorità antitrust è misto. Da un lato si apprezza il contributo delle fondazioni alla stabilità delle banche partecipate in questa fase di crisi. Dall'altro, la segnalazione critica l'assetto delle fondazioni lamentandone la scarsa trasparenza su tre versanti (che potrebbero anch'essi offrire qualche spunto per individuare temi da approfondire nell'ambito del gruppo di lavoro): nei processi decisionali attraverso i quali le fondazioni esercitano i diritti dell'azionista (voto in assemblea, nomina degli amministratori); nei criteri di nomina dei componenti degli organi delle fondazioni; nelle modalità e criteri di gestione del patrimonio, data l'assenza di indicatori per valutare l'andamento degli investimenti effettuati. Sul versante della trasparenza forse andrebbe aggiunto quello relativo alla selezione dei progetti da finanziarie nel campo *non profit*. In ogni caso il principio di trasparenza dell'attività è già posto in termini generali dalla legge Ciampi-Pinza.

In secondo luogo, una disposizione inserita in sede di conversione di un decreto legge di fine anno (art. 1, comma 10-ter, dl 162/2008 convertito in legge n. 201/2008) prevede che le fondazioni bancarie e altri enti trasformati in associazioni e fondazioni che non usufruiscono di finanziamenti pubblici non possano essere qualificate come organismi di diritto pubblico ai fini della disciplina sugli appalti pubblici di lavori servizi e forniture, ma le assoggetta comunque a non specificate “misure di pubblicità”. La disposizione cerca di contrastare un indirizzo restrittivo dei giudici amministrativi che aveva qualificato le fondazioni come organismi di diritto pubblico (Tar Lazio, I Sez., 7283/2007), ma certamente accresce la confusione. Da un lato, infatti, le norme poste dal legislatore nazionale eventualmente contrastanti con il diritto comunitario vanno comunque disapplicate; dall’altro lato, occorre capire quali siano le misure di pubblicità tali da soddisfare il precetto legislativo.

In terzo luogo, la Corte di Cassazione (SU 1579/09) si è pronunciata sul diritto delle fondazioni bancarie di godere delle agevolazioni previste per gli enti *non profit* nel periodo antecedente alla legge Ciampi-Pinza ritenendo che esse non potevano goderne e ha anche affermato, più in generale, che i benefici potranno essere goduti solo “*con la dismissione di ogni residua connotazione imprenditoriale*”. La questione del regime fiscale delle fondazioni che già il gruppo aveva individuato come rilevante richiede ancor più un approfondimento specifico.

In quarto luogo, il ciclo economico recessivo, l’andamento negativo dei titoli azionari degli istituti di credito nei quali le fondazioni detengono partecipazioni significative, le esigenze di ricapitalizzazione rischiano di avere riflessi negativi sia sul valore del patrimonio delle fondazioni sia sull’ammontare dei dividendi distribuiti da impiegare nelle attività di erogazione *non profit* (in particolare, nel caso del Monte dei Paschi, che peraltro è forse un caso a sé).

Riterrei che questi temi, che si aggiungono e in parte si sovrappongono a quelli già emersi nelle riunioni del gruppo e degli appunti pervenuti (fin dal primo documento di Marco Cammelli del settembre 2008), richiedano un approfondimento. Ciò tanto più che il 2009 segna anche il decimo anno del d.lgs. n. 153 che, almeno a livello di fonti legislative, ha stabilizzato l’assetto normativo delle fondazioni bancarie.

Alcuni assunti dai quale si potrebbe muovere e che sono emersi anche nelle prime riunioni del gruppo sono, anzitutto:

- a) che le fondazioni bancarie (o ex bancarie) sono organismi peculiari ormai radicati nel tessuto istituzionale e che hanno molte potenzialità positive.
- b) in secondo luogo, sebbene una certa ambiguità, che ha segnato la loro origine, continua a connotare la loro configurazione, appare irrealistico (e probabilmente anche incostituzionale) immaginare riforme legislative che ne stravolgano le caratteristiche essenziali.
- c) in terzo luogo, lo stesso dibattito circa la natura pubblica-privata delle fondazioni sembra ormai sterile anche perché, nella teoria generale e nel diritto positivo, la distinzione-opposizione in questione è sempre meno rilevante.

Se questa fosse una cornice condivisa entro la quale svolgere gli approfondimenti e sviluppare qualche proposta concreta, allora l'indagine potrebbe essere rivolta ad analizzare una per una le varie relazioni esterne e interne (inclusi i tre versanti di cui al documento dell'Antitrust) che definiscono la posizione delle Fondazioni all'interno dello "spazio regolatorio" (o istituzionale): banche, enti locali (e altre articolazioni locali), ministero vigilante, destinatari delle erogazioni e delle altre iniziative, organizzazione interna, ecc.