

IL REGIME FISCALE DELLE DISMISSIONI DELLE FONDAZIONI BANCARIE

(Prof. Tommaso Di Tanno)

di prossima pubblicazione in “Il Ponte”

1. *Premessa*

Com'è noto (e come è stato ampiamente ricordato ed illustrato negli interventi che precedono), la storia – ma forse sarebbe più appropriato parlare di telenovela - delle fondazioni bancarie comincia più di un decennio fa, allorché esse furono per la prima volta individuate dalla legge delega 218/1990 (c.d. “legge Amato”), nel quadro del processo di ristrutturazione del sistema creditizio italiano, quali enti risultanti a seguito della loro trasformazione in società per azioni. Trasformazione, questa, da attuarsi con diverse modalità in funzione del relativo *status* originario ma riconducibile, in ogni caso, allo schema della separazione delle relative aziende bancarie dal soggetto che ne deteneva il controllo.

Nel corso degli anni Ottanta era, infatti, prepotentemente emersa “*l'esigenza* - per usare le parole della relazione del Ministro del Tesoro al disegno di legge A.C. 3124 (poi divenuto L. 218/1990) – “*di dotare gli enti creditizi pubblici di moduli organizzativi societari*” in considerazione della “*potenziale inadeguatezza delle attuali strutture alle acute tensioni concorrenziali*”. La soluzione prescelta per il passaggio degli enti di natura fondazionale alla nuova struttura societaria fu, perciò, lo “scorporo” dell'azienda bancaria dall'ente pubblico creditizio ed il suo “conferimento” ad una S.p.A. costituita allo scopo, di cui l'ente scorporante è divenuto diretto azionista, e l'affidamento agli enti scorporanti di fini di interesse pubblico e di utilità sociale, così da mantenere in vita quella vocazione filantropica che ne aveva caratterizzato (o ne avrebbe dovuto caratterizzare) la sussistenza.

Ma poiché l'inadeguatezza delle strutture fino ad allora esistenti derivava non solo dalle peculiari regole di *governance* connesse alla natura pubblicistica, ma anche alle ridotte dimensioni di molte di esse, la societarizzazione dell'azienda bancaria non poteva che costituire solo una tappa della riforma, occorrendo anche indurre le fondazioni bancarie a cedere le partecipazioni nelle banche conferitarie allo scopo di consentire quelle aggregazioni necessarie per aumentare il livello dimensionale delle aziende bancarie nazionali, mettendole così in condizione di competere con i concorrenti stranieri e, soprattutto, comunitari.

Gli strumenti utilizzati per realizzare tale obiettivo sono stati, su un piano più strettamente patrimoniale, inizialmente, la previsione dell'obbligo di diversificazione del rischio degli

investimenti, in modo che non più del 50 per cento del patrimonio della fondazione risultasse investito in azioni della banca conferitaria (art. 1, comma 7-ter, del DL 31 maggio 1994, n. 332, convertito nella L. 30 luglio 1994, n. 474, in attuazione del quale è poi stato emanata la Direttiva del Ministro del Tesoro del 18 novembre 1994), e, successivamente, la previsione del divieto di possedere partecipazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c. (50 per cento più uno dei voti esercitabili in assemblea), prima singolarmente (art. 3 della L. 461/1998 e art. 6 del D.Lgs. 153/1999) e, poi, anche congiuntamente con altre fondazioni bancarie, sia esso diretto che indiretto (art. 11, comma 10, della L. 28 dicembre 2001, n. 448 e Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 2 agosto 2002, n. 217¹).

Le descritte misure di carattere patrimoniale sono state poi affiancate da diverse disposizioni che, agendo sul diverso piano dei soggetti persone fisiche, hanno posto vincoli sempre più stringenti di incompatibilità tra le cariche amministrative e di controllo nelle fondazioni bancarie e nelle banche conferitarie con l'obiettivo evidente di creare una netta separazione sia tra patrimoni che tra persone.

E' in tale contesto normativo e, prima ancora, di scelte di politica economica e di governo dell'economia, che si collocano le disposizioni di natura fiscale regolanti le operazioni di dismissione delle partecipazioni nelle banche conferitarie da parte delle fondazioni bancarie, nonché degli altri beni di queste ultime sostanzialmente non strumentali al perseguimento dei fini loro propri. Le disposizioni fiscali in parola (art. 1, comma 7-ter, del citato DL 31 maggio 1994, n. 332 e gli artt. 13 e 14 del D.Lgs. 153/1999), che tecnicamente prevedono un'esenzione dagli obblighi fiscali fino alla data entro cui deve procedersi all'obbligo di dismissione, hanno svolto e tuttora svolgono la duplice funzione, da una parte, di evitare un prelievo che altrimenti avrebbe natura espropriativa, in quanto gravante su operazioni imposte dal legislatore e, dall'altra, di rimuovere un ostacolo, rappresentato per l'appunto dal "costo" per le imposte, a porre in essere dismissioni ulteriori rispetto a quelle imposte dal legislatore, con un effetto che potremmo così definire di "leva fiscale".

Per poter misurare il vantaggio derivante dalle agevolazioni fiscali in argomento e, di converso, il danno eventuale che, anche solo sul piano fiscale, deriverebbe dal mancato adempimento degli obblighi di dismissione nei termini previsti occorre, tuttavia, necessariamente tener conto del regime fiscale ordinario delle fondazioni bancarie, individuato, dal 15 giugno 1999, dal D.Lgs. 153/1999.

¹ In relazione al quale si segnala l'interessante parere del Consiglio di Stato del 1° luglio 2002, n. 1354.

Sono, inoltre, del parere che, in considerazione dell'organicità e completezza dei diversi interventi qui ospitati, debba darsi contezza anche del regime fiscale previgente, in quanto è con riguardo ad esso che si è sviluppato l'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la natura fiscale delle fondazioni bancarie, che poi in qualche modo è stata codificata nel D.Lgs. 153/1999, nonché per cogliere appieno le penalizzazioni che il legislatore ha previsto, sul piano fiscale, per le fondazioni bancarie. Insomma, per comprendere il presente sembra quanto mai necessario, nella specifica materia, riandare al passato.

Per ragioni di coerenza sistematica e di priorità logica procederò, pertanto, ad illustrare, previamente, l'ordinario regime delle fondazioni bancarie *ante* D.Lgs. 153/1999; quindi, il regime fiscale vigente e, infine, lo specifico regime fiscale delle dismissioni.

2. *Il regime fiscale ante D.Lgs. 153/1999*

Come si è detto, la natura delle fondazioni bancarie prima della emanazione del D.Lgs. 153/1999 ha formato oggetto di un certo dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza con riguardo, in particolare, all'applicabilità dell'art. 6 del DPR 601/1973 - il quale stabilisce la riduzione dell'Irpeg al 50 per cento nei confronti di determinati soggetti, forniti di personalità giuridica, che vengono individuati con riferimento sia all'attività svolta (assistenza sociale, sanitaria, attività di assistenza e/o beneficenza, attività di studio e sperimentazione di interesse generale) sia alla relativa connotazione soggettiva (enti ospedalieri, accademie, fondazioni ed associazioni storiche, letterarie e scientifiche, istituti autonomi e loro consorzi) - e dell'art. 10-*bis* della L. 1745/1962² (la c.d. legge Tremelloni), che accordava alle persone giuridiche pubbliche o fondazioni, che hanno esclusivamente scopo di beneficenza, educazione, istruzione, studio e ricerca scientifica, la possibilità di ottenere l'esonero dalla ritenuta d'acconto sui dividendi percepiti, previa presentazione di apposita richiesta in tal senso al competente Ispettorato compartimentale delle imposte dirette (le cui attribuzioni sono oggi riferite alle Direzioni Regionali delle Entrate).

Peraltro, è da notare che l'esonero dalla ritenuta, secondo la prassi degli organi periferici dell'Amministrazione finanziaria³, era stato riconosciuto esclusivamente nell'ipotesi in cui

² Applicabile anche dopo la scomparsa dell'imposta sulle società, attuata con la riforma tributaria, per effetto di quanto previsto dall'art. 73, comma 2, del DPR 600/1973 ed abrogata per effetto delle modifiche apportate dal D.Lgs. 461/1997 all'art. 27 del DPR 600/1973 che ha abolito l'obbligo di effettuazione della ritenuta alla fonte sui dividendi erogati a soggetti diversi dalle persone fisiche.

³ Confermata dal Ministero delle Finanze con la risoluzione n. 11 del 22/6/1976 e la circolare 238/E del 4/10/1996.

il soggetto percipiente i dividendi fosse compreso tra quelli cui si rendesse applicabile l'agevolazione di cui all'art. 6 citato. La questione dell'applicabilità, nel passato, delle due disposizioni normative alle fondazioni bancarie è stata, perciò, ritenuta intimamente connessa.

Secondo la posizione assunta dal Ministero delle Finanze nella circolare 238/1996 - conforme al parere espresso dal Consiglio di Stato n. 103/95, reso nell'adunanza della Sez. III del 24/10/1995⁴ - l'agevolazione di cui all'art. 6 del DPR 601/1973 non sarebbe stata applicabile alle fondazioni bancarie sulla scorta dei seguenti argomenti:

- le fondazioni bancarie non rientrano in una delle specifiche categorie indicate nell'art. 6 citato, e la norma medesima, in quanto agevolativa, *“è di stretta interpretazione e non è consentito il criterio ermeneutico estensivo o analogico”*;
- le fondazioni bancarie sono la “continuazione” degli enti creditizi originari (nella specie: delle casse di risparmio);
- lo scopo principale delle fondazioni bancarie si sostanzia nella “gestione” della partecipazione nella banca conferitaria.

La posizione ministeriale fu condivisa da una parte minoritaria della giurisprudenza di merito⁵, che si è spinta anche ad affermare che l'attività di “gestione” della partecipazione costituisce un'attività commerciale, come tale ostativa all'applicazione delle predette agevolazioni fiscali. Essa appare, tuttavia, per diverse ragioni criticabile e tali critiche sono state in parte accolte anche dalla Corte di Cassazione, sebbene in una sola sentenza, l'unica che al momento è stata resa sullo specifico argomento⁶.

In particolare, la posizione assunta nel parere del Consiglio di Stato, nella circolare del Ministero delle Finanze e dalla giurisprudenza di merito minoritaria appare errata sia

⁴ In cui si dà anche atto di un contrasto, in ordine alla questione oggetto del parere del Consiglio di Stato, tra la Ragioneria Generale dello Stato (che propendeva per l'inapplicabilità dell'agevolazione) e la Direzione Generale del Tesoro (di opposto avviso).

⁵ Decisioni contrarie alle fondazioni bancarie: CTP Firenze, 216 del 10/7/97; CTP Bolzano, 54/03/97 del 24/6/97; CTP Milano, 43 del 24/2/1998; CTP Perugia, 819/01/97 del 18/9/97.

⁶ Cass. 9/5/2002, n. 6607.

perché muove da una non motivata - e, invero, dubbia - definizione dell'ambito di efficacia dell'art. 6 citato, sia perché si fonda su un'inesatta ricostruzione della natura e degli scopi propri delle fondazioni bancarie.

Prima di dare ragione di tali affermazioni, sembra preferibile soffermarsi preliminarmente sui requisiti necessari per godere dell'agevolazione fiscale di cui all'art. 6 (rimanendone sostanzialmente assorbita - e peraltro oramai non più di attualità - la questione dell'applicabilità dell'art. 10-*bis* della L. 1745/1962).

Il primo degli argomenti addotti nel parere del Consiglio di Stato e nella circolare del Ministero delle Finanze sostanzialmente verte intorno all'ambito soggettivo di efficacia dell'art. 6, e si fonda sulla mera interpretazione letterale della norma medesima per escluderne l'applicabilità ai soggetti - quali le fondazioni bancarie - ivi non espressamente contemplati.

La fondatezza della posizione assunta dai predetti organi appare tuttavia contrastante con un orientamento della Corte di Cassazione, che potrebbe ormai ritenersi consolidato, secondo cui:

- le norme a carattere eccezionale, come quelle che concedono esenzioni fiscali, sono insuscettibili di interpretazione analogica, mentre ne è ammissibile quella estensiva⁷;
- nel caso di norme agevolative, l'interprete non dovrà limitarsi ad un'interpretazione letterale e statica ma, tenuto conto dell'intenzione del legislatore, dovrà considerare se la disposizione sia applicabile anche a situazioni che, seppur non espressamente previste sul piano della formulazione letterale, rientrano tuttavia nel quadro normativo del settore considerato⁸.

Il fatto che le fondazioni bancarie non siano espressamente ricomprese nell'art. 6 del DPR 601/1973 non sembra, dunque, possa costituire un vero ostacolo alla sua applicazione⁹,

⁷ Cass. 26/1/1971, n. 179; 7/12/1972, n. 3539; 13/2/1973, n. 430; 21/1/1974, n. 1832; 2/3/1981, n. 1210; 23/1/1985, n. 278; 14/12/1991, n. 13502.

⁸ Cass. 2/3/1981, n. 1210.

⁹ Del resto, in precedenza lo stesso Consiglio di Stato Sez. III, nel parere dell'8/10/1991 aveva affermato, in apparente contrasto con il parere reso per le fondazioni bancarie, che l'agevolazione di cui all'art. 6 del DPR 601/1973 "*non si riconduce mai ad una ragione meramente soggettiva*".

soprattutto ove si consideri che esse svolgono più d'una delle attività ivi contemplate. Le fondazioni bancarie, infatti, per le finalità perseguite sono sia enti di assistenza e beneficenza, sia istituti di istruzione, sia fondazioni storiche, letterarie, scientifiche, di esperienze e ricerche aventi scopi esclusivamente culturali, sia enti il cui fine è equiparato per legge a quelli di beneficenza o di istruzione. Ciò che quindi contraddistingue le fondazioni bancarie è la non specializzazione, la non settorialità, il fatto che operino in prevalenza non in uno, ma in più dei predetti campi.

Consegue che, alla luce del descritto orientamento della Suprema Corte in tema di applicazione soggettiva delle norme agevolative, non poteva apparire fondato escludere aprioristicamente dal beneficio in esame una persona giuridica - quale, per l'appunto, la fondazione bancaria - che svolgesse non una ma più attività di quelle elencate nell'art. 6¹⁰.

Tuttavia, per stabilire a quali condizioni, sempre sul piano soggettivo, la norma agevolativa *de qua* fosse applicabile alle fondazioni bancarie occorre, inoltre, tener conto del fatto che, in ordine all'ambito generale di efficacia dell'art. 6 del DPR 601/1973, sussistono due diverse teorie:

- (i) secondo la prima teoria, la norma si limita a prevedere che l'agevolazione spetta a condizione che si tratti di soggetto:
- che sia dotato di personalità giuridica;
 - che operi in uno dei settori indicati nella disposizione medesima¹¹, indipendentemente dalla natura dell'attività principale, che ben potrebbe essere anche commerciale^{12 13};

¹⁰ Rossi, *Sull'applicabilità dell'agevolazione prevista dall'art. 6 DPR 29 settembre 1973, n. 601 alle Casse di risparmio conferenti le aziende bancarie*, Riv. Dir. Trib., 1997, I, 72.

¹¹ In tal senso, peraltro, dovrebbe deporre la necessità che ricorra il riconoscimento della personalità giuridica, il quale presuppone un controllo dell'autorità amministrativa o giudiziaria sulla natura degli scopi dell'ente e sulle condizioni economiche per farvi fronte.

¹² Come testimoniato dalla presenza degli Iacp e di loro consorzi che, in più di una occasione, il Ministero delle Finanze ha qualificato come enti commerciali (r.m. 11/906 del 9/7/1975 e 10/1120 del 16/11/1976). Si veda, altresì, la r.m. 11/3298 del 28/7/1977.

¹³ Rossi, *Scopi perseguiti e destinazione dei risultati nella tassazione degli enti di tipo associativo*, Rassegna tributaria, 6/1998, 1598.

- che non persegua comunque scopo di lucro^{14 15}.

L'agevolazione in questione si applicherebbe, quindi, soddisfatte le relative condizioni, sia nel caso di ente commerciale, a norma dell'art. 87 del DPR 917/1986, sia in quello di ente non commerciale. In questo senso, del resto, si era espressa la giurisprudenza¹⁶ in relazione al precedente storico dell'art. 6, cioè l'art. 151 del T.U. 29 gennaio 1958, n. 645. Quest'ultimo prevedeva - nelle lettere da a) ad i) - l'esenzione dall'imposta sulle società relativamente a fattispecie del tutto simili a quelle individuate nel citato art. 6, affermandosi che la riconducibilità dell'ente ad una delle tipologie ivi previste fosse condizione sufficiente per l'applicabilità dell'esenzione, prescindendo dal contenuto dell'attività da esso svolta, "*anche mediante aziende*"¹⁷. Poiché - si evince dalla relazione di accompagnamento allo schema di decreto sulle agevolazioni - l'art. 6 costituisce una mera riformulazione dell'art. 151, ciò solo dovrebbe bastare a ritenere confermata l'interpretazione sopra descritta;

- (ii) la seconda teoria - avallata della giurisprudenza più recente - propende, invece, per ritenere che "*prerequisito per accedere all'agevolazione dell'art. 6 è la collocazione del soggetto tra quelli di cui all'art. 2, comma 1, lett. c (del DPR 598/1973)*"¹⁸, ossia gli enti diversi dalle società che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali¹⁹. Tale tesi ha ricevuto critiche da parte dalla

¹⁴ Fedele, *Il regime fiscale delle associazioni*, Riv. Dir. Trib., 1995, pag. 333; Ficari, *Attività commerciale non principale ed agevolazione Irpeg ad enti associativi con fine non lucrativo*, Riv. Dir. Trib., 1996, 138 e, ancora, Ficari, *La necessità di distinguere fra oggetto e scopo nella tassazione agevolata degli utili distribuiti alla fondazione bancaria*, Rassegna tributaria, 1, 1998, 80.

¹⁵ Si ha, evidentemente, mancanza di lucro soggettivo quando gli utili dell'attività commerciale siano interamente destinati alla realizzazione dei fini dell'ente.

¹⁶ CTC, Sz. IX, 18/1/1979, n. 116, Cass., 3/7/1971, n. 2067, Cass. 29/5/1974, n. 153; Cass. 14/1/1976, n. 113; Cass. 4/6/1977, n. 2280; Corte dei Conti, sez. giur. Sicilia, 8/2/1979, n. 116; Cass. 24/4/1979, n. 2321; Cass. 7/9/1979, n. 4737; Cass. 23/4/1980, n. 2654; CTC 21/5/1983, n. 916; CTC 17/7/1984, n. 7646; Cass. 17/7/1987, nn. 6295, 6296, 6297; CTC 17/2/1989, n. 1280.

¹⁷ CTC, Sez. II, 16/6/1982, n. 4758.

¹⁸ Cass. 29/3/1990, n. 2573; Cass. 15/2/1995, n. 1633; Cass. 8/3/1995, n. 2705.

¹⁹ Anche seguendo la teoria più restrittiva, comunque, l'agevolazione riguarda il reddito complessivo dell'ente non commerciale, comprensivo del reddito derivante da eventuali attività commerciali svolte in via non principale (in tal senso, anche CTC 15/5/1989, n. 3374).

dottrina²⁰ in quanto avrebbe stravolto “*i criteri ispiratori della legislazione agevolativa, tesa a promuovere, sul piano del trattamento fiscale, gli scopi perseguiti indipendentemente dagli strumenti utilizzati, che possono essere anche costituiti dall’esercizio in via esclusiva o principale di una attività commerciale*”^{21 22}.

Posto che le fondazioni bancarie, anche nell’ordinamento previgente il D.Lgs. 153/1999, erano certamente dotate di personalità giuridica²³ e non perseguivano scopo di lucro²⁴ (come richiesto dalla prima teoria, di cui *sub i*), si rendeva, quindi, necessario chiarire - per il caso in cui dovesse consolidarsi l’orientamento più restrittivo (seconda teoria, di cui *sub ii*) che richiede come prerequisito la natura non commerciale dell’ente - se le fondazioni bancarie costituiscono enti commerciali (come lo erano le casse di risparmio e come si afferma nelle sentenze indicate in nota 4) oppure no. In ultima analisi, dovette indagarsi su quale fosse - e che natura avesse - la loro attività principale.

²⁰ In dottrina si è, però, anche sostenuto che “*l’orientamento della Corte è (rectius, potrebbe essere) il frutto di un apprezzabile intento di non condizionare la verifica dei presupposti di applicabilità del beneficio tributario dell’adozione di un criterio meramente formale (quale la mera finalità espressa nell’atto costitutivo o nello statuto dell’ente) che consentirebbe con facilità l’elusione dei dettami previsti dalla norma*” (Mercurio, *Appunti in tema di fondazioni bancarie*, Diritto e pratica tributaria, 1997, I, 2, 931, il quale riporta l’opinione espressa da Miscali).

²¹ Rossi, *Scopi perseguiti e destinazione dei risultati nella tassazione degli enti di tipo associativo*, Rassegna tributaria, 6/1998, pag. 1602 che, inoltre, fa notare come il regime di tassazione delle cooperative dimostri che non sia affatto estraneo all’ordinamento un sistema di agevolazioni riconosciuto in considerazione della meritevolezza dei fini perseguiti, indipendentemente dagli strumenti utilizzati.

²² Zizzo, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, Riv. Dir. Trib., 1994, I, 626.

²³ L’art. 11, comma 2, del D.Lgs. 356/1990 dispone che le fondazioni bancarie “*hanno piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato*”. L’art. 2 dello schema di decreto legislativo approvato il 14 u.s. dal Consiglio dei Ministri in attuazione della delega contenuta nella L. 461/1998 dispone che “*le fondazioni sono persone giuridiche private ...*”.

²⁴ E’ significativo, al riguardo, il vincolo sancito dall’art. 12, comma 1, lettere a), d) e g), del D.Lgs. 356/1990 di destinazione dei proventi delle attività finanziarie e commerciali al conseguimento dei propri scopi, alla sottoscrizione di eventuali aumenti di capitale nella S.p.A. conferitaria ed alla realizzazione di strutture stabili attinenti a ricerca scientifica, istruzione, arte e sanità (in tal senso, fra gli altri, Ficari, *La necessità di distinguere fra oggetto e scopo nella tassazione agevolata degli utili distribuiti alla fondazione bancaria*, Rassegna tributaria, 1, 1998, 91 e Proto, *Beneficiari dell’agevolazione Irpeg e fondazioni bancarie*, Rassegna tributaria, 2, 1999, 619). Inoltre, l’art. 2 citato alla nota che precede prevede espressamente che le fondazioni non hanno scopo di lucro.

Tale indagine, è evidente, ha poi condizionato l'iniziativa del Governo e il dibattito parlamentare intorno alla riforma delle fondazioni bancarie, attuata con la L. 461/1998 (c.d. "Legge Ciampi") di iniziativa governativa ed il D.Lgs. 153/1999.

L'indagine sulla tipologia e sulla natura dell'attività principale delle fondazioni bancarie mosse i suoi passi dalla considerazione preliminare che le caratteristiche intrinseche delle fondazioni bancarie non potevano che discendere dalla particolare loro genesi, che è stata brevemente riepilogata in premessa. Apparve, così, fuor di dubbio che la stessa *ratio legis* della legge Amato testimoniassero come anche il secondo argomento addotto nel parere del Consiglio di Stato e nella circolare del Ministero delle Finanze fosse privo di fondamento: le fondazioni bancarie non costituiscono "continuazione giuridica" dell'ente conferente (casse di risparmio) - e, quindi, non ne mutuano la natura di ente commerciale - atteso che l'intera, effettiva, organizzazione dell'ente che si immedesima con la "banca" gestita è stata trasferita nella società conferitaria, mentre a livello di ente conferente, in buona sostanza, non è rimasto più nulla al di fuori del pacchetto azionario frutto del conferimento (e delle altre attività residuali, diverse dall'azienda bancaria, eventualmente non conferite).

Per quanto attiene, poi, allo scopo delle fondazioni bancarie, va osservato che la previsione delle finalità da perseguire e delle relative attività che le fondazioni bancarie dovevano svolgere era contenuta:

- nell'art. 2, comma 1, lett. c) della L. 218/1990, ove è stabilito che lo statuto degli enti conferenti *"dovrà prevedere che l'oggetto (almeno principale) dell'ente sia la gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette ed indirette, e che lo scopo si ispiri (esclusivamente) alle finalità originarie dell'ente"*;
- nell'art. 12, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 356/1990 (che ha dato attuazione alla delega contenuta nella legge Amato), il quale dispone che gli enti conferenti *"perseguono fini di interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte e della sanità"*, potendo inoltre mantenere *"le originarie finalità di assistenza e di tutela delle categorie sociali più deboli"*.

Già dal solo tenore letterale dalle due disposizioni risulta nitida la differenza tra oggetto e scopo/fini delle fondazioni bancarie.

Infatti, seppure nella legge delega la tipizzazione degli enti conferenti sembrava passare attraverso l'oggetto della loro attività, nella legge delegata l'accento è stato spostato sui fini

di interesse pubblico o di pubblica utilità espressamente individuati degli enti medesimi. E, comunque, già dalla citata relazione del Ministro del Tesoro al disegno di legge A.C. 3124 (poi divenuto L. 218/1990) si rileva che le fondazioni bancarie nascono nell'ambito del processo di ristrutturazione delle casse di risparmio e degli istituti di credito di diritto pubblico quale "espediente temporaneo" per collocare le azioni delle neonate S.p.A.²⁵ Il fatto, poi, che la normativa dell'epoca (già) incentivasse la dismissione delle partecipazioni nelle banche conferitarie, detenute dalle fondazioni, attesta l'inessenzialità dell'attività di amministrazione della suddetta partecipazione. Infatti, se essa avesse costituito realmente lo "scopo principale" degli enti in discorso, tale attività non sarebbe potuta venire meno senza mettere in discussione l'esistenza dell'ente stesso²⁶.

Da tali osservazioni consegue che anche il terzo argomento addotto nel parere del Consiglio di Stato e nella circolare del Ministero delle Finanze poteva ritenersi privo di fondamento. Infatti, tralasciando, per ora, di considerare che le fondazioni bancarie non "gestiscono" bensì "amministrano" la partecipazione bancaria, è comunque evidente come detta attività non costituisca, essa, lo "scopo" dell'ente conferente bensì finisca con l'essere un'attività (di godimento) strumentale e servente all'attuazione dei fini istituzionali.

In altre parole, l'attività di erogazione costituiva - ma ciò vale senz'altro anche per il presente perché si tratta di un aspetto connaturato da sempre alle fondazioni bancarie - l'obiettivo fondamentale mentre l'amministrazione del patrimonio ne era - e, anche in questo caso ne è - lo strumento²⁷ (*rectius*, uno dei possibili strumenti) e, come tale, rappresenta un'attività non certo esclusiva ma neppure principale, in quanto intesa solo a finanziare l'attività istituzionale ed il perseguimento degli scopi di utilità sociale²⁸.

Va comunque sottolineato che il possesso della partecipazione bancaria da parte delle

²⁵ Mercurio, *Appunti in tema di fondazioni bancarie*, Diritto e pratica tributaria, 1997, I, 2, 912.

²⁶ Ciò trova conferma, seppure non certo con riferimento alle fondazioni bancarie, nella circolare del Ministero delle Finanze 124/E del 12/5/1998 in cui si afferma che l'attività essenziale è quella che consente all'ente "il raggiungimento degli scopi primari e che tipizza l'ente medesimo".

²⁷ In tal senso il Commissario CONSOB Onado nel corso dell'audizione alla Commissione finanze e tesoro del Senato (Consob Informa, Anno IV, n. 22, 1°/6/1998).

²⁸ Deve, quindi, ritenersi che, ai fini di quanto previsto dall'art. 87, comma 4, del DPR 917/1986 per la qualificazione di un ente come "commerciale" o "non commerciale", l'"attività essenziale" per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dallo statuto delle fondazioni bancarie è costituita dall'attività di erogazione e da quelle ad essa connesse.

fondazioni (ossia il loro “oggetto”, secondo la definizione del citato art. 2, comma 1, lett. c della L. 218/1990), oltre a non costituire - come detto - l’attività principale delle stesse, non potrebbe nemmeno, di per sé, essere qualificato come attività commerciale.

Infatti, mentre la legge Amato aveva stabilito, come si è sopra ricordato, che lo statuto degli enti conferenti avrebbe dovuto “*prevedere che oggetto dell’ente sia la gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette e indirette*”, il D.Lgs. 356/1990 modificava al riguardo la terminologia, precisando che “*gli enti amministrano la partecipazione nella società per azioni conferitaria dell’azienda bancaria finché ne sono titolari*” (art. 12, comma 1, lett. b). Si passava, così, dal concetto - tipicamente imprenditoriale - di “gestione” a quello, piuttosto statico-conservativo, di “amministrazione” di una partecipazione. E, del resto, la chiara valutazione negativa circa la idoneità delle “fondazioni bancarie” a porsi come validi “gestori” delle banche scorporate, quale emergeva dalla normativa delegata, non ha fatto, successivamente, che accentuarsi:

- con la previsione del divieto, subito dopo una fase transitoria, per chi riveste incarichi amministrativi e di controllo nell’ente conferente di rivestirne anche nella banca conferitaria (nota del Ministero del Tesoro n. 2216 dell’11 marzo 1993 e decreto del Ministro del tesoro n. 243265 del 26 novembre 1993²⁹);
- con la richiesta di sottoscrizione, da parte delle fondazioni bancarie, del “protocollo di autonomia”³⁰ (art. 28, comma 4, L. 10 ottobre 1990, n. 287, abrogato dall’art. 161 del D.Lgs. 385/1993), nel testo risultante dalla deliberazione 27 gennaio 1992 del Governatore della Banca d’Italia, che obbligava a non porre in essere “*atti o comportamenti contrari all’autonomia gestionale dell’ente partecipato*”;
- soprattutto, con la direttiva emanata il 18 novembre 1994 dal Ministro del Tesoro in cui è stabilito 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* (art. 10, comma 1)³¹”. Questa norma “sterilizza”, dunque, in relazione agli enti conferenti, quel *plus* di poteri di “direzione e di coordinamento” (art. 61, comma 4, della L.

²⁹ Giudicati, sostanzialmente, legittimi dal TAR del Lazio, nelle sentenze 26/7/1994 n. 1183 e 27/7/1994 n. 1184.

³⁰ Atto, questo, sostanzialmente svalutato dalla CTP di Firenze, nella sent. 216 del 1997, citata.

³¹ Schlesinger, *Le c.d. “fondazioni bancarie”*, Banca, borsa e titoli di credito, 1995, I, 421 ss.

385/1993) che, evidentemente, il legislatore reputa connotato ad ogni soggetto controllante, in particolare alla società che è a capo di un gruppo bancario, conducendo a ritenere che l'ente conferente non può mai essere "capogruppo"³².

Non si vede, quindi, come potesse ritenersi, con una qualche fondatezza, che un'attività puramente conservativa dei pacchetti azionari di controllo - limitata, cioè, a far valere i diritti amministrativi e patrimoniali nelle singole società, senza ingerirsi nelle scelte operative di competenza della controllata - potesse integrare un'attività commerciale³³. Non v'è dubbio, cioè, che si trattasse di un'attività economica, ma non tutte le attività economiche sono commerciali, ciò dipendendo dalle modalità di esercizio dell'attività.

Né, d'altro canto, l'attività di "amministrazione" della partecipazione svolta dalle fondazioni bancarie può fondatamente essere riconducibile ai modelli tipici della *holding* giacché:

- la stessa legge Amato prevedeva una delega al Governo ad emanare norme dirette a "definire gli elementi che identificano il gruppo creditizio" ed in questo contesto già emergeva, da un lato, che alla capogruppo avrebbero dovuto essere attribuiti "poteri di direzione" e, dall'altro, che gli enti conferenti non avrebbero potuto acquisire la qualità di "capogruppo", riservata invece a "società" aventi la caratteristiche "di cui all'art. 1, comma 1°, lett. c) L. 17 aprile 1986, n. 114" (art. 5, comma 1, lett. c della

³² Minervini, *Divieto di gestione e diritto all'informazione nei rapporti fra fondazioni bancarie e banche partecipate*, Rivista delle società, 1995, 29, il quale, tra l'altro, afferma che "acutamente Paolo Ferro-Luzzi, nel Convegno tenuto a Roma ad iniziativa dell'Acri il 31 gennaio 1995 (dedicato a <<Gli enti conferenti tra pubblico e privato. Contributi e proposte>>), ha rilevato che l'esclusione dell'ente conferente dalla gestione dell'impresa bancaria preclude anche la limitata operatività in materia di <<gestione della società>>, che l'art. 2364, comma 1, n. 4, c.c. attribuisce all'assemblea su iniziativa degli amministratori della società o per disposizione dell'atto costitutivo".

³³ In tal senso, peraltro, depongono le modifiche apportate al DPR 633/1972 dal D.Lgs. 313/1997 nella parte in cui stabilisce che non si considera commerciale "il possesso, non strumentale né accessorio ad altre attività (commerciali) esercitate, di partecipazioni ... costituenti immobilizzazioni, al fine di percepire dividendi ... senza strutture dirette a esercitare attività finanziaria ovvero attività di indirizzo, di coordinamento o altri interventi nella gestione delle società partecipate" nonché la sent. 6/2/1997, causa c-80/95 della Corte di Giustizia U.E. in cui si afferma che "l'art. 4, n. 2, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari ... va interpretato nel senso che il mero acquisto e la mera detenzione di obbligazioni che non siano strumentali ad un'altra attività d'impresa e la riscossione degli introiti che ne derivano non devono essere considerati attività economiche che conferiscono al soggetto che effettua le dette operazioni la qualità di soggetto passivo".

L. 218/1990);

- l'art. 14 del D.Lgs. 356/1990 sottrae le fondazioni alla vigilanza che viene effettuata sugli enti creditizi, anche quando venga assunta la sola funzione di *holding* di un gruppo bancario, derivandone la non iscrivibilità nell'albo delle aziende bancarie ai sensi del testo unico in materia bancaria.

Né, infine, poteva sostenersi che la fondazione bancaria potesse essere considerata come un imprenditore c.d. "indiretto"³⁴ (peraltro da molti autori sostanzialmente identificato nell'impresa *holding*), che esercitasse, cioè, l'attività bancaria mediante la società conferitaria. Anche nell'ipotesi, infatti, in cui la fondazione detenesse il controllo della società conferitaria *ex art.* 19 del D.Lgs. 356/1990, doveva escludersi che potesse aprioristicamente ritenersi che esercitasse tale controllo in modo tanto penetrante da farle assumere, appunto, la suddetta figura dell'imprenditore indiretto, vale a dire dell'imprenditore la cui attività di impresa è svolta tramite società partecipata in esecuzione di programmi dettagliati fissati dall'azionista di controllo e la cui attuazione è dallo stesso assiduamente verificata³⁵. Anche in giurisprudenza³⁶ si è, del resto, affermato che per l'acquisto della qualità di imprenditore non è sufficiente l'esistenza di una relazione di controllo ma è necessario, altresì, l'esercizio di una specifica attività di controllo e direzione. Tale attività dovrebbe essere esercitata in nome proprio dall'imprenditore "indiretto" ed essere idonea a produrre un incremento di risultati economici del gruppo nelle sue componenti e nel suo insieme.

Può, quindi, concludersi che, essendo il ruolo delle fondazioni bancarie stabilito dal legislatore quello del semplice "tagliacedole"³⁷, che utilizza il pacchetto azionario

³⁴ Ficari, *Tassazione degli utili distribuiti dalla fondazione bancaria*, Rassegna tributaria, 1, 1998, 84.

³⁵ Gallo, *La natura ai fini fiscali dell'ente che ha conferito ad una s.p.a. la propria azienda creditizia*, Riv. Dir. Trib., 1991, I, 546.

³⁶ Cass., sent. 1439/1990.

³⁷ Ciò non toglie, ovviamente, che l'attività posta in essere da una fondazione bancaria potesse - e possa - poi rilevarsi, in concreto, effettivamente commerciale alla luce delle modalità con cui è svolta e dei relativi contenuti. Al riguardo occorre rammentare che per aversi esercizio di impresa commerciale ai fini fiscali, secondo quanto previsto dall'art. 51 del DPR 917, è sufficiente (e necessario) l'esercizio di un'attività economica abituale e continuativa nell'ambito dei settori indicati nei n. da 1 a 5 dell'art. 2195 c.c., oppure un'attività che si concreta nella prestazione di servizi non contemplati dall'art. 2195 c.c., purché in tal caso svolta con adeguata organizzazione. La nozione fiscale è quindi ben più ampia di quella civilistica non essendo richiesto per le attività riconducibili all'art. 2195 c.c. il requisito dell'"organizzazione in forma di

esclusivamente come fonte di reddito, senza esercitare l'impresa bancaria, sia direttamente come vieta la legge, sia indirettamente secondo lo schema tipico della *holding* o dell'imprenditore "indiretto"³⁸, le stesse avevano natura di ente non commerciale sia nel mondo del diritto civile che, di conseguenza, del diritto tributario, e che ad esse spettasse l'agevolazione prevista dall'art. 6 del DPR 601/1973, sempreché ovviamente nell'attuazione concreta abbiano realizzato almeno una o più delle attività indicate nell'art. 12 del D.Lgs. 356/1990 e si siano uniformate alle prescrizioni dettate dalla normativa di settore.

Significativamente questo è stato l'orientamento anche della giurisprudenza maggioritaria³⁹ delle Commissioni Tributarie, con riferimento tanto all'art. 10-*bis* della L. 1645/1962 che all'art. 6 del DPR 601/1973 e, da ultimo, della Corte di Cassazione.

L'evoluzione normativa - che, come si è accennato, si è alimentata proprio dei frutti del

impresa" previsto dall'art. 2082 c.c. Ciò non comporta, però, che ogni attività riconducibile al predetto art. 2195 sia per ciò stesso un'attività commerciale dovendo ricorrere l'ulteriore requisito dell'oggettiva economicità della gestione intesa nel senso che l'attività medesima deve essere destinata al mercato e deve essere in grado di remunerare i diversi fattori produttivi impiegati. In dottrina si è, comunque, autorevolmente sostenuto, sul punto, che "i requisiti necessari a tal fine, richiesti in sede civile e richiamati e precisati dall'art. 51 del Tuir, sono economicità, organizzazione, sistematicità, effettività" (Proto, *Beneficiari della riduzione Irpeg e fondazioni bancarie*, Rassegna tributaria, 2, 1999, 621) e che l'organizzazione in forma di impresa presuppone sempre l'economicità, ma non è certo vero il contrario.

³⁸ Significativa appare la decisione della CTP di La Spezia del 12/2/1998, n. 6, che, in tema di estensione dell'agevolazione prevista dall'art. 6 del DPR n. 601/1973 alle fondazioni bancarie, afferma: "... si esprime l'avviso che l'attività di amministrazione delle partecipazioni nelle società conferitarie, svolta dalle Fondazioni delle Casse di Risparmio, non possa qualificarsi attività commerciale; infatti, aderendo ai motivi chiaramente esposti nella sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, 26.2.1990, n. 1439, si ritiene che l'esercizio dei poteri e dei diritti che derivano dal possesso di un pacchetto azionario di maggioranza non costituisce esercizio di attività commerciale per cui l'azionista di maggioranza non assume, per il semplice fatto di essere azionista di maggioranza, la qualità di imprenditore commerciale. Tale invece diventa se svolge attività di direzione e di governo dell'impresa esercitata dalla società controllata".

³⁹ Decisioni favorevoli alle fondazioni bancarie: CTP Forlì, 325 del 24/3/1997; CTP Venezia, 82 del 1/7/1997; CTP Perugia, 347/04/97 del 5/12/97; CTP La Spezia, 6/98 del 12/2/98; CTP Torino, 286 del 12/2/98; CTP Trieste 682/3/97 del 26/1/98; CTP Ascoli Piceno, 425, 426, 427 e 428 del 20/10/1998; CTP Perugia, 450 e 451 del 20/10/1998; CTP Reggio Emilia, 101 del 24/9/1998; CTP Ancona, 628/3/98 del 13/4/1999 (riferita proprio a FCRJ); CTP La Spezia, 5/98 del 12/2/98; CTP Ravenna, 200 e 201/98 del 24/4/98; CTP Ravenna, 499 del 25/7/1998; CTP Trieste 683 del 28/1/1998; CTP Trento, 171 del 14/12/1998 (annotata da Ficari su Bollettino Tributario, 9, 1999, 756 e ss.); CTR Venezia, 71 del 19/7/1999, CTR Perugia, 193 del 2/8/1999, CTR Firenze, 229 del 29/11/1999.

dibattito dottrinario e giurisprudenziale degli anni precedenti - ha poi ovviamente confermato la natura di enti non commerciali delle fondazioni bancarie e l'applicazione dell'agevolazione prevista dall'art. 6 del DPR 601/1973, tanto per l'avvenire che - appare fondato ritenere - per il passato. La L. 461/1998 (recante norme di delegazione in materia di riforma dell'ordinamento delle fondazioni bancarie), infatti, all'art. 3 stabilisce che alle fondazioni bancarie sia attribuito il regime di agevolazione fiscale (riduzione dell'Irpeg al 50 per cento) previsto dall'art. 6 del DPR 601/1973, a condizione che gli enti "*se di natura non commerciale, abbiano perseguito o perseguano*" le finalità di utilità sociale previste dall'art. 12 del D.Lgs. 356/1990 ovvero operino in misura prevalente, per l'avvenire, nei settori considerati all'art. 2, lett. d), della L. 461/1998 (ricerca scientifica, istruzione, arte, conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, sanità, assistenza alle categorie sociali deboli).

Con riguardo, in particolare, proprio all'ambito di efficacia temporale, già sulla scorta del semplice tenore letterale della norma citata potrebbe ritenersi che il riferimento a due diversi momenti temporali consenta di attribuirle valore dispositivo per il futuro e interpretativo per il passato, con la conseguenza di confermare l'applicabilità dell'art. 6 del DPR 601/1973 anche per il periodo anteriore alla L. 461/1998⁴⁰, seppure a determinate condizioni.

Un conforto, in chiave sistematica, di quanto affermato, deriverebbe inoltre dal fatto che, mentre altre disposizioni recate dalla legge medesima sono espressamente applicabili "*dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi*", per quanto riguarda l'applicazione dell'agevolazione non è stabilita alcuna data di decorrenza.

Ma è soprattutto dall'esame dei lavori preparatori che si ricava la conferma di tale tesi interpretativa. Ricostruendo, infatti, la *voluntas legislatoris* quale emerge dagli atti parlamentari, si evince che:

- nella relazione di accompagnamento del disegno di legge presentato in data 12/2/1997 dal Ministro del tesoro e del bilancio e della programmazione economica di concerto con il Ministro delle finanze (disegno di legge – A.C. 3194) si afferma che "*gli enti conferenti svolgono normalmente attività non commerciale, con la conseguenza che, salvo casi eccezionali, vanno considerati fiscalmente, ai sensi dell'art. 87 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del*

⁴⁰ Ficari, *Il regime fiscale delle fondazioni bancarie e lo schema di legge delega*, Rassegna tributaria, 4, 1998, 929 e 934.

Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, alla stregua di <<enti non commerciali>> ... La legge Amato ha sufficientemente sviluppato la disciplina fiscale delle società conferitarie, ma ha lasciato alcuni dubbi circa il regime fiscale degli enti che residuano dopo il conferimento dell'azienda bancaria. In particolare, si reputa opportuno introdurre un regime fiscale agevolato che tenga conto della particolare meritevolezza degli scopi perseguiti. Tale regime si fonda sul presupposto che agli enti conferenti spetti già l'agevolazione fiscale di cui all'art. 6 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, e successive modificazioni, nelle ipotesi, di gran lunga le più frequenti, in cui essi possono considerarsi enti non commerciali ... Agli enti conferenti è applicabile pertanto la riduzione al 50 per cento dell'IRPEG prevista dall'art. 6 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, e successive modificazioni, purché perseguano fini di interesse pubblico e di utilità sociale nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte e della sanità, previsti dall'art. 12 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356”;

- nel testo originario dell'art. 3, comma 1, lett. a) del disegno di legge era prevista l'attribuzione del regime agevolativo *“a condizione che gli enti conferenti, se di natura non commerciale, perseguano i fini previsti dall'art. 12 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356”;*
- nel corso del dibattito parlamentare, il relatore della VI Commissione permanente (Finanze), in data 14/5/1997, osservava che *“dalla formulazione della lettera a) dell'articolo 3, in esame, non è chiaro se l'applicazione della citata riduzione fiscale debba aver luogo a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge, o valga anche per i periodi precedenti. Dalla relazione governativa (sopra riprodotta) sembra doversi evincere che il principio agevolativo debba applicarsi agli enti conferenti anche per il passato, purché essi avessero natura non commerciale. Se così si dovesse intendere, la disposizione dovrebbe essere formulata in termini più chiari, in quanto dall'attuale formulazione sembrerebbe che l'applicazione del regime agevolato debba iniziare dal momento di entrata in vigore della legge”;*
- pertanto, nel testo approvato dalla VI Commissione permanente (Finanze) della Camera dei deputati in data 18/2/1998 tra le parole *“commerciale”* e *“perseguano”* contenute nel testo originario, è stata inserita la locuzione *“abbiano perseguito”* mantenuta anche nel testo definitivamente approvato.

L'esame dei lavori preparatori, ed in particolare della sequenza degli interventi culminata

con l'inserimento della locuzione "*abbiano perseguito*", consente quindi di ritenere, con ragionevole fondatezza, che la *ratio legis* della disposizione contenuta nell'art. 3 della L. 461/1998 sia anche quella di fornire un'interpretazione autentica dell'art. 6 del DPR 601/1973, nel senso della sua applicabilità, anche per il passato, alle fondazioni bancarie di natura effettivamente non commerciale⁴¹.

Peraltro, analoga posizione è stata ribadita, anche di recente, sempre dal legislatore nella relazione al disegno di legge di conversione del DL 63/2002 - che, all'art. 5, comma 1, ultimo periodo, contiene disposizioni relative alle fondazioni bancarie - in cui, testualmente, è scritto che "*... in relazione ... alla riduzione a metà dell'Irpeg ai sensi dell'articolo 6 del decreto del Presidente della Repubblica n. 601 del 1973, la disciplina dettata dalla legge Ciampi e dal decreto di attuazione successivo si limita a confermare lo stesso regime di cui, già prima dell'entrata in vigore di tali ultimi provvedimenti, usufruivano tutte le fondazioni bancarie che perseguivano finalità di utilità sociale*".

⁴¹ Giova, peraltro, rammentare che gli elementi dai quali l'interprete può desumere la natura di interpretazione autentica di una legge sono stati individuati in diverse pronunce della Corte Costituzionale emesse negli ultimi quarant'anni e sono riassumibili come segue:

- i caratteri della legge interpretativa sussistono quando "*rimanendo immutato il tenore testuale della disposizione interpretata, se ne chiarisca e precisi il significato o si privilegi, tenendola vincolante, una delle tante interpretazioni possibili*" (sent. 15/1995);
- la funzione propria della legge interpretativa è "*quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili con il tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea politica del diritto voluta dal legislatore ... Tale carattere interpretativo deve peraltro desumersi non già dalla qualificazione che tali leggi danno di se stesse, quanto invece dalla struttura della loro fattispecie normativa in relazione cioè ad un rapporto fra norme - e non fra disposizioni - tale che il sopravvenire della norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano fra loro dando luogo ad un precetto normativo unitario*" (sent. 397/1994);
- è indifferente ai fini di detta qualificazione "*l'autodefinizione di interpretazione autentica*" (sent. 81/1958; 23 /1967; 36/1985 e 15 /1995), sicché il contenuto interpretativo deve essere individuabile in precedenti contrasti di giurisprudenza e/o nell'effettiva ambiguità dei testi (sent. 44/1957 e 174/1974) od in un effettivo stato di incertezza (sent. 49/1965 e 163/1991) oppure nell'intento di rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea politica seguita dal legislatore (sent. 178/1987 e 6 /1994).

Nessuno dei requisiti individuati dalla Corte Costituzionale, al fine di qualificare una norma come interpretativa, sembra invero mancare nella vicenda in esame, da ciò potendosi trarre ulteriore conferma che la *ratio legis* dell'art. 3 della L. 461/1997 - quale emerge dall'interpretazione letterale e sistematica nonché dai lavori preparatori - sia proprio quella di chiarire l'applicabilità alle fondazioni bancarie dell'art. 6 del DPR 601/1973 anche per il passato.

Sulla questione, infine, come si è detto si è pronunciata, da ultimo, anche la Corte di Cassazione, sebbene, finora, in una sola pronuncia. Invero, in un primo momento si era pensato che la Suprema Corte potesse assumere, sul punto, un orientamento restrittivo giacché nella sentenza 14571/2001, nell'occuparsi della questione dell'applicabilità del citato art. 10-*bis* della L. 1745/1962, aveva affermato che le fondazioni bancarie non perseguirebbero esclusivamente scopi di utilità sociale (come richiesto dalla norma agevolativa), ma anche *un'attività commerciale*, dal momento che nello Statuto è altresì previsto, in via paritaria, lo scopo di amministrare la partecipazione nella società conferitaria.

Tuttavia, in quella sentenza la Suprema Corte aveva espresso il convincimento di considerare del tutto estraneo al *thema decidendum* il distinto quesito se alle fondazioni spetti la riduzione alla metà dell'IRPEG disposta dall'art. 6 del DPR 601/1973, trattandosi di norme autonome e non sovrapponibili, in quanto aventi ad oggetto una materia radicalmente diversa (l'una l'esenzione dalla ritenuta sui dividendi per particolari soggetti che godano altresì dell'esenzione dall'IRPEG, l'altra la riduzione alla metà di tale imposta).

Nella successiva sentenza 6607/2002 la Corte di Cassazione ha, invece, affermato l'applicabilità alle fondazioni bancarie dell'agevolazione prevista dall'art. 6 del DPR 601/1973 anche prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 153/1999 negando la “ *natura commerciale a quelle attività di gestione di partecipazioni, qual è quella delle fondazioni bancarie, ... strumentale rispetto alle loro finalità indicate dalla legge*” e aggiungendo anche che “*dalla lettura delle disposizioni della legge di delega e del decreto legislativo delegato, che concorrono alla formazione della norma agevolativa, si desume che essa non ha efficacia innovativa per quegli enti che abbiano perseguito le finalità di interesse pubblico e di utilità sociale anche negli esercizi precedenti*”.

Infine, la non commercialità dell'attività svolta dalle fondazioni bancarie è stata affermata, da ultimo, dalla Commissione dell'Unione Europea nella decisione IP/02/1231 del 23 agosto 2002 (quindi, successiva alla sentenza e riferibile anche al quadro normativo vigente) secondo cui “*l'attività di gestione del proprio patrimonio e di utilizzazione dei proventi per l'erogazione di contributi ad enti senza scopo di lucro non è (nella sistematica del Trattato di Roma) un'attività economica. Di conseguenza le fondazioni bancarie non sono qualificabili come imprese ai sensi delle norme comunitarie*”.

3. *Il regime fiscale del D.Lgs. 153/1999*

Il D.Lgs. 153/1999, emanato in attuazione dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella

L. 461/1998, ha modificato profondamente il regime fiscale delle fondazioni bancarie prevedendo espressamente la loro inclusione, a determinate condizioni, tra gli enti non commerciali (art. 12, comma 1), l'applicabilità, alle medesime condizioni, del citato art. 6 del DPR 601/1973 (art. 12, comma 2) ma con forti limitazioni all'utilizzo del credito d'imposta sui dividendi (art. 12, comma 6), l'esenzione fiscale sul *capital gain* realizzato mediante la dismissione della partecipazione nella banca conferitaria (art. 13) ed, infine, un particolare regime di dismissione dei beni immobili (artt. 19 e 20).

Prima di esaminare nel dettaglio il regime in questione sembra opportuno rammentare brevemente - in quanto oramai del tutto ininfluenza per le scelte ancora da compiersi - che il 23 marzo 2000 la Commissione Europea ha inviato una richiesta di informazioni alla Rappresentanza Permanente dell'Italia presso l'Unione Europea avente ad oggetto le disposizioni contenute nel D.Lgs. 153/1999 al fine di stabilire se le stesse costituissero fattispecie di "aiuti di Stato" ai sensi dell'art. 87 del Trattato di Roma ed invitando, altresì, il Governo italiano a sospendere l' "erogazione di tali benefici per il futuro".

In data 14 giugno 2000, il Ministero del Tesoro, stando alle dichiarazioni rese in sede parlamentare, ha risposto alla Commissione Europea difendendo espressamente le misure a favore delle fondazioni bancarie. Secondo quanto emerge dal resoconto stenografico dell'audizione del 20 luglio 2000 presso la VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati, il Ministro del Tesoro, nel confermare che al momento non era stata ancora formalmente aperta alcuna indagine formale, espresse inoltre l'avviso che, ove ciò dovesse poi accadere, risulterebbe "piuttosto facile" argomentare la difendibilità delle agevolazioni previste per le fondazioni mentre si è detto "non pessimista" in relazione alle disposizioni riguardanti espressamente le banche.

L'indagine formale⁴² è poi stata aperta in data 25 ottobre 2000⁴³ e si è conclusa, per quanto riguarda le misure riguardanti le banche (conferitarie e non), con la decisione C54/A/2000/CE dell'11 dicembre 2001 secondo cui le stesse integrerebbero aiuti di Stato in contrasto con il Trattato di Roma⁴⁴.

⁴² Disciplinata dal Reg. CE 659/1999 del Consiglio.

⁴³ Pubblicata sulla GUCE del 10 febbraio 2001.

⁴⁴ Avverso la decisione sfavorevole è stato proposto ricorso alla Corte di Giustizia. Il Governo italiano, tuttavia, ha prima sospeso le norme medesime con il DL 63/2002 e, poi, ha dettato le disposizioni per il recupero, in via provvisoria, delle agevolazioni già fruite con il DL 282/2002 (in corso di conversione).

Invece, per quanto riguarda le misure relative alle fondazioni bancarie⁴⁵, l'indagine si è conclusa con la decisione C(2002)318 del 22 agosto 2002 in maniera opposta, con la statuizione che le stesse sono compatibili con i principi della libera concorrenza e, quindi, pienamente legittime. In tal senso, peraltro, si era già espresso il Governo nell'art. 5 del DL 63/2002 consentendo alle fondazioni bancarie di determinare le imposte dovute per l'anno 2001 in maniera conforme al D.Lgs. 153/1999⁴⁶.

3.1. Presunzione di non commercialità

L'art. 12 del D.Lgs. 153/1999 contiene, al comma 1, il riconoscimento *ex lege* della natura di "ente non commerciale", ai sensi dell'art. 87 del DPR 917/1986, per le fondazioni bancarie che adeguano il proprio statuto alle disposizioni contenute nel titolo I del medesimo decreto.

Il legislatore, tuttavia, ha previsto, altresì, il mantenimento della qualifica di ente non commerciale nel caso in cui le fondazioni medesime perseguano le loro finalità mediante esercizio, con contabilità separate, di "*imprese strumentali ai loro fini statutari*" mentre all'art. 6, comma 1, ha previsto che "*le Fondazioni possono detenere partecipazioni di controllo solamente in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali*".

L'art. 1, lettera h), precisa, poi, che per "impresa strumentale" si deve intendere l'impresa "*esercitata dalla fondazione o da una società di cui la fondazione detiene il controllo, operante in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statutari perseguiti dalla fondazione nei settori rilevanti*", tali essendo quelli della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali e dei beni ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli.

⁴⁵ Segnatamente quelle contenute negli artt. 12, comma 2, 13, 16, commi 4 e 5, e 27, comma 2, del D.Lgs. 153/1999. La Commissione, con lettera del 2 ottobre 2002 in risposta ad una richiesta dell'ACRI ha poi precisato che, nella sostanza, anche l'art. 16, comma 3, deve essere valutato alla luce della decisione resa il 22 agosto 2002 non riguardando vantaggi per le banche ma per le fondazioni bancarie.

⁴⁶ Invero, con il DL 63/2002 il Governo probabilmente ha voluto cautelarsi dal rischio che, a seguito della risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 2 ottobre 2001 n. 145, secondo cui le disposizioni del D.Lgs. 153/1999 dovevano ritenersi sospese e, perciò, prive di effetto, le fondazioni bancarie potessero applicarsi il regime previgente che, come si evidenzierà nel prosieguo, era senz'altro più favorevole.

In sintesi, la disciplina vigente disegna un modello di fondazione bancaria quale ente fiscalmente non commerciale cui è impedito sia lo svolgimento di attività commerciali che il possesso di partecipazioni di controllo, con l'eccezione dei settori indicati.

Il paradigma utilizzato dal legislatore appare, quindi, quello degli artt. 108 e seguenti del DPR 917/1986, con l'unica restrizione della caratterizzazione delle attività commerciali che possono essere svolte e dei limiti alle partecipazioni azionarie, che non trovano riscontro nelle citate disposizioni in materia di imposizione sui redditi e che riecheggiano chiaramente la preoccupazione del legislatore di evitare un coinvolgimento delle fondazioni bancarie nell'attività bancaria e finanziaria. Il rinvio al paradigma della generalità degli enti non commerciali comporta, quindi, l'applicabilità anche dell'art. 111-bis del DPR 917/1986 il quale dispone che *“indipendentemente dalle previsioni statutarie, l'ente perde la qualifica di ente non commerciale qualora eserciti prevalentemente attività commerciale per un intero periodo di imposta”*. Di conseguenza, i controlli circa la conformità dell'attività svolta dalle fondazioni bancarie agli statuti potranno essere svolti, oltre che dall'autorità di vigilanza (attualmente, come noto, il Ministero dell'Economia e delle Finanze a norma dell'art. 10 del D.Lgs. 153/1999), anche dagli organi dell'Amministrazione finanziaria (Agenzia delle Entrate, Se.C.I.T. e Guardia di Finanza).

Il medesimo art. 12, ai commi 3 e 4, prevede, però, talune ipotesi - anch'esse derogatorie rispetto alla disciplina fiscale generale degli enti non commerciali - al verificarsi delle quali la fondazione bancaria perde la qualifica di ente non commerciale e, cioè, qualora, decorsi quattro anni⁴⁷ dalla data di entrata in vigore del decreto delegato sia ancora in possesso di:

- una partecipazione di controllo nella banca conferitaria;
- diritti reali su beni immobili diversi da quelli strumentali per le attività direttamente esercitate dalla stessa o da imprese strumentali.

Risulta, dunque, evidente quanto anticipato in premessa, che le esenzioni fiscali sulle operazioni di dismissione di alcuni cespiti delle fondazioni bancarie - che sono proprio quelli il cui mantenimento nel possesso comporta la perdita della non commercialità - si pongono in rapporto di complementarietà con il processo di separazione delle banche

⁴⁷ L'art. 80, comma 20, della L. 289/2002 (la legge finanziaria per il 2003) ha allungato il termine a sette anni ma unicamente per le fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro e per quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale.

conferitarie dalle fondazioni bancarie e l'accentuazione della vocazione *no profit* di queste ultime.

Il riconoscimento *ex lege* della natura di ente non commerciale, di per sé, comporta unicamente che il reddito complessivo delle fondazioni bancarie si determina come sommatoria delle diverse categorie reddituali invece che, come avviene per gli enti commerciali, unicamente secondo le regole del reddito d'impresa. L'unico vantaggio reale che, effettivamente, deriva da tale qualificazione è che sul *capital gain* si rende applicabile l'imposta sostitutiva prevista dal D.Lgs. 461/1997 (12,5 o 27 per cento) invece che l'Irpeg (da quest'anno al 34 per cento ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera b, della L. 289/2002).

Ai fini di una valutazione della convenienza del regime fiscale previsto dal D.Lgs. 153/1999, rispetto a quello previgente ovvero a quello degli enti commerciali, occorre, piuttosto, esaminare le altre disposizioni contenute nell'art. 12, segnatamente nei commi 2 (relativa all'applicabilità dell'art. 6 del DPR 601/1973) e 6 (relativa alle limitazioni all'utilizzo del credito d'imposta sui dividendi).

3.1.1. Applicabilità dell'art. 6 del DPR 601/1973

L'art. 12, comma 2, nel recepire il principio sancito dall'art. 3 della L. 461/1998 stabilisce l'applicabilità alle fondazioni bancarie dell'art. 6 del DPR 601/1973 ponendo, però, due condizioni:

- la natura non commerciale degli enti;
- che gli enti operino nei settori rilevanti.

Poiché le fondazioni bancarie che abbiano adeguato gli statuti alle disposizioni contenute nel Titolo I del D.Lgs. 153/1999 sono *ex lege* qualificati fiscalmente tra gli enti non commerciali, anche se svolgono l'esercizio di imprese, purché queste siano direttamente strumentali al perseguimento dei fini statutari nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli, ne consegue l'incondizionata applicabilità dell'agevolazione in questione, sempreché, ovviamente, l'attività effettivamente svolta sia coerente con lo statuto.

Il requisito della non commercialità, come condizione per beneficiare dell'agevolazione, costituisce comunque un elemento di specialità previsto, quanto meno sul piano normativo,

unicamente per le fondazioni bancarie, rispetto alle condizioni richieste per l'applicabilità dell'art. 6 del DPR 601/1973 alla generalità dei contribuenti. Conseguentemente una fondazione bancaria che perda i requisiti di non commercialità non può applicare il citato art. 6. Ciò tuttavia, potrebbe anche non cagionare alcun danno.

3.1.2. Limitazioni all'utilizzo del credito d'imposta sui dividendi

L'art. 12, al comma 6, dispone, infatti, che “*non si fa luogo al rimborso o a riporto a nuovo del credito di imposta sui dividendi percepiti dalle fondazioni*”.

La *ratio* della norma, che dà attuazione al criterio dettato dall'art. 3, comma 1, lett. c)⁴⁸, della L. 461/1998, secondo quanto emerge dalla relazione di accompagnamento del decreto delegato, sembra quella di stabilire che la fondazione che riceve i dividendi possa utilizzare il credito attribuitole solo per compensare le imposte dovute sul dividendo medesimo, con un meccanismo sostanzialmente analogo a quello del c.d. credito di imposta limitato di cui all'art. 11, comma 3-*bis*, del DPR 917/1986.

La norma in rassegna è stata fonte di dubbi interpretativi riguardanti la decorrenza della sua applicazione e il contenuto stesso della limitazione.

3.1.2.1. Decorrenza della norma

In assenza di diversa previsione contenuta nel D.Lgs. 153/1999, la disposizione in esame si è resa applicabile secondo le ordinarie regole sull'efficacia della legge nel tempo (contenute negli artt. 10 e 11 delle preleggi) e, quindi, non poteva applicarsi ai periodi d'imposta già chiusi alla data della sua entrata in vigore. Ciò nella considerazione che il credito d'imposta sugli utili distribuiti al socio costituisce un diritto soggettivo di credito che sorge con la percezione del dividendo⁴⁹ e non all'atto della dichiarazione dei redditi in cui esso viene utilizzato, costituendo quest'ultima solo la modalità di attuazione di un credito già certo nell'*an* e nel *quantum*⁵⁰.

⁴⁸ Il quale dispone che “*il godimento del credito di imposta sui dividendi (spetti) in misura non superiore all'imposta dovuta sui dividendi medesimi*”.

⁴⁹ In tal senso si esprime anche il principio contabile nazionale (di recente pubblicazione) sul “*Trattamento contabile delle imposte dirette*”, *sub par.* CII.

⁵⁰ M. Ingrosso, *Credito di imposta*, Enciclopedia Giuridica Treccani.

In altre parole, il credito di imposta in questione, per sua stessa natura, deriva e nasce dagli utili distribuiti dalle società. Solo per poter far valere tale credito è previsto, dagli artt. 14 e 92 del DPR 917/1986, che esso sia indicato, a pena di decadenza, nella dichiarazione⁵¹ dei redditi. La stessa sanzione della decadenza, quale istituto inteso a dare certezza dei rapporti giuridici consistente nella estinzione di una situazione soggettiva di vantaggio in caso di mancato esercizio entro un certo termine, è del resto sintomatica proprio della previa esistenza di un diritto perfezionato.

Individuato, dunque, il momento in cui sorge il diritto di credito in parola, è evidente che le vicende successive a tale momento non possono incidere su tale diritto, sempre che, ovviamente, ciò non sia espressamente previsto dalla legge⁵².

Ebbene, nel caso di specie la formulazione letterale dell'art. 12 citato appare tale da far ritenere che mentre al comma 2 (relativo alla riduzione dell'Irpeg al 50 per cento) é attribuibile valenza interpretativa, diversamente il comma 6 (relativo alla limitazione all'utilizzo del credito d'imposta, sebbene concettualmente collegato al comma 2) ha invece carattere innovativo con la conseguenza che, in mancanza di diversa previsione normativa espressa, detta limitazione dovrebbe operare solo per i crediti d'imposta sorti successivamente alla data di entrata in vigore del D.Lgs. 153/1999.

A ritenere diversamente, tra l'altro, si dovrebbe ammettere che a parità di presupposto di imposta sarebbe potuta corrispondere un'obbligazione tributaria di diversa entità, in dipendenza del giorno di presentazione della dichiarazione dei redditi (prima o dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 153/1999, avvenuta il quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale), con la conseguenza inaccettabile di trasformare un "adempimento" teso a favorire il procedimento di accertamento in un "presupposto" di imposta.

3.1.2.2. Possibilità di utilizzare il credito di imposta in eccedenza rispetto all'Irpeg dovuta sui dividendi

⁵¹ Filippi, *Il credito di imposta sui dividendi. Disciplina e natura*, Diritto e Pratica Tributaria, 1979, I, 840 e ss.

⁵² La retroattività rientra sì tra i poteri del legislatore fiscale ma, secondo anche l'orientamento della Corte di Cassazione, non può essere implicita ma è necessario che sia chiaramente espressa (sent. 2702/1990, 5152/1990 e 11106/1993).

Il secondo dubbio interpretativo riguarda, come si è detto, il contenuto stesso della limitazione.

La dizione “*riporto a nuovo*” del credito di imposta equivale a quella di “*computare l’eccedenza in diminuzione dell’imposta relativa al periodo di imposta successivo*”, contenuta nell’art. 11, comma 3, del DPR 917/1986.

Ebbene, secondo quanto indicato nelle istruzioni per la compilazione del Modello UNICO 99⁵³, le imposte a credito possono essere chieste a rimborso oppure essere “compensate”, ove la compensazione può essere, indifferentemente, sia verticale (credito Irpeg con il debito a titolo di acconto Irpeg dovuto per il successivo periodo di imposta) che orizzontale (credito Irpeg con debito per altre imposte).

Quindi, posto che il “riporto a nuovo” si traduce nella compensazione, il relativo divieto comporta, sicuramente, il divieto di compensazione sia orizzontale che verticale del credito d’imposta in eccedenza rispetto all’Irpeg dovuta dalle fondazioni bancarie sui dividendi.

Peraltro, la norma presenta ulteriori aspetti di incertezza relativi alla sua difformità rispetto ai principi e criteri dettati dalla legge delega, questione, questa, sulla quale occorre, invece, necessariamente soffermarsi.

Mentre, infatti, l’art. 3, comma 1, lettera c) della “Legge Ciampi” prevede il “*godimento del credito di imposta sui dividendi in misura non superiore all’imposta sui dividendi medesimi*”, l’art. 12, comma 6, del D.Lgs. 153/1999, stabilisce solo che “*non si fa luogo al rimborso o a riporto a nuovo del credito di imposta sui dividendi percepiti dalle fondazioni*”, con una formulazione, quindi, tale da non precludere un utilizzo del credito d’imposta sui dividendi più ampio di quello previsto dalla legge delega.

Tuttavia, dalla lettura della citata relazione di accompagnamento allo schema di decreto delegato sembrerebbe che, a dispetto del tenore letterale della disposizione contenuta nella norma delegata, la volontà del legislatore delegato sia del tutto coincidente con quella della legge delega.

Si pone, allora, il problema se il credito di imposta in eccedenza rispetto all’Irpeg dovuta sui dividendi possa essere utilizzato in detrazione dall’Irpeg dovuta dalle fondazioni

⁵³ Cfr. le “*Istruzioni per la compilazione - introduzione, par. 9.*” di UNICO 99-Enti non commerciali ed equiparati.

bancarie sugli altri redditi dalle stesse posseduti. A ben vedere, infatti, potrebbero prospettarsi per le fondazioni bancarie ben tre opzioni in relazione all'utilizzo del credito di imposta sui dividendi, e cioè:

- lo scomputo fino a concorrenza dell'importo corrispondente all'imposta applicata sul dividendo (art. 3, comma 1, lettera c della "Legge Ciampi");
- lo scomputo fino a concorrenza dell'imposta dovuta sul reddito complessivo (art. 12, comma 6, del D.Lgs. 153/1999);
- lo scomputo fino a concorrenza della quota di imposta netta relativa agli utili per i quali è attribuito (art. 11, comma 3-*bis*, del DPR 917/1986).

Poiché le tre opzioni conducono a risultati sensibilmente differenti, è ovvio che solo una di esse potrà ritenersi corretta.

Preliminarmente occorre rammentare che il credito di imposta sui dividendi, previsto dall'art. 14 del DPR 917/1986, è uno strumento utilizzato al fine di evitare il fenomeno della doppia imposizione sugli utili societari, una prima volta in capo alla società ed una seconda in capo al socio.

La disposizione contenuta nell'art. 3, comma 1, lettera c), della "Legge Ciampi" appare, allora, come quella meglio rispondente alla *ratio* del credito di imposta sui dividendi giacché ne prevede l'utilizzo fino alla misura necessaria per evitare la doppia imposizione. Tale opzione (vale a dire la prima) si presenterebbe, quindi, come la più prudente da seguire, sebbene delle tre sia, sicuramente, la più penalizzante.

Certo è, però, che l'art. 12, comma 6, del D.Lgs. 153/1999 è formulato in modo tale da escludere il "riporto a nuovo" ed il "rimborso". Posto che l'utilizzo del credito di imposta in relazione all'Irpeg dovuta sugli altri redditi non rientra in nessuna delle due ipotesi vietate dall'art. 12 in esame, la stessa potrebbe ritenersi comunque ammissibile. L'opzione in esame (cioè la seconda) evidentemente si presenta come la più conveniente delle tre.

Può, invece, fondatamente escludersi l'applicazione del metodo di calcolo previsto dall'art. 11, comma 3-*bis*, del DPR 917/1986 (la terza opzione) - che condurrebbe ad un risultato intermedio tra quello che si otterrebbe con le due precedenti opzioni - nella duplice considerazione che mancano espressi riferimenti normativi al riguardo e, non tenendo conto delle diverse aliquote applicate nel caso concreto (che per le fondazioni bancarie potrebbero

essere il 34 per cento sui redditi fondiari ed il 17 per cento sugli altri redditi), comporterebbe che, all'aumentare degli altri redditi, diversi dai dividendi, aumenterebbe la quota di credito di imposta sui dividendi utilizzabile, risultato, questo, che, evidentemente, non soddisferebbe la *ratio* della disposizione normativa in esame.

3.1.2.3. Conclusioni

Il descritto quadro normativo evidenzia, quindi, come il regime fiscale delle fondazioni bancarie applicabile dal 15 giugno 1999 (data di entrata in vigore del D.Lgs. 153/1999), se da una parte risolve le incertezze del quadro normativo antecedente, che tanto contenzioso hanno generato, d'altra parte è, però, meno vantaggioso per le fondazioni bancarie giacché il vantaggio derivante dal riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 6 del DPR 601/1973 è tutto confinato nella possibilità di utilizzare il credito di imposta eccedente per compensare il debito d'imposta riferibile ad eventuali altri redditi soggetti a tassazione ordinaria, mentre il regime previgente consentiva il libero utilizzo e, al limite, quindi, anche il rimborso di tutta l'eccedenza⁵⁴.

Ne risulta, quindi, confermata l'affermazione iniziale che il riconoscimento *ex lege* della qualifica di ente non commerciale non costituisce affatto un'agevolazione per le fondazioni bancarie. Anzi, nei fatti esse ricevono un trattamento differenziato e peggiore rispetto alle altre fondazioni, diverse da quelle di origine bancaria, che operano nei medesimi settori contemplati nell'art. 6 del DPR 601/1973, che non patiscono limitazioni all'utilizzo del credito d'imposta sui dividendi, la cui giustificabilità sul piano del diritto all'uguaglianza di trattamento non pare ancora affrontato dalla dottrina.

Ne consegue che, sul piano teorico ed avendo riguardo al solo profilo fiscale della vicenda (che certamente non costituisce, al momento, la questione più importante per le fondazioni bancarie), il mancato avvio o la mancata ultimazione del processo di dismissione della partecipazione nella banca conferitaria e degli immobili strumentali entro il quadriennio previsto dalla dal D.Lgs. 153/1999, comportando, per il successivo biennio, unicamente la perdita della qualifica di ente non commerciale.

3.2. *Il regime fiscale delle plusvalenze derivanti dalla cessione delle partecipazioni*

⁵⁴ Invero, per dare un senso all'agevolazione potrebbe ritenersi che la riduzione a metà dell'aliquota Irpeg valga anche per le imposte sostitutive dell'Irpeg, segnatamente quelle su alcuni redditi diversi (*capital gain*) e di capitale, utilizzando gli stessi argomenti svolti nel par. 3.2.2. del presente lavoro. La questione, tuttavia, sebbene non sia priva di una qualche ragionevolezza e plausibilità, non mi risulta che sia mai stata affrontata né in dottrina né nella prassi.

nella banca conferitaria

L'art. 13 del D.Lgs. 153/1999, dando attuazione alla delega contenuta nell'art. 4, comma 1, lettera a), della L. 461/1998, dispone che *“per le fondazioni, non concorrono alla formazione del reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche né alla base imponibile dell'imposta regionale sulle attività produttive le plusvalenze derivanti dal trasferimento delle azioni detenute nella società bancaria conferitaria, se il trasferimento avviene entro il quarto anno⁵⁵ dalla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

La norma, in considerazione della sua formulazione letterale, pone all'interprete una serie di interrogativi riguardo sia al presupposto che all'ambito dell'esenzione.

3.2.1. Presupposto dell'esenzione

Innanzitutto si osserva che, letteralmente, l'esenzione è prevista per la plusvalenza, non già “realizzata mediante” trasferimento, che è la terminologia usata, ad esempio, nell'art. 81 del DPR 917/1986, bensì “derivante dal” trasferimento medesimo. Il che potrebbe valere a ricomprendere nel regime di esenzione non solo le plusvalenze incassate entro il termine di legge ma anche quelle incassate successivamente, purché derivanti da un atto negoziale concluso entro il predetto termine. Sarebbe, quindi, ben possibile attrarre nel regime di esenzione ad esempio le plusvalenze derivanti da clausole di aggiustamento prezzo pattuite *ab origine* nell'ambito di un contratto di vendita con prezzo in parte determinato ed in parte determinabile al variare di una serie di parametri.

Una tale interpretazione, senz'altro interessante in un periodo, quale quello attuale, in cui sta giungendo a scadenza il regime di esenzione per la dismissione delle partecipazioni ma in cui i corsi borsistici sono generalmente depressi, non sembra neppure in contrasto con la volontà del legislatore di far agire la leva fiscale come incentivo alla dismissione giacché in ogni caso il contratto di compravendita dovrebbe essere concluso e produrre i suoi effetti entro il predetto termine.

Inoltre, un altro aspetto singolare della disposizione in esame è che l'esenzione, non solo non è stabilita unicamente per la quota di partecipazione la cui dismissione è necessaria per scendere sotto il controllo (che è obbligatorio fare a norma dell'art. 6, comma 4, del D.Lgs. 153/1999) ma per qualunque partecipazione nella banca conferitaria, ma è applicabile, in

⁵⁵ Vedi nota 44.

difetto di qualsiasi previsione di segno contrario, anche alle partecipazioni acquistate o riacquistate dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 153/1999, il che ha potuto anche consentire legittime - sempreché non preordinate elusivamente - rivalutazioni in franchigia di partecipazioni destinate ad essere vendute anche dopo la cessazione del regime di esenzione.

3.2.2. Ambito dell'esenzione

A norma dell'art. 108 del DPR 917/1986, nel reddito complessivo soggetto a Irpeg degli enti non commerciali rientrano anche i redditi diversi previsti dal precedente art. 81, ad esclusione di quelli soggetti ad imposta sostitutiva. L'art. 5 del D.Lgs. 461/1997 dispone che le plusvalenze di cui all'art. 81, lettere c) e *c-bis*), sono soggette all'imposta sostitutiva (sul *capital gain*), rispettivamente, del 27 per cento e del 12,5 per cento. Dalle norme citate deriva, quindi, che per le fondazioni bancarie - enti non commerciali le plusvalenze da cessione di partecipazioni sono ordinariamente soggette alla predetta imposta sostitutiva e non concorrono alla formazione del reddito complessivo soggetto all'Irpeg.

La formulazione dell'art. 13 in esame, non contenendo alcun riferimento all'imposta sostitutiva sul *capital gain*, potrebbe, quindi, indurre a ritenere, alla stregua di un'interpretazione meramente letterale, che le plusvalenze da cessione della partecipazione nella banca conferitaria, non essendo state escluse espressamente dall'imposizione sostitutiva, siano soggette all'imposta sul *capital gain* prevista dal citato art. 5 del D.Lgs. 461/1997.

Preliminarmente, deve osservarsi che l'art. 4, comma 1, lettera a), della L. 461/1998, prevedendo la "*non tassabilità dell'ente conferente riguardo alle plusvalenze derivanti dal trasferimento ... delle azioni detenute nella società bancaria conferitaria ovvero nella società nella quale l'ente ha conferito in tutto o in parte la partecipazione bancaria, a condizione che detto trasferimento sia effettuato entro la fine del quarto anno dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi...*", ha determinato esattamente gli ambiti soggettivo e oggettivo dell'esenzione da imposizione. In particolare, sotto il profilo soggettivo, il riferimento "*all'ente conferente*" in genere, evidenzia la precisa volontà del legislatore di estendere l'agevolazione in oggetto a tutte le fondazioni bancarie, prescindendo dalla natura commerciale o meno delle medesime.

Senonché, ritornando alla previsione dettata dall'art. 13 del decreto citato, potrebbe sorgere il dubbio che, avendo il legislatore delegato limitato l'agevolazione all'esenzione da Irpeg e Irap, l'ambito soggettivo sia stato ristretto rispetto a quello delineato dalla legge

delega. L'apparente antinomia tra legge delega e decreto delegato appare, però, fondatamente superabile in via interpretativa. Partendo dall'interpretazione letterale dell'art. 13 in esame, mi sembra si possano svolgere due ordini di considerazioni fra loro complementari.

In primis, può ben ritenersi che la ragione della mancata espressa menzione dell'imposta sostitutiva risieda nella circostanza che l'imposta sul *capital gain* è sostitutiva dell'imposta personale e, quindi, nella fattispecie, dell'Irpeg. E', infatti, opinione consolidata in dottrina che i regimi fiscali sostitutivi costituiscono deroghe all'applicazione del regime fiscale ordinario, che possono avere un'autonomia più o meno marcata a seconda che le modifiche siano limitate al presupposto soggettivo ovvero a quello oggettivo della fattispecie tributaria originaria, autonomia che, evidentemente, condiziona l'efficacia nei confronti dell'imposta sostitutiva delle cause di esenzione dall'imposta sostituita.

Per giungere ad una valutazione del grado di autonomia dell'imposta sostitutiva sul *capital gain* dall'Irpeg occorre rilevare che i presupposti soggettivo ed oggettivo dell'imposta sostitutiva si rinvergono dal rinvio espresso operato all'art. 81 del DPR 917/1986 dall'art. 5 del D.Lgs. 461/1997. Quest'ultimo, infatti, si applica:

- sotto il profilo soggettivo, ai soggetti che possono essere titolari di redditi diversi e, cioè, alle persone fisiche ed agli "enti non commerciali";
- sotto il profilo oggettivo, alle plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni, qualificate e non qualificate.

Dunque, dall'esame del semplice dato testuale emerge chiaramente che l'ambito applicativo del tributo sostitutivo e di quello sostituito è esattamente il medesimo, riferendosi a soggetti che sono soggetti passivi dell'Irpeg ed a redditi rilevanti ai fini dell'Irpeg, con la conseguenza che l'autonomia dell'uno (il tributo sostitutivo) dall'altro (il tributo sostituito) può ben ritenersi pressochè inesistente e, quindi, che le esenzioni previste per l'Irpeg valgono, nella fattispecie, automaticamente anche per il tributo sul *capital gain*.

Inoltre, si osserva che l'art. 13 dispone l'intassabilità delle plusvalenze stabilendo che "*non concorrono alla formazione del reddito imponibile ai fini dell'Irpeg e dell'Irap*" e non già che sono esenti da imposta⁵⁶.

⁵⁶ Tant'è che potrebbe anche ritenersi che l'art. 13 del D.Lgs. 153/1999 preveda un'ipotesi di "esclusione" da imposta e non già di "esenzione". Nel prosieguo, comunque, continuerò a parlare di "esenzione", mantenendo

Da questo può ben farsi discendere che le plusvalenze in questione, restando fuori dal campo di applicazione del DPR 917/1986⁵⁷, sono estranee anche all'ambito di applicazione dell'imposta sostitutiva sul *capital gain* atteso che - come già precisato - la stessa assume come presupposto la medesima fattispecie contemplata dal DPR 917/1986.

Ad analoghe conclusioni si perviene, peraltro, con un'interpretazione che potrebbe definirsi "adeguatrice" del decreto delegato alla legge delega. E', infatti, pacifico che la funzione legislativa, conformemente alla previsione dell'art. 76 della Costituzione, non può essere delegata se non con determinazione di "principi e criteri direttivi". Seppure la Corte Costituzionale ha sempre negato che i criteri direttivi debbano essere tali da orientare in ogni punto le scelte del Governo, non ritenendo difforme dal sistema *il decreto delegato che si mantiene nei limiti dell'ampia delega ricevuta*⁵⁸, tuttavia ha anche evidenziato che il decreto "...non dà vita a norme estranee alla natura della delega od incompatibili con i principi o i criteri...".

Pertanto, nel caso di specie, interpretando l'art. 13 in esame nel senso di ritenere che le plusvalenze in parola siano soggette ad imposta sostitutiva, si arriverebbe al risultato che il Governo, non avendo esplicitato ciò che era già chiaramente implicito nella legge di delegazione⁵⁹, avrebbe attuato in modo parziale la volontà del legislatore delegante, esponendo la norma medesima al rischio di una declaratoria di incostituzionalità. Invece,

lo stesso termine usato dal legislatore nelle relazioni di accompagnamento alla "Legge Ciampi" ed al D.Lgs. 153/1999.

⁵⁷ Una conferma, seppure indiretta, potrebbe ricavarsi anche dalla previsione contenuta nell'art. 9 del D.Lgs. 153/1999 il quale, dopo aver previsto per le fondazioni bancarie l'obbligo di redazione del bilancio a norma dell'art. 2423 del codice civile, consente che le plusvalenze derivanti dalla dismissione della partecipazione nella banca conferitaria possano essere imputate direttamente al patrimonio netto, senza transitare per il conto economico, così privandole di rilevanza ai fini della determinazione del risultato della gestione.

⁵⁸ Sent. n. 178/1984 e 48/1986.

⁵⁹ E' ben vero che la Corte Costituzionale ha elaborato la teoria dell' "ampia delega" che esclude la necessità di una puntuale riconducibilità di tutte le norme adottate ai principi ed ai criteri direttivi e che, al contempo, costituisce il necessario presupposto della discrezionalità del legislatore delegato. Essa, tuttavia, si pone in senso contrario alla questione in esame, nel senso che, posto che la legge di delegazione *minus dixit quam voluit*, spesso proprio in considerazione della complessità dei settori interessati, non sussiste violazione della legge medesima ogniqualvolta quest'ultima "...non contiene alcuna determinazione specifica non rispettata... dal decreto di attuazione" (sentt. 85/1980 e 243/1982). Nel caso di specie, invece, tale specifica determinazione è stata assunta dal legislatore delegante.

l'interpretazione opposta assicurerebbe il coordinamento tra i due livelli normativi, adeguando alla legge delega il decreto delegato così da evitarne ogni censura.

Passando, poi, ad un'interpretazione logico-sistematica dell'art. 13, emerge con evidenza che un'interpretazione secondo cui le plusvalenze in parola sono soggette ad imposta sostitutiva condurrebbe a risultati in aperto contrasto con quelli perseguiti dagli artt. 12 e 26 del D.Lgs. 153/1999. Con l'art. 12 del D.Lgs. 153/1999 il legislatore ha inteso porre fine alla dibattuta questione concernente la commercialità o meno delle fondazioni bancarie, stabilendo, in via di principio, che quelle che hanno adeguato i loro statuti alle previsioni del decreto:

- si considerano “enti non commerciali”;
- possono godere dell'agevolazione prevista dall'art. 6 del DPR 601/1973.

Le fondazioni bancarie, tuttavia, per continuare a godere della qualificazione di “ente non commerciale” devono altresì, nel quadriennio, dismettere la partecipazione di controllo nelle banche conferitarie (art. 4, comma 1, lettera b, della L. 461/1998), attesa l'inessenzialità dell'attività di amministrazione della suddetta partecipazione in relazione al perseguimento dello “scopo principale” dell'ente medesimo.

La dismissione della partecipazione nella banca conferitaria costituisce, quindi, uno dei capisaldi della riforma. Per spingere le fondazioni bancarie ad effettuare la dismissione, la L. 461/1998 ha previsto che se il quadriennio in questione viene lasciato scadere senza operare la dismissione medesima, da tale data in avanti le fondazioni bancarie avranno, *ex lege*, lo statuto di “ente commerciale” e perderanno il diritto all'agevolazione prevista dall'art. 6 del DPR 601/1973.

Sarebbe, allora, del tutto insensato un intervento normativo diretto a circoscrivere l'agevolazione ai soli fini Irpeg e Irap e non anche all'imposizione sostitutiva dell'Irpeg quando il regime ordinario di tassazione delle plusvalenze sulle partecipazioni cedute dalle fondazioni bancarie è proprio quello dell'imposta sostitutiva. Interpretando l'art. 13 in esame nel senso dell'applicabilità dell'imposta sostitutiva alle plusvalenze in parola si arriverebbe, infatti, al risultato - direi quasi paradossale - che:

- il regime di favore trovi applicazione esclusivamente con riferimento a quelle fondazioni bancarie che, non avendo adeguato i propri statuti alle previsioni del decreto, si possano considerare “enti commerciali”, mentre non trovi applicazione proprio nei

confronti di quelle fondazioni bancarie che si sono uniformate alla volontà del legislatore⁶⁰;

- poiché l'agevolazione prevista dall'art. 6 del DPR 601/1973 ha perso gran parte della sua attrattiva, in considerazione delle limitazioni imposte all'utilizzo del credito di imposta sui dividendi (di cui, più approfonditamente, *infra sub* par. II.), per le fondazioni bancarie sarebbe più conveniente, sotto un profilo fiscale, considerarsi (o trasformarsi in) "enti commerciali", così ottenendo la non imponibilità Irpeg delle plusvalenze in parola.

L'art. 26 del D.Lgs. 153/1999 contiene, poi, una disposizione di coordinamento con la normativa previgente. Si è già detto, infatti, che il D.Lgs. 461/1997 rappresenta il punto di arrivo di un processo avviato, oramai ben dieci anni fa, dalla L. 218/1990, sin dalla quale il legislatore ha inteso attenuare gli aggravii di costo derivanti dal processo di ristrutturazione, prevedendo un regime di neutralità fiscale delle operazioni a ciò necessarie (art. 7).

Alla L. 218/1990 fece, poi, seguito la direttiva del Ministro del Tesoro del 18 novembre 1994 (c.d. "Direttiva Dini") in cui, all'art. 2, comma 3, si prevedeva che "*non costituisce realizzo il trasferimento delle azioni detenute nella società conferitaria e rivenienti dal conferimento*" a condizione che le fondazioni bancarie diversificassero il proprio patrimonio così che la parte di esso investita nel capitale della società bancaria conferitaria rappresentasse meno della metà dell'attivo. Le fondazioni bancarie avrebbero dovuto adempiere tali obblighi entro il termine del 22 novembre 1999 (cioè entro cinque anni dalla emanazione della "Direttiva Dini") secondo modalità diverse cui corrispondevano diversi regimi fiscali e cioè, in pratica:

⁶⁰ Peraltro, dai lavori preparatori della "Legge Ciampi" emerge la preoccupazione del legislatore di evitare il rischio di una dismissione contestuale (o, comunque, concentrata in un breve periodo) delle partecipazioni nelle banche conferitarie, suscettibile di deprimere il corso dei titoli stessi, con conseguente danno delle fondazioni bancarie. E', quindi, fondato ritenere che, allo scopo di consentire una dismissione graduale, l'art. 13 dovesse essere necessariamente formulato in termini tali da rendersi applicabile per tutto il quadriennio decorrente dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. 153/1999 e, quindi, anche alle dismissioni poste in essere nel periodo compreso tra quest'ultima data e quello in cui le fondazioni bancarie aventi natura di "ente commerciale", adeguando i propri statuti alle disposizioni contenute nel titolo I del medesimo decreto, divengano "enti non commerciali". Una diversa formulazione dell'art. 13 in esame, in cui si fosse fatto riferimento alla sola imposta sostitutiva invece che all'Irpeg (imposta sostituita) ed all'Irap, avrebbe invece determinato, come conseguenza, che, fino alla data di adeguamento degli statuti, il regime di esenzione fiscale sarebbe stato inapplicabile per le fondazioni bancarie "enti commerciali" contraddicendo, quindi, gli obiettivi della delega di incentivare una dismissione graduale.

- raggiungere l'obiettivo di diversificazione applicando il regime fiscale di favore;
- formulare un progetto di trasformazione, soggetto all'approvazione del Ministero del Tesoro, da realizzarsi anche in tempi successivi ma con un regime fiscale di ordinaria tassazione.

L'art. 26 del D.Lgs. 153/1999, modificando l'impianto della "Direttiva Dini", stabilisce che *"per le operazioni previste dal programma di diversificazione, in attuazione della direttiva del 18 novembre 1994, non ancora realizzate alla data di entrata in vigore del presente decreto, le agevolazioni fiscali, previste dall'art. 2, comma 3, della direttiva medesima, continuano ad operare anche se le operazioni si perfezionano dopo la scadenza dei termini stabiliti per l'esecuzione del programma, purché entro il termine di cui all'art. 13"*.

Secondo quanto emerge dalla relazione che illustra il decreto medesimo, *"viene (così) unificato il regime fiscale delle dismissioni finalizzato alla perdita del controllo da realizzarsi nel quadriennio successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto. Queste saranno, infatti, pienamente esenti dalle imposte sul reddito nell'intesa che detto regime cesserà qualora, entro il termine perentorio indicato, la perdita del controllo nella società bancaria conferitaria dovesse risultare ancora non verificata"*.

Il legislatore delegato ha, quindi, previsto che le operazioni di dismissione che si perfezioneranno oltre la data del 22 novembre 1999, ma entro il quadriennio, saranno soggette, diversamente da quanto prevedeva la "Direttiva Dini", al regime fiscale di esenzione dalle imposte sul reddito, senza prevedere alcuna distinzione tra fondazioni "enti non commerciali" e fondazioni "enti commerciali"⁶¹.

Infine, dai lavori preparatori della L. 461/1998 e dalla relazione che illustra il D.Lgs. 153/1999 - i quali evidenziano l'intenzione del legislatore⁶² - emerge che:

⁶¹ Peraltro, potrebbe anche osservarsi che, pur prevedendo la "Direttiva Dini" che le fondazioni bancarie potessero dismettere le proprie partecipazioni usufruendo del regime di esenzione fiscale, in concreto non sono state molte quelle che si sono avvalse di tale opportunità. Sarebbe, quindi, ben strano che una riforma - qual è quella avviata con la "Legge Ciampi" - che intenda realizzare l'obiettivo della dismissione delle partecipazioni nelle banche conferitarie, fallito dalla "Direttiva Dini", si privasse praticamente del tutto di un incentivo già presente nella precedente normativa e che, peraltro, non si era rivelato di per sé sufficiente.

⁶² Giova rammentare che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione si è affermato il principio secondo cui, quando la lettera della norma sia ambigua e sia altresì infruttuoso (cosa che nel caso di specie, peraltro, non è) il ricorso al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, attraverso l'esame complessivo del

- “nel confermare il regime di esenzione fiscale per le operazioni di realizzo delle partecipazioni bancarie”, introdotto dalla “Direttiva Dini”, si è previsto “un regime di totale e indiscriminata esenzione della cessione delle partecipazioni bancarie ... (e) ... che al fine di accelerare le dismissioni, l’esenzione sia accordata solo entro ristretti limiti temporali” (relazione di accompagnamento al disegno di legge delega n. 3194 presentato il 12 febbraio 1997 alla Camera dei deputati);
- “nella considerazione che tale dismissione costituisce uno dei capisaldi della riforma, è stato previsto un regime di particolare favore che esonera le Fondazioni dall’ordinaria imposizione delle plusvalenze realizzate in tale sede (articolo 13)” (relazione di accompagnamento al decreto legislativo).

Risulta, quindi, evidente, anche dai lavori preparatori, che l’intenzione del legislatore è quella di prevedere, per le plusvalenze in parola, un regime di totale esenzione fiscale.

Tenuto conto del tenore testuale dell’art. 13 in esame, dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega, dei risultati cui si perviene mediante una lettura della norma in chiave logico-sistematica nonché della volontà del legislatore (sia delegante che delegato), appare, pertanto, più che fondato ritenere che le plusvalenze realizzate dalle fondazioni bancarie in relazione alla cessione della partecipazione nella banca conferitaria siano escluse sia dall’Irpeg e dall’Irap - come espressamente stabilito dall’art. 13 in esame - sia dall’imposta sostitutiva (dell’Irpeg) sul *capital gain*⁶³.

3.2.3. Conclusioni

E’ comunque innegabile che la disposizione contenuta nell’art. 13, pur con le incertezze

testo, della *mens legis*, l’elemento letterale e l’intenzione del legislatore, rivelatisi insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano, nel procedimento interpretativo della legge, un ruolo paritetico, sicché - mediante la valorizzazione della congiunzione “e” interposta, nel 1° comma, fra un criterio interpretativo e l’altro - l’intenzione del legislatore funge da criterio comprimario di ermeneutica, atto ad ovviare all’equivocità della formulazione del testo da interpretare (sent. 2663/1983).

⁶³ A tali conclusioni è, peraltro, giunta la prima dottrina che si è occupata della questione e, in particolare, Flori, *Le fondazioni bancarie. Struttura patrimoniale e aspetti tributari*, il fisco, 35/99, pag. 11366 e ss. e Garcea, *La cessione delle partecipazioni bancarie da parte delle Fondazioni-casse di risparmio tra esenzione e tassazione*, il fisco, 31/99, pag. 10412 e ss.; Di Tanno, *La ristrutturazione del sistema bancario nel disegno di Legge Ciampi: il regime delle nuove cessioni di partecipazioni*, Bancaria 2/1997.

interpretative evidenziate, sia certamente vantaggiosa per le fondazioni bancarie. Tuttavia, il suo potente effetto di “leva fiscale” per accelerare la separazione tra banche conferitarie e fondazioni bancarie (e perciò l’esenzione riguarda anche la vendita di partecipazioni non più di controllo) rischia, in teoria, di ridursi fortemente per effetto dell’annunciata riforma fiscale, di cui attualmente è in discussione il disegno di legge delega, nel cui contesto è prevista la non imponibilità dei *capital gain* realizzati da imprese. La mancanza di reali vantaggi per le fondazioni bancarie a rimanere in un regime di non commercialità potrebbe, infatti, indurle, sempre in teoria, a non ultimare le dismissioni essenziali entro il termine di legge, acquisendo così la qualifica di ente commerciale e confidando nell’entrata in vigore della riforma fiscale nel biennio successivo (oltre il quale la fondazione bancaria inadempiente rischia il commissariamento).

In realtà tale opzione potrebbe, è vero, non comportare svantaggi di ordine fiscale ma, tutto sommato, consentirebbe unicamente di differire la dismissione di soli due anni con l’effetto collaterale di inasprire i rapporti con l’autorità di vigilanza.

Il senso di queste osservazioni conclusive è, quindi, che la dismissione della partecipazione nella banca conferitaria, o quanto meno della quota di controllo, debba essere fatta nel rispetto del termine di legge, cogliendo se mai le opportunità offerte dalla norma.

3.3. Il regime fiscale delle altre dismissioni

Infine sembra doveroso accennare anche al regime fiscale delle dismissioni immobiliari.

Il Titolo III del D.Lgs. 153/1999, rubricato “regime fiscale degli scorpori”, contiene una serie di disposizioni attuative dell’art. 5 della L. 461/1998. Si tratta, in particolare, di disposizioni aventi ad oggetto gli immobili delle banche conferitarie e delle fondazioni bancarie, finalizzate a:

- riallocare in capo alle fondazioni bancarie gli immobili non strumentali (e perciò scarsamente produttivi) delle banche conferitarie, allo scopo di contribuire all’incremento della redditività delle banche medesime in vista della dismissione, ad un prezzo più elevato, delle partecipazioni nelle banche medesime (artt. da 14 a 18 e 21);
- consentire alle fondazioni bancarie - secondo il tenore della relazione accompagnatoria del D.Lgs. 153/1999 - di “*uniformarsi alle disposizioni in tema di articolazione del proprio patrimonio indicate nell’art. 12, comma 3*” (art. 19) ovvero di attribuire alla banca conferitaria gli immobili strumentali per quest’ultima (art. 20);

Le disposizioni di specifico interesse ai fini del tema in rassegna sono, ovviamente, quelle contenute negli artt. 19 e 20.

3.3.1. Apporto al fondo immobiliare

La prima tipologia di dismissione è, come si è detto, correlata all'art. 12, comma 3, del D.Lgs. 153/1999 da cui risulta chiaramente, accanto all'obiettivo di separare le banche conferitarie dalle fondazioni bancarie, altresì quello - se vogliamo di minor impatto visivo ma senz'altro anch'esso rilevante - di depatrimonializzare le fondazioni medesime, imponendo loro, a pena di perdere la qualifica di ente non commerciale, di disfarsi entro il medesimo termine stabilito per la partecipazione di controllo nella banca conferitaria⁶⁴, degli immobili diversi da quelli strumentali per le attività direttamente esercitate dalla stessa o da imprese strumentali.

Anche per il conseguimento di questo obiettivo il legislatore ha utilizzato la leva fiscale come elemento ausiliario prevedendo, da una parte, un'ipotetica (e, per quanto si è detto, forse inesistente) penalizzazione costituita dalla perdita della qualifica di non commercialità e, dall'altra, la neutralità delle operazioni di dismissione degli immobili se effettuate mediante apporto a fondi immobiliari entro il quadriennio di entrata in vigore del D.Lgs. 153/1999 (art. 19).

In ordine alla presunta penalizzazione appare, però, evidente la distorsione che viene introdotta nel sistema dell'imposizione diretta giacché un ente sostanzialmente non commerciale, in quanto non svolge nessuna delle attività contemplate nell'art. 51 del DPR 917/1986, verrebbe tuttavia tassato secondo le regole proprie del reddito d'impresa per il solo fatto di aver mantenuto la proprietà o diritti reali su immobili non strumentali, con possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Circa, invece, la nozione di "non strumentalità" da assumere per identificare gli immobili da dismettere, la norma non stabilisce alcunché. Ragioni di coerenza sistematica indurrebbero a ritenere che debba aversi riguardo alla destinazione del bene e non semplicemente alle sue caratteristiche intrinseche (che ne consentano, ad esempio, l'accatastamento nelle categorie catastali diverse da quelle comprese tra A/1 e A/9). Il legislatore ha, infatti, previsto un modello di fondazione bancaria il cui patrimonio fosse quanto più possibile asservito alla sua missione tipica (cioè, ad operare nei settori di intervento) ed è evidente come un'immobilizzazione di tipo immobiliare, per la sua tendenziale scarsa produttività, costituisca un sostanziale depauperamento della fondazione

⁶⁴ Vgs. nota 47.

medesima.

Comunque, sulla scorta del tenore della norma, possono costituire oggetto di apporto tutti gli immobili delle fondazioni bancarie e non solo quelli non strumentali.

Mediante il rinvio all'art. 18, comma 2, e, quindi, all'art. 16, commi 3 e 5, l'agevolazione consiste nel rendere fiscalmente neutrale l'atto di apporto al fondo ai fini dell'imposta sui redditi e dell'Irap, inapplicabile l'Iva⁶⁵ ⁶⁶e applicabili in misura fissa le imposte di registro, ipotecarie e catastali.

Per quanto attiene, in particolare, le imposte dirette, occorre tener conto che l'atto di apporto ai fondi immobiliari ha, in sostanza, alla luce della disciplina contenuta nella L. 86/1994 e nel DL 351/2001, natura analoga a quella del "conferimento" in società⁶⁷ e, pertanto, sotto il profilo dell'imposizione sui redditi, costituisce, ai sensi dell'art. 9, ultimo comma, del DPR 917/1986, un atto di cessione suscettibile di generare reddito ordinariamente imponibile. Tenuto conto della natura di ente non commerciale delle fondazioni bancarie, la cessione di un immobile rientra tra i redditi diversi ai sensi dell'art. 81, lettera b), del DPR 917/1986 con la conseguenza che, se l'immobile è posseduto da non più di cinque anni⁶⁸, si applica l'Irpeg sul plusvalore determinato a norma dell'art. 9 citato. L'agevolazione in esame comporta, invece, la non applicazione dell'Irpeg in capo alla fondazione bancaria mediante il meccanismo della continuità dei valori fiscali e, cioè, mediante l'attribuzione alle quote del fondo, ricevute a seguito dell'apporto, il medesimo valore fiscale degli immobili apportati.

3.3.2. Permuta di immobili

La seconda tipologia di dismissione contempla, invece, l'ipotesi di quelle fondazioni bancarie che, in passato, non abbiano conferito alla banca conferitaria, in base alla L. 218/1990, il patrimonio immobiliare strumentale all'attività bancaria e come tale utilizzato

⁶⁵ Nell'operazione di apporto a fondo immobiliare da parte di fondazione bancaria non commerciale l'Iva sarebbe comunque inapplicabile per carenza del presupposto soggettivo (mentre sussisterebbe quello oggettivo).

⁶⁶ Vgs. Nota 45.

⁶⁷ Di Tanno, *Il regime fiscale degli apporti ai fondi immobiliari*, Bollettino Tributario 18/2002.

⁶⁸ La cessione di aree edificabili è sempre imponibile, anche se possedute da oltre cinque anni.

dalla stessa. L'art. 20 del D.Lgs. 153/1999 consente - come recita la relazione accompagnatoria - "*che tale situazione di palese squilibrio possa essere sanata*" proprio mediante la permuta degli immobili in questione con altri beni o titoli della banca conferitaria, accordando un regime di neutralità fiscale.

La disposizione in esame, quindi, soddisfa la duplice esigenza di permettere la depatrimonializzazione delle fondazioni bancarie e di rimettere in termini le fondazioni medesime e le banche conferitarie circa la decisione sull'assetto proprietario del compendio immobiliare strumentale all'attività bancaria.

Mediante il rinvio all'art. 16, commi 3 e 5, l'agevolazione consiste, anche in questo caso, nel rendere fiscalmente neutrale l'atto di apporto al fondo ai fini dell'imposta sui redditi e dell'Irap, inapplicabile l'Iva⁶⁹ e applicabili in misura fissa le imposte di registro, ipotecarie e catastali.

In particolare, per quanto attiene le imposte dirette, il negozio di permuta, rientrando nella categoria degli "*atti a titolo oneroso che importano trasferimento di diritti reali*" contemplata dall'art. 9, ultimo comma, del DPR 917/1986, è suscettibile di generare un reddito ordinariamente imponibile che, in considerazione della natura delle fondazioni bancarie, è ascrivibile alla categoria dei redditi diversi. Anche in questo caso l'agevolazione fiscale opera mediante il meccanismo della continuità dei valori fiscali degli immobili e dei beni ricevuti in permuta.

⁶⁹ Vgs. Nota 45.