

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

DEDUZIONI

**NEL GIUDIZIO INSTAURATO A SEGUITO DELL'ORDINANZA DI
RIMESSIONE N. 807/03 EMESSA DAL TAR DEL LAZIO, SEZIONE III, E
DEPOSITATA L'8 FEBBRAIO 2003**

La FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI ROMA (Prof. Avv. Pietro Anello e Prof. Angelo Clarizia),

ESPONE

IN FATTO

Con il ricorso n. 10876 del 2002, la Fondazione Cassa di Risparmio di Roma, come in epigrafe rappresentata e difesa, ha impugnato, presso il TAR del Lazio, il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 2 agosto 2002, n. 217 recante “*regolamento ai sensi dell’art. 11, comma 14, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, in materia di disciplina delle fondazioni*” ed ogni altro atto presupposto, ivi compresi, *in parte qua*, il parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, n. 1354/02 (All. 1), nonché la nota di “indicazioni” del medesimo Ministero – Dipartimento del Tesoro, Direzione IV, di data 23 ottobre 2002, n. 14572, impugnata con atto di motivi aggiunti e la nota del medesimo Ministero di data 20 dicembre 2002, n. 35166, anch’essa impugnata con atto di motivi aggiunti.

Con motivi simili a quelli adottati dalla Fondazione scrivente, hanno proposto ricorso avverso i medesimi atti numerose altre fondazioni bancarie.

Oltre ai profili di illegittimità autonoma degli atti impugnati, con il menzionato ricorso sono stati denunciati numerosi profili di illegittimità derivata per illegittimità costituzionale delle norme primarie ed, in particolare:

- dell’art. 2, comma 2, d.lgs. 153/99, in riferimento all’art. 1, comma 1, lett. c-bis) e d) dello stesso decreto, a seguito delle modifiche ed aggiunte introdotte dall’art. 11, commi 1, 2 e 3 della legge 448/2001, per violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione;

- dell'art. 4, comma 1, lett. c) e d) del d.lgs. 153/99, a seguito delle modifiche ed aggiunte introdotte dall'art. 11, comma 4, della legge 448/2001, per violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione;
- dell'art. 4, comma 1, lett. g) del d.lgs. 153/99, a seguito delle modifiche ed aggiunte introdotte dall'art. 11, comma 6, della legge 448/2001, per violazione dell'art. 3 e 41 della Costituzione;
- dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. 153/99, come novellato dall'art. 11, comma 7, della legge 448/2001, per violazione degli artt. 2 e 18 della Costituzione;
- dell'art. 6, comma 5-*bis*) del d.lgs. 153/99, aggiunto dall'art. 11, comma 10, della legge 448/2001, per violazione dell'art. 3 della Costituzione;
- dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. 153/99, come integrato dall'art. 11, comma 11, della legge 448/2001, per violazione dell'art. 41 della Costituzione;
- dell'art. 25, comma 1-*bis*) d.lgs. 153/99, come novellato dall'art. 11, comma 13, della legge 448/2001, per violazione dell'art. 3 e 41 della Costituzione.

Con ordinanza del 4 dicembre 2002, n. 6865, la III Sezione del TAR del Lazio ha sospeso in via cautelare il decreto 2 agosto 2002, n. 217, limitatamente agli articoli 7 e 9 e con sentenza n. 818/03 ha annullato la nota di indicazioni del 23 ottobre 2002, n. 14572.

Con successiva ordinanza dell'8 febbraio 2003, n. 807, la medesima sezione ha rimesso gli atti del suddetto giudizio alla Corte Costituzionale, dichiarando rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle seguenti norme:

- art. 11, commi 1, primo periodo, 2 e 3 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 e l'art. 7, comma 1, lett. aa) punto 2 della legge 1 agosto 2002, n. 166 (che modifica l'art. 37 -*bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109), per contrasto con gli artt. 2, 3, 18 41, 117 e 118, comma 4, della Costituzione;
- art. 11, comma 1, ultimo periodo, della citata legge n. 448/2001, per contrasto con gli artt. 70 e 117 della Costituzione;

- art. 11, comma 7, della citata legge n. 448/2001, per contrasto con gli artt. 2, 18 e 22 della Costituzione;
- art. 11, comma 4, ultimo periodo della citata legge n. 448/2001 per contrasto con gli artt. 2, 3, 18 e 22 della Costituzione;
- art. 11, comma 10 della citata legge n. 448/2001 per contrasto con gli artt. 2, 3, 18 e 41 della Costituzione.

L'ordinanza di rimessione sopra indicata è stata pubblicata il 12 marzo 2003.

Con atto depositato il 14 marzo 2003, la Fondazione Cassa di Risparmio di Roma, come sopra rappresentata e difesa, si è costituita ai sensi e per gli effetti della legge 11/03/1953, n. 87 con riserva di più ampiamente dedurre in prosieguo.

Con il presente atto, la Fondazione Cassa di Risparmio di Roma rassegna le seguenti deduzioni

IN DIRITTO

Il presupposto dell'iter logico – argomentativo dell'ordinanza di rimessione: la natura privata delle fondazioni bancarie

La premessa da cui correttamente muove il TAR del Lazio per valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza dei denunciati profili di illegittimità costituzionale è la natura giuridica delle fondazioni bancarie. E' questa, in effetti, il nucleo centrale della questione sottoposta a codesta autorevole Corte poiché solo attraverso la corretta qualificazione giuridica delle fondazioni bancarie e la esatta connotazione delle stesse, in termini di enti di natura pubblica o privata, è possibile cogliere le violazioni costituzionali denunciate.

Ebbene, il percorso storico – normativo delle fondazioni bancarie operato dal TAR del Lazio approda, senza alcun margine di opinabilità, alla qualificazione delle fondazioni bancarie come persone giuridiche private.

L'espresso riconoscimento legislativo della natura privata delle fondazioni bancarie

La natura privata delle fondazioni bancarie è stata affermata e riconosciuta dall'art. 2, comma 1, lett. l) della legge delega 23 dicembre 1998, n. 461, la quale ha posto fine agli accessi dibattiti generati dalla equivoca disposizione del d.lgs.

1990/356, secondo cui gli enti conferenti avevano “*piena capacità di diritto pubblico e privato*”. Alla disposizione della legge delega è stata data attuazione dall’art. 2 del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 secondo cui “*le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale*”.

Il riconoscimento della natura privata assume il carattere di principio solenne e condizionante l’intera disciplina delle fondazioni bancarie.

Logico corollario del riconoscimento della natura privata è l’autonomia statutaria e gestionale di detti enti.

Tale profilo è stato ben colto dal giudice a quo secondo il quale “*assume rilievo peculiare il carattere di pienezza dell’autonomia di detti enti, garantito dal citato art. 2, comma 1, lett. l) e riferito tanto al potere di autodisciplinarsi (autonomia statutaria), quanto a quello di svolgere la propria attività istituzionale (autonomia gestionale) e, quindi, “il riconoscimento della “piena autonomia statutaria e gestionale” delle fondazioni bancarie assume il valore di un principio guida sia per l’interpretazione che per la valutazione di legittimità, sub specie della compatibilità con esso, delle disposizioni successivamente enunciate dal decreto legislativo n. 153 del 1999, pur dopo le modificazioni introdotte dall’art. 11 della legge n. 448 del 2001*”.

Come ha correttamente rilevato il TAR del Lazio, il carattere privatistico delle fondazioni bancarie non è stato posto in dubbio nemmeno dal recente intervento legislativo operato dall’art. 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 e dalla legge 15 giugno 2002, n. 112. Il primo, pur incidendo, in alcuni casi profondamente, sull’assetto normativo delle fondazioni bancarie, ha operato con la tecnica della novella e, quindi, non ha abrogato il regime preesistente e, soprattutto, il riconoscimento della natura privata delle fondazioni bancarie. Quest’ultimo è stato, poi, ribadito dalla legge 15 giugno 2002, n. 112, la quale si è limitata a riconoscere formalmente “la specialità” del regime privatistico degli enti in parola di cui si tratterà più diffusamente nel prosieguo.

In particolare, la natura giuridica delle fondazioni bancarie di origine associativa

In particolare per le fondazioni di origine associativa, la natura privata non è il mero frutto di una scelta legislativa ma discende da caratteristiche intrinseche ed ontologiche. Per comprendere appieno tale affermazione è opportuno compiere una breve digressione sulle origini e modalità di costituzione delle fondazioni bancarie di natura associativa ed, in particolare, della Fondazione Cassa di Risparmio di Roma.

Le Fondazioni Bancarie, anche se qui oggi è più opportuno parlare delle associazioni ed in particolare della Associazione (Fondazione) Cassa di Risparmio di Roma, si sono connotate sin dall'inizio proprio per la spontaneità che determinò la volontà di privati cittadini di mettere insieme "beni materiali ai quali il fondatore assegna una destinazione per uno scopo duraturo e determinato". Il negozio di fondazione assume atto di privata autonomia". Esse, ed è facilmente dimostrabile, si costituirono come associazioni assolutamente private.

Una prova eloquente ed incontrovertibile della natura giuridica delle Casse di Risparmio la si può ritrovare nella prima edizione dello statuto della Cassa di Risparmio di Roma risalente al 1836 che, tra l'altro, riprende quello di altri istituti simili nati in precedenza.

Già nel proemio vengono chiaramente indicati gli scopi e la modalità attraverso cui si è inteso dar vita a questi istituti, già sorti in diverse parti del mondo. *"Pertanto la Carità (...) pensò far cosa più agevole e migliore col prevenir la miseria e spegnere più che poteasi il male nel suo nascere (...) Essa sempre operosa e sagace nell'inventare nuove istituzioni a prò degli uomini, s'avvide che l'operaio medesimo potea concorrere al proprio bene, quando negli anni della fatica e del guadagno serbato avesse parte del suo denaro e all'utile lavoro avesse accoppiato il provvido risparmio. (...) Roma ch'è stata la madre e la maestra degli ottimi istituti a tutto il mondo incivilito, non dovea rimanersi senza avere sì bell'opera (...) Alcune persone animate dal solo spirito del bene si radunarono in società, sfiorarono i regolamenti delle altre Casse di Risparmio già stabilite, gli misero in discussione, gli adattarono alla città cui erano destinati (...)".*

Lo statuto poi, traduce in linguaggio giuridico ed in norme generali gli intenti dei soci fondatori, indicando fin dalla prima proposizione che l'iniziativa che si andava costituendo aveva natura privata e si fondava sul generoso apporto finanziario di privati benemeriti cittadini.

Recita, infatti, lo statuto del 1836 *“Si formerà una Società di private persone le quali porranno la loro opera e i capitali gratuitamente per stabilire una Cassa di Risparmio in Roma. La Società comincerà la sua opera quando abbia raccolto un capitale di cinque mila scudi per mezzo di cinquanta scudi per ciascuna”*.

A maggior chiarezza, se ve ne fosse bisogno, dei propositi dei fondatori, una nota al punto 1 del regolamento spiega : *“Di tutti i modi che potevasi adoperare per la fondazione di una Cassa di Risparmio, il migliore è quello che ha già per sé l'esperienza degli altri paesi, si è appunto una Società di privati. Essi avrebbero potuto ragionevolmente esigere un piccolo frutto dal loro capitale, ma han voluto darlo tutto all'istituzione.”*

Questo *frutto* doveva essere utilizzato devolvendolo a finalità filantropiche.

Lo statuto prevedeva che chiunque voleva diventare socio doveva acquistare almeno un'azione (n.5) e disciplinava, altresì, la successione delle quote, stabilendo che in caso di morte del socio che non avesse disposto della partecipazione a favore della società, si sarebbero dovuti rimborsare gli eredi, a meno che non fossero stati nominati altri soci i quali, col deposito delle loro azioni, avrebbero reintegrato il credito degli eredi (n.8).

Se per aversi natura privata deve configurarsi una volontà, un negozio atto proprio a creare, attraverso l'indicazione del benefattore, una continuità di rapporto tra la primigenia iniziativa e la sua prosecuzione, nel caso di specie è proprio quello che si è verificato.

La Fondazione Cassa di Risparmio di Roma nacque, come dimostrato, nel 1836 per la volontà, sulla base di un Rescritto pontificio, di un gruppo di privati sottoscrittori che apportarono mezzi propri costituenti il capitale dell'allora Cassa di Risparmio, con l'indicazione precisa di destinarli alla finalità di creare i presupposti di una iniziativa economica che dovesse non soltanto contribuire

allo sviluppo dell'economia del territorio, ma i cui proventi, al termine dell'esercizio, dovessero essere utilizzati a fini filantropici ed umanitari con espressa rinuncia da parte dei fondatori ad alcuna pretesa sui profitti del capitale investito fintantoché essi appunto venivano destinati alle finalità da loro indicate.

Questa caratteristica va a sommarsi con l'altra, parimenti importante e chiarificatrice della natura privata. I Soci di detta Associazione perpetuarono il loro impegno attraverso un sistema di successione all'interno dell'Assemblea originaria e lo resero manifesto attraverso il passaggio delle quote attestanti l'originario possesso di parte del capitale ai loro successori. Tali azioni di partecipazione all'originario capitale che venivano pagate, venivano trasferite per girata sul titolo. Di esse sono esistenti i titoli relativi ma anche il libro sociale dove queste azioni e le relative girate venivano, e vengono tuttora, registrate.

Le Fondazioni, quindi, non sono nate con la legge Amato né sono state rese private dalla legge Ciampi, ma esse sono la continuazione delle antiche Casse di Risparmio che all'inizio dell'800 nacquero private, nel caso della Fondazione Cassa di Risparmio di Roma, per iniziativa di privati.

Furono dunque dei privati e non pubblici organismi, nel caso delle fondazioni nate su base associativa, ad aver costituito le Fondazioni che non sono altro che organi rinvenienti dallo scorporo dell'attività bancaria della precedente Cassa di Risparmio.

Lo Stato non ha mai immesso una lira nel capitale della Cassa di Risparmio di Roma e non ha mai finanziato la sua attività. Si è manifestato solo prelevando, a titolo di imposte, anche a scapito dell'attività filantropica, circa 23 milioni di euro dal 1995 ad oggi.

Pertanto, il ritenere che le fondazioni nascano con la legge Amato è un falso storico. L'attribuire alla Legge Ciampi il merito di averle privatizzate è appunto una affermazione errata perché non si privatizza ciò che è già privato. L'attività nelle Casse di Risparmio di tipo filantropico, che è quella che si vuole realizzare attraverso l'attività della fondazione, non è altro che la continuità di quella

originaria. E appunto perché, come detto, la legge Amato voleva definire meglio gli assetti proprietari delle nuove istituzioni che nascevano dalla legge, che nelle Fondazioni, chiamiamole così mentre noi continuiamo a ritenerle libere associazioni, vennero a confluire i precedenti proprietari delle Casse. Quando la legge Amato entrò in vigore il legislatore divise, per finalità organizzative del sistema bancario, l'attività economica dalla proprietà, la seconda allocandola nelle fondazioni, mentre quella economica, a seguito dello scorporo dalla azienda bancaria confluiva in una S.p.A. destinata ad ampliarsi con privatizzazioni e concentrazioni.

Con la Legge Amato, si demandò ai soci eredi dei primi sottoscrittori il mantenimento di un assetto proprietario purché facessero soltanto i filantropi e si liberassero, con un atto arbitrario, dell'attività bancaria, che doveva essere messa sul mercato e i proventi della vendita di questa attività bancaria proprio perché appartenevano ai privati fondatori dovevano andare alle Fondazioni per destinarli a finalità esclusivamente filantropiche.

La chiarezza del disegno non permette interpretazioni diverse. Nel quadro di questa attività ogni violazione che viene apportata all'autonomia è una violazione costituzionale, poiché si tratta di associazioni private seppure le si connota operanti in favore di esigenze pubbliche che lo Stato non riesce a soddisfare (sanità, istruzione, ricerca, cultura, volontariato).

Le norme regolamentatrici non possono prescindere da questa concezione precisa. Una cosa è il regolamento di comportamenti attuativi; una cosa ben diversa, totalmente diversa è l'aver voluto stravolgere sistematicamente gli organismi gestionali, aver voluto immettere all'interno di organismi gestionali realtà pubbliche, aver voluto pretendere di immettere all'interno dei consigli di amministrazione e dei comitati di indirizzo esponenti di una società che si dice "civile" che in effetti, però, viene proposta da "organi politici" con il velo pietoso di una affermazione, risibile in se stessa, che detti rappresentanti non sono responsabili nei confronti degli organismi che li hanno indicati. Come se qualcuno veramente potesse credere che il rappresentante del Comune, della

Provincia o della Regione, non sia in buona sostanza responsabile dei suoi atti nei confronti dell'organismo politico che lo ha indicato e a lui costantemente risponda o da lui costantemente prenda indicazioni.

E, da ultimo, le norme oggetto di censura che vorrebbero inserire la maggioranza degli amministratori pubblici all'interno delle Fondazioni o vorrebbe indicare alle stesse quali attività svolgere, violando, quindi, la volontà, impregiudicata, si dice, del proprietario di scegliere quale è il settore al quale rivolgersi, che nel caso di specie era quello dei padri originariamente fondatori, coartando queste scelte con il blocco dell'attività ordinaria o con la pretesa di modificare gli statuti. Il fatto che il Ministero stabilisca per regolamento, incidentalmente firmato da persona che non ha poteri per farlo, compiti, funzioni e limiti all'ordinaria amministrazione e modifica costantemente lo statuto, rappresenta una violazione della natura privata, l'essenza stessa primigenia della natura privata.

Questa poi non potrebbe in alcun modo essere esclusa dai particolari scopi, di rilevanza sociale, delle Cassa di Risparmio. Infatti, la giurisprudenza e la dottrina ormai consolidate escludono, da una parte, che sia sufficiente il perseguimento di fini pubblici o di pubblica rilevanza per qualificare un ente come pubblico; dall'altra, ritengono che anche soggetti privati possano perseguire interessi pubblici, quando questi non rientrino nelle finalità esclusive dello Stato, o comunque finalità di contenuto etico e sociale (cfr., per tutte, Cass. 24 ottobre 1977, n. 4560, in *Mass. Foro it.*, 1977).

Posto che il perseguimento di finalità di natura sociale e pubblicistica non è mai stato di per sé idoneo ad escludere la natura privata delle Casse di Risparmio, quest'ultima risultava, comunque, dalla presenza di due elementi positivi: la costituzione ad opera di privati ed il finanziamento ad opera esclusiva degli stessi. La circostanza che in presenza di tali elementi debba riconoscersi la natura giuridica privata ha trovato conferma nell'indirizzo della Suprema Corte di legittimità (cfr., per tutte, Cass. 11 dicembre 1982, n. 6871, in *Mass. Foro it.*,

1982; in dottrina, cfr. Galgano, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contratto e impresa*, 1996, 816, in cui si fa, altresì, riferimento alla citata sentenza).

Ne consegue che le fondazioni di origine associativa, quale appunto la Fondazione Cassa di Risparmio di Roma, devono considerarsi persone giuridiche private per caratteristiche intrinseche ed ontologiche e, quindi, a prescindere da un espresso riconoscimento legislativo.

Il regime “speciale” delle fondazioni bancarie

Come si è detto, dalla natura privata delle fondazioni bancarie discende:

- a) la piena autonomia statutaria, intesa, per dirla con le parole utilizzate dal TAR del Lazio, come *“il potere di darsi una propria “costituzione” che ne rispecchi i caratteri peculiari”*;
- b) la piena autonomia gestionale che, sempre secondo le espressioni impiegate dal giudice *a quo*, *“è destinata ad assicurare il libero esplicarsi dell’attività istituzionale dei soggetti in parola, in tutti i suoi momenti tipici e, in primo luogo, nella fase di formazione della loro volontà”*.

Di conseguenza, una qualsiasi forma di compressione dell’autonomia statutaria e gestionale di detti enti contrasta con i principi generali del nostro ordinamento giuridico in tema di autonomia privata, che ricevono riconoscimento e tutela a livello costituzionale.

Ciò non significa che la legge non possa intervenire a dettare i criteri guida cui debba ispirarsi lo svolgimento dell’autonomia statutaria e gestionale di tali enti e sottoporre gli stessi a forme di vigilanza che ne assicurino la funzionalizzazione al perseguimento degli interessi di carattere generale. Tale funzionalizzazione giustifica e spiega il carattere “speciale” del regime privatistico di tali enti, formalmente riconosciuto, come si è detto, dalla legge 15 giugno 2002, n. 112.

Tuttavia, essere sottoposti ad un regime giuridico “speciale” significa solo essere sottoposti ad una disciplina parzialmente derogatoria rispetto a quella ordinaria dettata per le fondazioni previste dal codice civile. Tale specialità si manifesta, innanzitutto, sul piano funzionale, in relazione agli scopi perseguiti e

all'attività svolta, e, di conseguenza, sul piano della disciplina atta a garantire il perseguimento delle finalità medesime.

A tanto deve limitarsi l'intervento statale che non può spingersi sino alla compressione dell'autonomia delle fondazioni bancarie le quali, nell'ambito dei parametri generali fissati dalla legge, devono poter agire liberamente, pena la riduzione dell'affermazione della natura privatistica ad una mera petizione di principio priva di ogni contenuto sostanziale.

A tale conclusione è giunto il Consiglio di Stato nel parere n. 1354/02, reso sullo schema del regolamento di attuazione dell'art. 11, comma 14, della legge 448/2001, il quale, assumendo come principio indiscusso e conclamato la natura privatistica delle fondazioni bancarie, ha sottolineato che la questione di fondo nella materia delle fondazioni bancarie deve spostarsi dalla identificazione della loro natura giuridica (espressamente riconosciuta come privata) alla individuazione del "grado di compressione" che è possibile imprimere alla autonomia privata per la protezione di esigenze collettive che tali soggetti perseguono, senza che ciò si traduca in uno stravolgimento della sua stessa nozione e del suo nucleo essenziale.

Tale principio è stato affermato anche nella relazione accompagnatoria al disegno della legge delega cui ha dato attuazione il d.lgs. 153/99. I relatori di tale disegno di legge (gli allora Ministri del Tesoro Ciampi e delle Finanze Visco) affermavano, infatti, che *"appare preliminare porre termine alla disputa sulla natura giuridica, pubblica o privata, delle fondazioni di origine bancaria.....l'incertezza residua su questo punto e il progressivo ritorno, anche semantico, e per via giurisprudenziale, a prevalenti qualificazioni giuspubblicistiche, fanno ritenere urgente una definizione più congrua.....occorre definire, cioè, gli enti come dotati di personalità giuridica di diritto privato, con piena autonomia statutaria e gestionale. L'espressa sottolineatura di tale autonomia non è pleonastica, come potrebbe sembrare una volta attribuita con chiarezza la personalità giuridica di diritto privato. Essa serve ad interrompere la logica di carattere centralistico ed autoritario che fonda il regime concessorio e autorizzatorio tuttora vigente.....naturalmente tale piena*

autonomia statutaria non preclude obblighi di comunicazione all'autorità di vigilanza di cui si dirà appresso.”

Considerazioni quelle espresse dai relatori della legge delega e dal Consiglio di Stato pienamente condivise dal giudice *a quo*. Si legge, infatti, nell'ordinanza di rimessione “ *...la legge ben può conformare l'esercizio di tale potere, per garantire il perseguimento degli interessi di rilevanza sociale propri delle fondazioni (e non solo di quelle) bancarie, ma non può spingersi a comprimerlo fino ad annullarlo, in toto o per specifici aspetti, tradendo il carattere peculiare che essa ha impresso a tali soggetti.....Il problema è, quindi, di misura e si sostanzia nel verificare se sia stato superato il “grado di compressione che è possibile imprimere all'autonomia privata...senza che ciò si traduca in uno stravolgimento della sua stessa nozione e del suo nucleo essenziale, che la Carta Costituzionale ha inteso preservare soprattutto con le modifiche introdotte dagli articoli 117 e 118 Cost.”.*

Alla luce delle osservazioni svolte, deve ritenersi illegittimo ogni intervento legislativo o autoritativo che detti condizioni, contenuti e limiti dell'autonomia delle fondazioni bancarie, disciplinando dettagliatamente scopi, organi e competenze. In tal modo, le fondazioni risulterebbero di fatto trasformate in enti pubblici strumentali con finalità di servizio rispetto all'organizzazione pubblica.

I singoli profili di illegittimità costituzionale

Illegittimità costituzionale dell'art.2, comma 2, del d.lgs. 153/99, in riferimento all'art. 1, comma 1, lett. c-bis e d) dello stesso decreto, come modificato dall'11, commi 1, primo periodo, 2 e 3 della legge 448/2001

Tali disposizioni hanno definito i nuovi ambiti di operatività delle fondazioni bancarie:

- a) individuando la gamma dei settori (“settori ammessi”) in cui le fondazioni sono legittimate ad operare (“*le fondazioni, in rapporto prevalente con il territorio, indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi*”, cfr. combinato disposto dell'art. 2, comma 2, e dell'art. 1,

comma 1, lett. c-bis del d.lgs. 153/99, come novellati dall'art. 11, comma 1, primo periodo, e comma 3 della legge 448/2001);

- b) prescrivendo che le fondazioni, ogni tre anni, scelgano, tra quelli ammessi e nel numero massimo di tre, i settori in cui operare in via prevalente ("settori rilevanti") (combinato disposto degli artt. 2, comma 2, e art. 1, comma 1, lett. d) del d.lgs. 153/99, come novellati dall'art. 11, commi 2 e 3 della legge 448/2001).

E' evidente che l'indicazione tassativa dei settori di intervento delle fondazioni è gravemente lesiva dell'autonomia privata delle stesse.

La previgente disposizione di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. 153/99 si limitava:

- a) ad indicare le finalità generali che dovevano essere perseguite dalle fondazioni, ma non ne precisava e delimitava gli spazi di intervento rimettendo l'individuazione degli stessi all'autonomia statutaria *"...Perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti"*,
- b) ad imporre l'obbligo di assicurare la cura di almeno uno dei settori rilevanti indicati al comma 1, lett. d) del medesimo decreto *"...lo statuto individua i settori ai quali ciascuna fondazione indirizza la propria attività comprendendo fra questi almeno uno dei settori rilevanti"*.

Pertanto, una effettiva coerenza con il principio di autonomia statutaria avrebbe imposto di non indicare alcun settore, lasciando all'autonomia statutaria piena libertà in merito alla scelta dei settori di intervento, fermo, ovviamente, il rispetto del già codificato vincolo generale del perseguimento di scopi di utilità sociale stabilito dal novellato art. 2, comma 1, del d.lgs. 153.

Inoltre, va censurata la inusitata ampiezza dei settori enumerati dalla lett. c-bis) dell'art. 1 del d.lgs. 153/99, alcuni dei quali non hanno alcuna attinenza con la tradizione ed il patrimonio storico delle fondazioni, (basti pensare, fra tutti, al settore della prevenzione della criminalità e della sicurezza pubblica, *munera* da sempre affidati all'amministrazione centrale dello Stato). Tale osservazione è

stata condivisa dal TAR del Lazio secondo cui l'elenco dei settori ammessi *“oltre ad essere eccessivamente ampio, contiene ambiti di attività che sono del tutto avulsi dalla tradizione operativa delle fondazioni bancarie”*.

All'autonomia statutaria sarebbe, altresì, spettata la qualificazione in termini di *“rilevanza”* dei settori che, peraltro, non avrebbe tollerato alcuna limitazione numerica.

Tali rilievi sono stati condivisi dal TAR del Lazio secondo il quale *“l'assetto dato dall'art. 11 più volte citato fa sorgere fondati dubbi in merito alla sua compatibilità con l'affermata “piena” autonomia, statutaria e gestionale, in quanto finisce con il comprimere in maniera eccessiva i due elementi peculiari di cui essa si compone: lo scopo e l'utilizzo del patrimonio della persona giuridica”*.

Tale compressione, a parere del giudice a quo, deriva: a) *“dall'obbligo di operare “esclusivamente” nei settori ammessi, che preclude la possibilità di scelta di ambiti di attività, che, pur se non contemplati nell'elenco di cui all'art. 11, comma 1, si ascrivano in quelli tradizionalmente propri delle fondazioni bancarie o rivestano, comunque, una rilevanza sociale”, b) ...”dall'obbligo di scegliere, ogni tre anni, non più di tre settori di attività, che divengono, perciò, rilevanti.....la prima osservazione critica, che ricalca il vizio di legittimità già esposto alla precedente lett. a), consiste nel fatto che le fondazioni bancarie sono tenute ad individuare il o i settori rilevanti nell'ambito di quelli tassativamente “ammessi”, sicchè, anche a tal proposito, esse sono costrette ad agire nel solco tracciato in via eteronoma, non potendo scegliere liberamente un ulteriore ambito di attività, al quale dare un valore preminente.....la seconda (osservazione critica) riguarda la limitazione numerica imposta, non riscontrandosi alcun interesse collettivo che giustifichi la compressione dei settori rilevanti ad un numero non superiore a tre...”*.

Le suddette imposizioni limitano e, addirittura, elidono l'autonomia privata e, di conseguenza, l'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni bancarie.

Tali imposizioni sono chiara espressione della reale intenzione del legislatore, ovvero, come ha acutamente osservato il giudice a quo, quella di *“sottoporre questi ultimi (le fondazioni bancarie), nel loro insieme, ad un penetrante (ed*

inammissibile) potere di direzione e di indirizzo sì da imprimergli un assetto “per certi versi simile a quello dei concessionari dei servizi pubblici, descritti pure come organi indiretti della p.a. (che si pone) in insanabile contrasto con la natura privatistica delle stesse, che, se non consente l’eccessiva compressione del potere di scelta dei settori, ancor meno tollera il loro inserimento in un ordinamento sezionale, orientato al perseguimento di un risultato collettivo che travalica l’individualità di ciascuna di esse, incidendo, in tal modo, su una tipica espressione della “piena” autonomia statutaria e gestionale”.

Per le ragioni esposte, il TAR del Lazio ha ritenuto rilevanti e non manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale delle norme esaminate per violazione dei seguenti articoli della Costituzione:

1) art. 3 che afferma il principio della “ragionevolezza” e, quindi, della “non arbitrarietà”. Nel caso di specie, tale principio sarebbe stato violato in quanto il legislatore, da una parte, ha sancito il carattere privatistico delle fondazioni bancarie e ha, conseguentemente, riconosciuto loro piena autonomia statutaria e gestionale (cfr. art. 2, comma 1, del d.lgs. 153/99), e, dall’altra, ha dettato disposizioni che disattendono tale riconoscimento e comprimono la riconosciuta autonomia; in tale contrasto non può che prevalere la norma che afferma la natura privata delle fondazioni bancarie, poiché, come più volte ribadito, essa esprime un principio generale che informa l’intera disciplina di tali enti. Di conseguenza, come ha correttamente rilevato il giudice *a quo*, essa “assume il valore di un principio guida sia per l’interpretazione che per la valutazione di legittimità, sub specie della compatibilità con esso, delle disposizioni successivamente enunciate dal decreto legislativo n. 153 del 1999, pur dopo le modificazioni introdotte dall’art. 11 della legge n. 448 del 2001”.

2) artt. 2 e 18 con particolare riguardo alle fondazioni di origine associativa, quale è la Fondazione scrivente. Infatti, negando “la genesi volontaristica” di tali enti vengono irragionevolmente compressi sia i diritti dell’uomo nelle formazioni sociali ammesse dall’ordinamento (art. 2) sia il diritto di associazione dei cittadini sancito dall’art. 18.

3) **art. 41** il quale, pur ammettendo che la legge sottoponga l'autonomia privata ad opportuni programmi e forme di controllo, funzionalizza gli stessi esclusivamente all'indirizzo e al coordinamento a fini sociali e non consente che i privati siano obbligati a perseguire gli scopi indicati dal legislatore, alle condizioni e secondo le modalità dettagliatamente e autoritativamente imposti dallo stesso.

4) **artt. 118 e 117**. In proposito, il giudice *a quo* richiama, condividendole, le osservazioni già formulate dal Consiglio di Stato nel citato parere, nel quale si è richiamata l'attenzione sul principio di sussidiarietà orizzontale espresso dall'art. 118 della Costituzione, per effetto della novella della legge costituzionale n. 3/2001.

Secondo il Supremo Consesso, tale principio attribuisce una nuova e più ampia valenza al principio dell'autonomia privata garantito dall'art. 41 della Costituzione “nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione di bisogni individuali (art. 41), ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per attività strumentali mediante le quali si persegue la realizzazione di utilità generali così da fa assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi”. Da tali osservazioni discende l'inammissibilità di interventi autoritativi volti a comprimere l'autonomia privata anche quando si è in presenza di soggetti privati che svolgano attività di pubblico interesse e di rilevanza sociale, tradizionalmente riservate al potere statale. Pertanto, come correttamente rileva il TAR del Lazio “ *“se vi è spazio per interventi ab externo in sede di controllo, altrettanto non può dirsi per atti di indirizzo e ancor meno per interventi di carattere dirigistico. La ragione è evidente: l'organizzazione pubblica può giovare delle attività di iniziativa del privato, che può favorire, predisponendo, se del caso, anche un sistema di vigilanza su di esse: non può, però, sollecitarle né, tanto meno, sostituire la propria volontà (nel campo dell'organizzazione, dell'individuazione dei fini*

e della spendita del patrimonio) a quella delle persone giuridiche di diritto privato, che si connotano, appunto, per la loro genesi volontaristica”.

Ne risulta, altresì, violato l'art. 117 Cost., come sostituito dalla Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che prevede una serie di materie di legislazione concorrente fra Stato e Regioni, riguardo alle quali lo Stato può dettare solo principi fondamentali, previa osservanza dei vincoli procedurali introdotti dall'art. 11 L. Cost. n. 3/2001. Orbene, dal momento che la legge 448/2001 prevede specificamente i settori ammessi o rilevanti nei quali le fondazioni potrebbero esclusivamente operare e dal momento che tali settori sono proprio relativi a materie di legislazione concorrente, ne deriva che con tale ultimo intervento il legislatore è venuto a modificare i principi fondamentali, quali desumibili dalla legislazione antecedente senza il rispetto dei predetti vincoli procedurali ex art. 11 L. cost. n. 3/2001. Non solo: essendo in tali materie insussistente la competenza legislativa esclusiva dello Stato, risulta violato anche il comma 6 dell'art. 117, che nelle materie diverse da quelle statali esclusive conferisce la potestà regolamentare alle Regioni: mentre invece la Finanziaria ha al contrario attribuito, proprio in tali materie, poteri regolamentari di autorità statali centrali.

Illegittimità dell'art. 1, comma 1, lett. c-bis), ultimo periodo, del d.lgs. 153/99, introdotto dall'art. 11, comma 1, ultimo periodo, della legge 448/2001

Pienamente condivisibile è il dubbio di legittimità costituzionale della norma in esame per contrasto con l'art. 70 della Costituzione e del già citato art. 117, sollevato dal TAR del Lazio nell'ordinanza di rimessione.

La norma in esame stabilisce che i settori ammessi possono essere modificati con regolamento dell'autorità di vigilanza da emanarsi ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Ebbene, si è affidato ad una fonte secondaria, che dovrebbe limitarsi a specificare i precetti già dettati dalla fonte primaria, il compito di introdurre precetti nuovi, modificando i settori ammessi.

Tale compito, come ha correttamente rilevato il TAR, sarebbe, al più, dovuto essere affidato ad un regolamento di delegificazione per la cui emanazione è necessario il rispetto di alcuni requisiti formali (indicazione ad opera della fonte primaria delle norme regolatrici della materia ed abrogazione della norma primaria condizionatamente all'entrata in vigore del regolamento).

Da qui la violazione dell'art. 70 della Costituzione che riserva esclusivamente al Parlamento la funzione legislativa.

Per la violazione del già citato art. 117 si rinvia alle argomentazioni svolte al paragrafo che precede.

Illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lett. c) e d) del d.lgs. 153/99, come novellato dall'art. 11, comma 4, della legge 448/2001

Il giudice *a quo* ha condiviso solo parzialmente i rilievi di incostituzionalità sollevati dalla scrivente Fondazione in ordine alla norma in esame. In particolare, è stata considerata rilevante e non manifestamente infondata solo la questione di legittimità costituzionale dell'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 11 della legge 448/2001, laddove la scrivente Fondazione aveva contestato l'illegittimità dell'intero comma per violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione.

La lett. c) dell'art. 4, comma 1, d.lgs. 153/99, come modificata dal comma 4, primo periodo, dell'art. 11, legge 448/2001, impone che l'organo di indirizzo sia composto in modo che risulti una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'articolo 114 della Costituzione, idonea a riflettere le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione.

La successiva lett. d) introduce una deroga parziale a tale obbligo riservata alle fondazioni di natura associativa. Queste possono attribuire all'assemblea dei soci, ove mantenuta, il potere di designare una quota non maggioritaria dei componenti l'organo di indirizzo, nel rispetto di quanto previsto alla precedente lett. c); in tal caso, i soggetti nominati per designazione

dell'assemblea dei soci non possono comunque superare la metà del totale dei componenti l'organo di indirizzo.

Ciò significa che, se pure nelle fondazioni a origine associativa, lo statuto può attribuire all'assemblea dei soci un potere di designazione dei componenti dell'organo di indirizzo, tale facoltà è limitata alla designazione di un numero di componenti non superiore alla metà, mentre l'altra metà deve essere designata secondo i precetti di cui alla lett. c) del medesimo art. 4, ovvero deve essere comunque garantita, per la quota residua, una qualificata e prevalente presenza di soggetti nominati su designazione degli enti pubblici territoriali.

Ebbene, tale norma è chiaramente inficiata da illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione. Essa, infatti, limitando irragionevolmente l'autonomia statutaria delle fondazioni, prevede, comunque, nel residuo 50% (o nella maggiore quota) dell'organo di indirizzo, una preponderanza della componente pubblicistica, comprimendo, non solo, l'autonomia statutaria, ma anche la tradizione storica delle fondazioni di qualunque natura da sempre libere di designare autonomamente i propri organi direttivi: nella delineata ottica della affermata natura privatistica delle fondazioni non è dato comprendere la *ratio* della previsione di una obbligatoria preponderanza dei componenti di designazione pubblicistica rispetto a quelli di designazione proveniente dalla società civile. Attraverso l'imposizione di una prevalente presenza della componente pubblicistica in seno all'organo di indirizzo sembra confermata la tendenza del legislatore ad attrarre le fondazioni bancarie nell'alveo pubblicistico, trasformandole in enti pubblici strumentali o organi indiretti della pubblica amministrazione.

E proprio per queste ragioni è difficile comprendere come tali rilievi non siano stati condivisi dal TAR del Lazio che, molto acutamente, ha colto il fine ultimo dei recenti interventi legislativi e, cioè, quello di assegnare alle fondazioni bancarie una funzione servente rispetto all'organizzazione pubblica. E' emblematico in proposito il già citato passo dell'ordinanza di rimessione secondo cui *“pur non arrivando alla conclusione che queste ultime risultano*

trasformate in enti pubblici strumentali, l'assetto innanzi esposto – per certi versi simile a quello dei concessionari di servizi pubblici, descritti pure come organi indiretti della P.a. si pone in insanabile contrasto con la natura privatistica delle stesse.....”.

Né si possono condividere le osservazioni del TAR del Lazio per cui la novella del 2001 si è limitata a sviluppare l'assetto ordinamentale introdotto dal decreto legislativo n. 153 del 1999 adeguandolo alla riforma del Capo V della Costituzione che ha attribuito un ruolo centrale agli enti territoriali intermedi indicati nell'art. 114.

Tale adeguamento poteva considerarsi garantito dalla previgente formulazione dell'art. 4, comma 1, lett. c) che si limitava a prescrivere che gli statuti prevedessero, nell'ambito dell'organo di indirizzo, una adeguata e qualificata rappresentanza del territorio, con particolare riguardo agli enti locali. La norma, tuttavia, non imponeva che tale “rappresentanza” fosse “prevalente”, lasciando agli statuti la libertà di individuare il numero che apparisse, secondo le circostanze concrete, “adeguato” e “qualificato”.

Il TAR del Lazio ha, invece, condiviso i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lett. c), ultimo periodo, come modificato dall'art. 11, comma 4 della legge 448/2001.

Tale norma dispone che i soggetti ai quali è attribuito il potere di designare componenti dell'organo di indirizzo ed i componenti stessi degli organi delle fondazioni non devono essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni. Tale disposizione è gravemente lesiva dell'autonomia privata delle fondazioni e, come tale, si pone in contrasto con tutte quelle norme costituzionali che riconoscono e tutelano l'autonomia privata (artt. 2, 18, 22 e 41), oltre che con i già citati artt. 117 e 118.

Inoltre, la disposizione *de qua* si palesa intrinsecamente irragionevole con conseguente violazione dell'art. 3 della Costituzione. Essa esclude dal potere di designazione e dalla designazione stessa proprio quei soggetti eminenti che maggiormente potrebbero garantire l'efficacia dell'azione delle fondazioni.

Come ha già osservato il Consiglio di Stato nel citato parere, la norma in esame *“potrebbe avere conseguenze estreme e certamente non volute dalla legge (ad esempio, una personalità di elevato profilo ed onorabilissima che sia anche iscritta, come semplice donatore, ad un’associazione di donatori di sangue, non potrebbe essere componente dell’organo di indirizzo di una fondazione che si occupa di sanità), o addirittura in contrasto con altri, più espliciti, profili della disciplina legislativa, come quello che richiede per i componenti degli organi di indirizzo requisiti di “professionalità e competenza nei settori a cui è rivolta l’attività della fondazione”....(ad esempio, una fondazione rivolta alla cultura, all’arte o alla ricerca non potrebbe annoverare nessun accademico, ancorché illustre e non “portatore di interessi” perché probabilmente alcune sovvenzioni potrebbero essere erogate a favore di Università o altri enti accademici”*.

La violazione dell’art. 3 della Costituzione discende, inoltre, dalla irragionevole disparità di trattamento introdotta dalla norma in esame.

Questa, infatti, stabilisce un diverso regime tra i rappresentanti degli enti territoriali di cui all’art. 114 e gli altri componenti dell’organo di indirizzo, espressione della società civile. Tale disparità di trattamento è ingiustificata poiché anche i rappresentanti degli enti territoriali ben sono portatori di interessi riferibili agli enti designanti, benché non siano legati a questi da un vincolo di mandato (come, peraltro, tutti i componenti dell’organo di indirizzo secondo la previsione di cui all’art. 4, comma 2, del d.lgs. 153/99).

Illegittimità costituzionale dell’art. 4, comma 1, lett. g) del d.lgs. 153/99 come novellato dall’art. 11, comma 6, della legge 448/2001

La norma in esame ha specificato il concetto di “requisiti di professionalità ed onorabilità” da intendersi, a seguito della novella legislativa, *“come requisiti di esperienza e di idoneità etica confacenti ad un ente senza scopo di lucro”*.

Detta norma limita, ancora una volta, l’autonomia privata e statutaria delle fondazioni bancarie in quanto precisa il contenuto dei concetti di onorabilità e professionalità che avrebbero dovuto essere individuati dallo statuto e non dalla legge.

Il giudice *a quo* non ha considerato rilevante la prospettata questione di legittimità costituzionale della norma in esame per contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione, ai fini della verifica della legittimità dell'art. 4 del decreto 2 agosto 2002, n. 217.

Tuttavia, l'art. 4 del citato decreto riproduce, in sostanza, il contenuto della norma primaria, così mutuandone i vizi di legittimità rilevati. Dal carattere derivato della illegittimità della norma regolamentare ne discende la necessaria pregiudizialità della soluzione della questione di legittimità costituzionale delle norme presupposte.

Peraltro, con ordinanza n. 1196 del 2002, la stessa Sezione III del TAR del Lazio ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità della norma di cui all'art. 4, comma 1, lett. g) prima che intervenisse la modifica ad opera dell'art. 11, comma 6, della legge 448/2001. E come ha rilevato anche il Consiglio di Stato nel citato parere, nonostante la sollevata questione di legittimità, il legislatore del 2001 *“non sembra avere modificato i termini della citata questione di costituzionalità, poiché non ha inciso sul ruolo dell'Autorità di vigilanza, limitandosi ad inserire, nella ricordata lett. g) del comma 1 dell'art. 4..., una precisazione al concetto di “requisiti di professionalità ed onorabilità”, secondo cui essi vanno “intesi come requisiti di esperienza e di idoneità etica confacenti ad un ente senza scopo di lucro”*.

Ne deriva la rilevanza, oltre che la manifesta fondatezza, della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla scrivente Fondazione in merito alla norma in esame.

Illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. 153/99, come novellato dall'art. 11, comma 7, della legge 448/2001

Tale norma vieta ai soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo presso le fondazioni di ricoprire funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo, ad eccezione di quelle operanti nei confronti del pubblico.

La norma è illegittima poiché limita la capacità giuridica privata delle fondazioni bancarie in modo irragionevole ed in contraddizione con l'affermazione della piena autonomia statutaria e gestionale delle stesse.

In particolare, incompatibilità tanto rigorose non sono stabilite neppure dalle norme dell'ordinamento bancario, sicché la norma non è solo irragionevole e limitativa dell'autonomia privata, ma in contrasto con l'intera coerenza del sistema. Neppure si comprende la *ratio* della estensione delle incompatibilità alle funzioni svolte presso società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo; se il riferimento alla società bancaria conferitaria può spiegarsi con l'intento di interrompere il legame storico tra conferente e conferitaria, altrettanto non può dirsi per queste tre categorie di imprese che nessun legame hanno mai avuto con la fondazione, sicché non è davvero immaginabile quale sia l'ipotetico conflitto di interessi che la norma intenda tutelare, il che evidenzia anche una ingiustificata limitazione della autonomia privata, della libertà di associazione e di svolgimento della personalità individuale in determinate formazioni sociali (art. 2, 22, 18 e 41 della Costituzione).

Come ha rilevato il giudice *a quo* tale regime di incompatibilità risulta “*del tutto ingiustificato ed eccessivo*” in quanto lo scopo perseguito dalla riforma Ciampi si limiterebbe ad assicurare la progressiva separazione tra gli enti conferenti e la società bancaria conferitaria; inoltre, osserva ancora il giudice *a quo*, “*tale continuità (tra le fondazioni bancarie e le società bancarie, finanziarie ed assicurative)...sarebbe pur sempre tutta da dimostrare....in quanto, a mero titolo di esempio, non si comprende come la presenza nell'organo di indirizzo di una fondazione bancaria dell'amministratore di una compagnia di assicurazione (semmai straniera o, comunque, senza particolari rapporti con le attività ed il territorio di riferimento della fondazione stessa) potrebbe essere pregiudizievole per la corretta e neutrale attività gestionale di quest'ultima*”. Pertanto, continua il giudice remittente, “*lo scopo che la norma si prefigge ben potrebbe essere raggiunto applicando le ordinarie regole in materia di conflitto di interessi, operando così non una scelta radicale e aprioristica, ma agendo caso per caso...*”.

Per le ragioni esposte, il TAR del Lazio ha ravvisato nella disposizione *de qua* una violazione degli artt. 2, 18 e 22 della Costituzione.

I dubbi di incostituzionalità di tale norma sono, per quanto ancora possibile, confermati dalle recenti modifiche apportate alla stessa, a breve distanza dalla sua emanazione (ad opera dell'art. 80, comma 20, lett. a) della legge 27 dicembre 2002, n. 289 - finanziaria per il 2003). Queste ultime hanno limitato l'incompatibilità in parola alle società bancarie, finanziarie ed assicurative controllate dalla fondazione.

Tuttavia, come ha ben evidenziato il TAR, tale successione di leggi non fa venire meno l'interesse ad una pronuncia della Corte sulla legittimità della norma nella sua previgente formulazione poiché essa appare rilevante per risolvere la questione di legittimità dell'art. 5 del decreto 2 agosto 2002, n. 217, da condursi alla stregua della normativa primaria vigente al momento dell'adozione del regolamento.

Illegittimità dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 153/99, come modificato dall'art. 11, comma 4, ultimo periodo

Il TAR del Lazio ha ritenuto irrilevante, per la risoluzione delle doglianze mosse alla norma regolamentare (art. 6, comma 2, del D.M. n. 217 /2002), la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Fondazione scrivente in ordine all'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 153/99, come modificato dall'art. 11, comma 4, ultimo periodo.

Quest'ultima ha aggiunto all'art. 7, comma 1, d.lgs. 153/99 la previsione secondo cui le forme di impiego del patrimonio, oltre che idonee ad ottenere una adeguata redditività, devono essere tali da assicurare il collegamento funzionale con le finalità istituzionali delle fondazioni ed in particolare con lo sviluppo del territorio.

La norma regolamentare ha ulteriormente precisato che gli impieghi in cui deve essere investita una quota del patrimonio delle fondazioni bancarie devono essere “ *relativi o collegati ad attività che contribuiscono al perseguimento delle loro finalità istituzionali ed in particolare allo sviluppo del territorio*”.

Sebbene la norma regolamentare non si sia limitata ad attuare la norma primaria, ma ne abbia ampliato il contenuto precettivo (poiché definisce la destinazione degli investimenti, laddove la legge richiede solo che essi siano collegati funzionalmente con le finalità istituzionali), essa costituisce comunque attuazione della norma primaria.

Di conseguenza, la soluzione della questione di legittimità costituzionale della norma primaria è presupposto necessario per la soluzione delle doglianze mosse alla norma regolamentare che ne denunciano appunto la illegittimità derivata.

Ebbene, la norma primaria si palesa ancora una volta lesiva dell'autonomia privata, gestionale e statutaria delle fondazioni bancarie, poiché prescrive le forme di impiego del patrimonio (che assicurino il collegamento funzionale con le finalità istituzionali ed in particolare con lo sviluppo del territorio), laddove la formulazione previgente della norma si limitava a richiedere che il patrimonio venisse impiegato in modo da ottenere una adeguata redditività.

La norma in questione è, quindi, illegittima per violazione dell'art. 41 Cost. posto che le scelte sull'impiego del patrimonio di una persona giuridica privata sono per loro stessa natura riservate all'autonomia statutaria delle persone medesime.

Illegittimità dell'art. 6, comma 5-bis, del d.lgs. 153/99, come novellato dall'art. 11, comma 10, della legge 448/2001

L'art. 6, comma 5-bis), del d.lgs. 153/99, introdotto dall'art. 11, comma 10 della l. 488/2001, a completamento dei divieti stabiliti dal medesimo art. 6 sulle partecipazioni di controllo da parte delle fondazioni, introduce una presunzione *juris et de jure*: *“una società bancaria si considera controllata da una fondazione anche quando il controllo è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni, in qualunque modo o comunque sia esso determinato”*.

La riportata disposizione prevede una fattispecie, la situazione di controllo di una banca facente capo a più fondazioni, ed una disciplina, l'imputazione del controllo a tutti codesti soggetti.

Ora, il nostro ordinamento, (di qui il vizio di ragionevolezza dell'art. 6 del d.lgs. 153 per incoerenza con il sistema nel quale la norma si inserisce), prevede in linea generale che la figura del controllo sia imputata ad uno ed un solo soggetto. Esistono talora norme che prevedono forme di controllo congiunto, ma solo quando tali forme siano riconducibili o ad accordi tra più soggetti per l'esercizio dei rispettivi poteri (accordi che generano posizioni di influenza dominante), o a situazioni in cui siano previsti poteri di interdizione, sicché un soggetto può esercitare un controllo solo in mancanza di opposizione di altro soggetto (si pensi alle clausole statutarie che prevedano quozienti qualificati per l'assunzione di deliberazioni particolarmente rilevanti).

E' quindi irragionevole qualsiasi norma che escluda, come nella specie, il presupposto della sussistenza di accordi per l'esercizio del controllo congiunto: in tal senso è costituzionalmente illegittima, per irrazionalità, la clausola generale stabilita dal comma 5-bis dell'art. 6, d.lgs. 153, laddove consente di individuare forme di controllo congiunto "in qualunque modo o comunque esso sia determinato" e, quindi, anche in mancanza di accordi tra i potenziali controllanti (in tal senso, del resto, è anche l'interpretazione del Consiglio di Stato del parere citato tuttavia costretto a non censurare la norma regolamentare in presenza della illegittima norma di rango primario).

Tale fattispecie, quindi, confligge con ogni criterio di senso comune, prima che di civiltà giuridica, ponendosi in contrasto con i vincoli costituzionali di eguaglianza e di ragionevolezza.

Inoltre, e quale ulteriore ed autonomo vizio delle norme censurate, se anche può apparire ragionevole interrompere, attraverso il divieto di talune forme di controllo, il legame tra fondazione e azienda bancaria originaria della fondazione, è irragionevole porre un divieto esteso anche a società bancarie che non hanno affatto tale nesso – ossia che non detengono banche non originariamente legate alla fondazione in questione – poiché tale vicenda non partecipa della *eadem ratio* del primo divieto e limita irragionevolmente la

capacità di investimento delle fondazioni, e quindi l'autonomia privata di queste.

Inoltre, il comma 5-bis) dell'art. 6 del d.lgs. 153 appare irragionevole nella misura in cui, disponendo un divieto, fissa casistiche generiche affidate a locuzioni altrettanto generiche (“comunque sia esso determinato”, “in qualunque modo”).

Infine, l'esistenza del controllo anche in assenza di accordi non pare riconducibile a tali già generiche locuzioni, poiché prefigura una forma di controllo congiunto di fatto che prescinde dalla volontarietà e dalla stabilità delle intese, uniche fonti idonee a determinare un controllo congiunto, valorizzando viceversa situazioni di mera casualità ed occasionalità.

Le osservazioni svolte dalla Fondazione scrivente, ampiamente sviluppate nel ricorso introduttivo del giudizio *a quo*, sono state condivise dal TAR del Lazio che sul punto ha ritenuto inaccettabile la configurazione, ad opera della legge ed in via aprioristica, di un collegamento immediato tra le fondazioni per effetto di una mera situazione di fatto da ciò facendo discendere l'obbligo di dismissione. Tale collegamento immediato risulta inaccettabile, a parere del giudice *a quo*, in quanto prescinde totalmente dalle reali intenzioni dei soggetti coinvolti e, in secondo luogo, comporta una indebita compressione della certezza del diritto. Tali considerazioni, prosegue il giudice *a quo*, “*valgono anche per il secondo aspetto evidenziato, che assume una connotazione più propriamente oggettiva, riguardando l'atipicità della formula “in qualunque modo o comunque sia esso determinato”, che consente di pervenire all'inaccettabile conclusione, già innanzi evidenziata, di potere prescindere dalla verifica sia della sussistenza di accordi (ferma restando, sul punto, la più ampia latitudine dei mezzi di prova) fra i soggetti coinvolti, sia della stessa intrinseca “idoneità” del mezzo utilizzato per il raggiungimento dello scopo che il Legislatore intende scongiurare*”.

Per tali ragioni, il TAR del Lazio ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 10, della legge n. 448/2001 per contrasto con gli artt. 2, 3, 18 e 41 della Costituzione, per

irragionevolezza della previsione normativa e per lesione dell'autonomia, statutaria e gestionale, di persone giuridiche di diritto privato.

Illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 1-bis, d.lgs. 153/99 come novellato dall'art. 11, comma 13, della legge 448/2001

L'art. 25, comma 1-bis (come introdotto dall'art. 11, comma 13, legge n. 448/2001), dispone che: *“Al fine del rispetto di quanto previsto nel comma 1, la partecipazione nella società bancaria conferitaria può essere affidata ad una società di gestione del risparmio che la gestisce in nome proprio, secondo criteri di professionalità e indipendenza e che è scelta nel rispetto di procedure competitive; resta salva la possibilità per la fondazione di dare indicazioni per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria nei casi previsti dall'art. 2365 c.c. La dismissione è comunque realizzata non oltre il terzo anno successivo alla scadenza indicata al primo periodo del comma 1”*.

Le norme sopra richiamate, infatti, si pongono in palese ed irragionevole contrasto con l'ampia autonomia gestionale (e statutaria) riconosciuta alle fondazioni bancarie dall'art. 2, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 153/1999.

In particolare, la lesione di tale forma di autonomia gestionale appare più evidente laddove si pensi all'ipotesi in cui la fondazione, a causa dell'andamento negativo dei mercati finanziari, non possa, suo malgrado, procedere alla dismissione della partecipazione di controllo nell'azienda bancaria conferitaria (entro il 15 giugno 2003); orbene, in siffatta circostanza, la fondazione sarà obbligata, in forza delle norme impugnate, a conferire la suddetta partecipazione ad una S.G.R., tenendo conto, oltretutto, che la decisione di optare per la S.G.R. deve essere presa entro e non oltre marzo 2003. E' di tutta evidenza che simile scelta, imposta autoritativamente alle fondazioni, introduce un illegittimo ed irragionevole, limite all'estrinsecazione della piena autonomia gestionale e organizzativa, che caratterizza, in linea con il dettato normativo (cfr. art. 2, comma 1, D.Lgs n. 153/1999) e costituzionale (art. 41), le fondazioni bancarie quali persone giuridiche private sottoposte ad un regime civilistico (e non pubblicistico).

Il TAR del Lazio ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale norma, prospettata da parte ricorrente, ritenendo che essa sia in linea con gli scopi della legge delega (legge 431/98), ovvero quelli di tenere distinte le fondazioni bancarie dai corrispondenti istituti di credito, e con gli scopi civilistici, poiché, in linea con la vocazione delle fondazioni a perseguire esclusivamente scopi di utilità sociale, sono legittimati a detenere partecipazioni di controllo nelle sole società che svolgano attività di impresa strumentali ai fini statutari.

Senonchè, pur non potendosi contestare le osservazioni svolte, il TAR del Lazio non ha considerato che: a) il decreto legislativo di attuazione della legge delega 461/98 (d.lgs. 153/99, art. 25, comma 1) ha previsto esclusivamente il termine entro cui deve essere effettuata la dismissione della partecipazione nella società bancaria conferitaria e non le modalità in cui la stessa debba avvenire (tramite affidamento della partecipazione ad una S.G.R.); 2) che tale modalità appare incongrua e irragionevole in quanto la gestione della partecipazione nella società conferitaria in seno alla SGR, così come ipotizzata dal legislatore, rappresenta una forma gestionale anomala in quanto, dovendo le fondazioni spogliarsi di ogni diritto sulle partecipazioni conferite (fatta eccezione per i casi di cui all'art. 2365 c.c.), essa non rientra né tra le attività delle società autorizzate a prestare servizi di gestione individuale, atteso che queste agiscono in nome proprio e per conto del cliente *ma previo consenso scritto di quest'ultimo*, né tra le attività delle società fiduciarie, in quanto queste possono esercitare il diritto di voto e gli altri diritti inerenti alle partecipazioni amministrate in conformità delle direttive impartite ogni volta, per iscritto, dal fiduciante.

Tutto ciò argomentato e dedotto, la Fondazione Cassa di Risparmio di Roma, come sopra rappresentata e difesa, rassegna le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'ecc.ma Corte Costituzionale adita, in accoglimento dell'ordinanza di rimessione del TAR del Lazio n. 807/03, depositata l'8 febbraio 2003 e

pubblicata il 12 marzo 2003 dichiarare l'illegittimità costituzionale dei seguenti articoli:

- dell'art. 2, comma 2, d.lgs. 153/99, in riferimento all'art. 1, comma 1, lett. c-bis) e d) dello stesso decreto, a seguito delle modifiche ed aggiunte introdotte dall'art. 11, commi 1, 2 e 3 della legge 448/2001, per contrasto con gli artt. 2, 3, 18, 41, 70, 117 e 118 della Costituzione;
- dell'art. 4, comma 1, lett. c) e d) del d.lgs. 153/99, a seguito delle modifiche ed aggiunte introdotte dall'art. 11, comma 4, della legge 448/2001, per violazione degli artt. 2, 3, 18, 22 e 41 della Costituzione;
- dell'art. 4, comma 1, lett. g) del d.lgs. 153/99, a seguito delle modifiche ed aggiunte introdotte dall'art. 11, comma 6, della legge 448/2001, per violazione dell'art. 3 e 41 della Costituzione;
- dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. 153/99, come novellato dall'art. 11, comma 7, della legge 448/2001, per violazione degli artt. 2 e 18 e 22 della Costituzione;
- dell'art. 6, comma 5-bis) del d.lgs. 153/99, aggiunto dall'art. 11, comma 10, della legge 448/2001, per violazione degli artt. 2, 3, 18 e 41 della Costituzione;
- dell'art. 7, comma 1, del d.lgs. 153/99, come integrato dall'art. 11, comma 11, della legge 448/2001, per violazione dell'art. 41 della Costituzione;
- dell'art. 25, comma 1-bis) d.lgs. 153/99, come novellato dall'art. 11, comma 13, della legge 448/2001, per violazione dell'art. 3 e 41 della Costituzione.

Roma, 27 marzo 2003

Prof. Avv. Pietro Anello

Prof. Avv. Angelo Clarizia

30317sl2fcr