

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE
DEDUZIONI
NEL GIUDIZIO INSTAURATO A SEGUITO DELL'ORDINANZA DI
RIMESIONE N. 812/03 EMESSA DAL TAR DEL LAZIO, SEZIONE III, E
DEPOSITATA L'8 FEBBRAIO 2003

La FONDAZIONE CASSA DI RISPARMIO DI ROMA, Avv. Prof. Pietro Anello, Avv. Prof. Angelo Clarizia e Avv. Silvio Rizzini Bisinelli

ESPONE

IN FATTO

In data 20 luglio 2001, la Fondazione Cassa di Risparmio Roma, come in epigrafe rappresentata e difesa, ha depositato presso il TAR del Lazio ricorso per l'annullamento, previa sospensione, dell'atto di indirizzo 22 maggio 2001, adottato dal Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 118 del 23 maggio 2001, nonché di tutti gli atti presupposti, preparatori e conseguenti (all. n. 1).

Con motivi simili a quelli addotti dalla Fondazione scrivente, hanno proposto ricorso avverso il medesimo atto anche numerose altre fondazioni bancarie.

Con il menzionato ricorso e con la successiva memoria depositata in data 6 dicembre 2001, la Fondazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 per violazione degli artt. 3, 18, 41 e 76 della Costituzione (all. n. 2).

Inoltre, la Fondazione scrivente ha proposto, in sintesi, i seguenti motivi di doglianza:

- a) violazione di legge; carenza di potere; eccesso di potere per sviamento, in quanto non sussisterebbe nella specie il potere del Ministro del Tesoro di emanare un provvedimento vincolante per le fondazioni; inoltre, quello assunto nella specie non conterrebbe i caratteri tipici dell'atto di indirizzo;

- b) violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 10 del d.lgs. 153/99 e di ogni principio in materia di autonomia statutaria delle fondazioni bancarie, in quanto l'atto di indirizzo impugnato viola il principio dell'autonomia statutaria delle persone giuridiche private ed, in particolare, il diritto delle fondazioni di determinare discrezionalmente, pur nel rispetto della normativa primaria e delle indicazioni generali fornite dall'Autorità di Vigilanza, le cause di incompatibilità e sospensione ed i requisiti di onorabilità dei componenti gli organi;
- c) violazione dei principi generali in tema di emanazione di atti del Governo (art. 17, terzo e quarto comma della legge 23 agosto 1988, n. 400), ascrivendosi l'atto *de quo* nella categoria dei regolamenti e risultando illegittimo per non aver seguito l'Autorità emanante il procedimento all'uopo prescritto dalla normativa epigrafata.

Il TAR del Lazio, dopo aver disposto, in via preliminare, la riunione di tutte le impugnative proposte, ha emesso l'ordinanza n. 1196/02, depositata il 22 febbraio 2002.

Con la richiamata ordinanza, il Giudice amministrativo ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 per contrasto con gli artt. 2, 3, 18, 41 e 76 della Costituzione, e, conseguentemente, ha disposto l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e la sospensione del giudizio *a quo*.

Con ordinanza 29 ottobre 2002, n. 432, codesta Corte Costituzionale ha ordinato la restituzione degli atti al giudice *a quo* per il riesame dei termini della questione alla luce delle novelle legislative *medio tempore* intervenute in tema di fondazioni bancarie (cfr. art. 5 della legge 15 giugno 2002, n. 112).

Con ordinanza dell'8 febbraio 2003, n. 812, pubblicata il 12 marzo 2003, la III Sezione del TAR del Lazio ha nuovamente rimesso a codesta autorevole Corte la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, primo comma, lett. g) e 10,

comma 3, lett. e) del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 per contrasto con gli artt. 2, 3, 18, 41 e 76 della Costituzione.

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

IN DIRITTO

1. La natura giuridica 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)*”.

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, di conversione del D.L. 15 aprile 2002, n. 63.

L’art. 5 di tale legge stabilisce, tra l’altro, che “*Resta fermo quanto disposto dalla citata legge n. 431 del 1998 e dal medesimo decreto legislativo n. 153 del 1999, in tema di fondazioni, in ragione del loro regime giuridico privatistico, speciale rispetto a quello delle altre fondazioni, in quanto ordinato per legge in funzione: a) della loro particolare operatività, inclusa la possibilità di partecipare al capitale della Banca d’Italia; b) della struttura organizzativa, basata sulla previsione di organi obbligatori e su uno specifico regime di requisiti di professionalità, di onorabilità e di incompatibilità; c) dei criteri obbligatori di gestione del patrimonio e di dismissione dei cespiti; d) della facoltà di emettere titoli di debito convertibili o con opzioni di acquisto; e) dei vincoli di economicità della gestione e di operazione patrimoniale; f) dei vincoli di destinazione del reddito, delle riserve e degli accantonamenti; g) delle speciali norme in materia di contabilità e di vigilanza; h) del criterio secondo cui le norme del codice civile si applicano alle fondazioni bancarie solo in via residuale e in quanto compatibili. La disposizione di cui al precedente periodo costituisce norma di interpretazione autentica della legge 23 dicembre 1998, n. 431 e del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153*”.

Come ha correttamente argomentato il giudice amministrativo, tale disposizione non ha prodotto alcun effetto innovativo sulla disciplina in vigore

e, quindi, non ha inciso sulla natura giuridica privata delle fondazioni bancarie. Tale conclusione è confermata, secondo il giudice *a quo*:

1) dalla stessa lettera dell'art. 5 citato in quanto:

- a) conferma la normativa previgente in materia di fondazioni bancarie poiché stabilisce espressamente che *“resta fermo quanto disposto dalla citata legge n. 461 del 1998 e dal medesimo decreto legislativo n. 153 del 1999;*
- b) conferma la natura privatistica delle fondazioni bancarie, precisandone il carattere di “specialità”, già desumibile dalla normativa vigente;
- c) non innova la disciplina vigente in quanto si qualifica espressamente come “norma di interpretazione autentica; come osserva il giudice *a quo* *“basta in proposito osservare che la giurisprudenza costituzionale.....afferma costantemente che la norma legislativa può qualificarsi interpretativa e, quindi, retroattiva e costituzionalmente legittima solo quando si limita a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente, non integra il precetto di quest'ultima e non adotta una opzione ermeneutica non desumibile dall'ordinaria attività di esegesi della stessa: tale risulta essere la norma in esame”.*

2) dalla *ratio* e dall'*occasio legis* poiché, come osserva il giudice amministrativo *“emerge dai lavori parlamentari che il periodo aggiunto all'art. 5 del D.L. n. 63 del 2002 (significativamente rubricato: “Adempimenti comunitari iniziali a seguito di condanna per aiuti di Stato”) ha la funzione di “esplicitare agli organi della Comunità europea le motivazioni della particolarità del regime fiscale delle fondazioni, precisando che non si tratta di aiuti di Stato”.*

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 rivenienti 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.

l 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.

Tale aspetto è stato ben colto dal giudice *a quo* il quale ha precisato che *“la precedente esposizione consente di chiarire l'esatta portata del carattere di “specialità” dei soggetti in parola, che non riguarda la loro natura, sì da renderli una sorta di tertium genus fra gli enti pubblici e le persone giuridiche private, ma attiene, piuttosto, alla disciplina cui i medesimi sono sottoposti, che, rispetto a quella codicistica, si pone, appunto, in rapporto di species ad genus, con tutte le conseguenze ermeneutiche ed applicative che ne discendono”*.

Se si intende, come deve effettivamente intendersi, il concetto di “specialità” nei termini esposti, è evidente come lo stesso non possa giustificare forme di intervento (sia legislativo, sia autoritativo) che si spingano sino alla compressione dell'autonomia delle fondazioni bancarie, tradendo, così, la natura privatistica delle stesse.

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.

La natura giuridica dell'Atto di Indirizzo 22 maggio 2001 e degli atti applicativi

Nel ricorso introduttivo del giudizio *a quo* la scrivente Fondazione ha sostenuto la natura sostanzialmente normativa dell'atto di indirizzo del 22 maggio 2001 poiché esso contiene prescrizioni puntuali ed immediatamente vincolanti.

L'assunto del contenuto immediatamente precettivo e vincolante dell'atto impugnato è stato condiviso dal TAR del Lazio nella precedente ordinanza n. 1196/02 e ribadito nella ordinanza n. 812/03; in entrambe si legge, infatti "*...il provvedimento ministeriale attualmente in esame, che, sin dalle espressioni letterali utilizzate, non lascia margini di dubbio circa la sua immediata vincolatività (circostanza della quale, peraltro, non dubita neppure parte resistente). L'Atto di indirizzo 22 maggio 2001 contiene, infatti, precise prescrizioni e non semplici suggerimenti o indicazioniDel resto la migliore riprova di quanto testè affermato proviene dalla stessa Autorità amministrativa, la quale, con gli atti applicativi, anch'essi impugnati, ha imposto alle fondazioni di attenersi immediatamente alle prescrizioni dettate dall'Atto di indirizzo in questione, a prescindere dal recepimento delle stesse nei singoli statuti delle fondazioni*".

Per queste ragioni, la scrivente Fondazione (come altre fondazioni ricorrenti) ha denunciato il vizio di eccesso di potere degli atti impugnati per avere, gli stessi, travalicato i limiti del potere attribuito dagli artt. 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del d.lgs. 153/99, che si connota semplicemente come potere di emanare atti di indirizzo, privi, per loro natura, del carattere della precettività e vincolatività.

Tuttavia, il giudice amministrativo ha ben colto il nucleo essenziale della questione prospettata da parte ricorrente (oltre che dalle altre fondazioni ricorrenti) poiché ha ritenuto assorbente, rispetto alla verifica della conformità del potere esercitato in concreto (attraverso gli atti impugnati) al potere legislativamente attribuito all'Autorità di vigilanza, la verifica della legittimità costituzionale delle stesse norme attributive del potere di emanare atti di indirizzo (artt. 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del d.lgs. 153/99).

I vizi di legittimità costituzionale del d.lgs. 53/99

L'art. 4, comma 1, lett. g) stabilisce che gli statuti debbano determinare, per i soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione e controllo, i requisiti di professionalità ed onorabilità nel rispetto degli indirizzi generali fissati ai sensi dell'art. 10, comma 3, lett. e).

Quest'ultimo attribuisce all'Autorità di vigilanza il potere di emanare atti di indirizzo di carattere generale aventi ad oggetto, tra l'altro, i requisiti di professionalità ed onorabilità, le ipotesi di incompatibilità e le cause che determinano la sospensione temporanea dalla carica dei soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione e controllo presso le fondazioni e la disciplina del conflitto di interessi.

Ebbene, l'attribuzione all'Autorità di vigilanza del potere di emanare atti di indirizzo volti ad orientare, disciplinare e conformare l'esercizio dell'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni bancarie si pone in contrasto con il riconoscimento della natura privata delle stesse, contenuto nell'art. 2, comma 1, dello stesso decreto legislativo 153/99 e, quindi, con le norme costituzionali che garantiscono e tutelano le forme di autonomia riconosciute ai soggetti privati.

Tale potere, inoltre, come correttamente rilevato dal giudice amministrativo non trova alcun addentellato nelle legge delega 461/98.

Per quanto riguarda l'attribuzione all'autorità di vigilanza del generale potere di emanare atti di indirizzo, di cui all'art. 10, comma 3, lett. e), il giudice amministrativo ha osservato che *“la funzione ministeriale di indirizzo non può ricavarsi per implicito dai compiti di controllo riservati all'Autorità amministrativa. In primo luogo perché questi ultimi sono espressamente (e tassativamente) elencati dall'art. 2, lett. i) della legge n. 461 del 1998..... In secondo luogo, perché tali poteri sono preordinati al compito assegnato all'Autorità di vigilanza, “la quale verifica il rispetto della legge e dello statuto, la sana e prudente gestione, la redditività del patrimonio e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti”. La formula appena riportata porta ad affermare che gli unici parametri normativi, cui l'Autorità è tenuta a conformare il riscontro commissionatole dall'ordinamento, sono rappresentati dalla legge e dallo statuto, quali, rispettivamente, fonte eteronoma ed autonoma di disciplina dell'attività delle persone giuridiche di diritto privato, come quelle di cui ci si occupa. Ne discende che il silenzio del Legislatore sul punto non può che essere interpretato come negazione di ogni possibilità per l'autorità amministrativa di introdurre, con proprio atto (non rileva se di natura normativa), prescrizioni comunque*

vincolanti per soggetti operanti su piano dichiaratamente privatistico.....Ma pur a voler prescindere dal dato testuale, la conclusione non cambia: l'attribuzione di un potere di controllo, infatti, non comporta, quale implicito corollario, l'affidamento di quello di indirizzo, che è nozione ontologicamente diversa, in quanto finalizzata non a consentire la verifica della legittimità dell'azione o, comunque, dei risultati da perseguire, ma, piuttosto, ad orientare l'attività del soggetto che ne è destinatario, fissando a quest'ultimo tanto regole di comportamento, quanto, soprattutto, obiettivi da raggiungere determinandone una correlata compressione della sfera di autonomia operativa, che, nella specie, finisce con l'incidere sulla libera formazione della volontà statutaria della persona giuridica”.

Per quanto riguarda, in particolare, la disposizione di cui all'art. 4, comma 1, lett. g), anch'essa si pone in contrasto, eccedendone i limiti, con la legge delega 461/98 che, all'art. 2, lett. g), demanda all'autonomia statutaria il compito di determinare i requisiti di compatibilità dei membri degli organi delle fondazioni, senza prevedere alcun potere conformativo o di indirizzo in capo all'autorità di vigilanza.

Dalle osservazioni svolte, condividendo pienamente i dubbi di legittimità costituzionale prospettati dalla scrivente Fondazione (e dalle altre fondazioni ricorrenti), il giudice amministrativo ha ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del d.lgs. 153/99), in quanto lesivi dell'autonomia privata, statutaria e gestionale delle fondazioni bancarie. Questioni di costituzionalità già rimesse dallo stesso giudice amministrativo a codesta autorevole Corte con la citata ordinanza n. 1196/02 ed ancora attuali nonostante gli interventi legislativi *medio tempore* intervenuti; questi, infatti, non hanno inciso sulla disciplina previgente e, segnatamente, sul riconoscimento dell'autonomia privata delle fondazioni bancarie. Come già ampiamente argomentato, infatti, l'art. 5 della legge 112/2002 si è limitato a riconoscere il carattere speciale del regime privatistico delle fondazioni bancarie, da intendersi nel senso che si è sopra visto.

Le violazioni costituzionale denunciate sono le seguenti.

Violazione dell'art. 3 della Costituzione

Tale articolo afferma il principio della “ragionevolezza” e, quindi, della “non arbitrarietà”. Nel caso di specie, tale principio è 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.

Infatti, gli artt. 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del d.lgs. 153/99, attribuendo all'autorità di vigilanza un potere di indirizzo, implicano, secondo le espressioni utilizzate dal giudice *a quo* “una funzione dirigistica di quest'ultima (autorità di vigilanza) che, indicando in misura decisiva sulla formazione della volontà delle fondazioni bancarie, ne intacca quello che potrebbe definirsi il “contenuto minimo”, frutto della scelta legislativa, innanzi evidenziata, di privilegiare la genesi volontaristica di tali soggetti”.

Ebbene, nel segnalato contrasto tra le suddette norme e la norma contenuta nell'art. 2, comma 1, dello stesso decreto (che afferma la natura privata e l'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni bancarie), non può che prevalere quest'ultima poiché:

- a) essa esprime una precisa scelta del legislatore nel senso del riconoscimento, formale e solenne, della natura privatistica delle fondazioni bancarie;
- b) essa costituisce una norma di principio cui deve uniformarsi la disciplina di dettaglio.

Tali considerazioni valgono a maggior ragione per le fondazioni di natura associativa, quale è la Fondazione Cassa di Risparmio di Roma, la cui natura privata non è frutto di una scelta legislativa, ma deriva da caratteristiche intrinseche ed ontologiche.

Violazione degli artt. 2 e 18 della Costituzione

La violazione di tali articoli appare ancor più evidente per le 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.

Violazione dell’art. 41 della Costituzione

Tale articolo, 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.

Appare evidente, infatti, che se si muove dalla natura privatistica delle fondazioni bancarie e dalla conseguente attribuzione di autonomia statutaria e gestionale (premessa da cui ha correttamente preso le mosse il Giudice remittente), non possono che considerarsi inammissibili tutte quelle forme autoritative di limitazione, condizionamento e coartazione di tale autonomia, che risulterebbe, pertanto, svuotata di ogni significato.

Tali forme di intervento, comunque attuate, si pongono in contrasto con il principio costituzionale del riconoscimento dell’autonomia privata intesa come libera sfera di azione che deve essere esercitata solo entro gli ovvi limiti negativi della legalità e che incontra solo i limiti positivi dettati per fini sociali.

Alla luce di ciò, l’attribuzione da parte del d.lgs. 153/99 all’autorità amministrativa (*rectius* di vigilanza) del potere di intervenire, con prescrizioni più o meno vincolanti, sull’autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni bancarie si pone in contrasto con l’art. 41 della Costituzione.

Violazione dell’art. 76 della Costituzione

Le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del d.lgs. 153/99 per violazione degli articoli 2, 3, 18 e 41 della Costituzione muovono tutte, come si è visto dianzi, dal riconoscimento

della centralità ed inamovibilità del principio della natura privata delle fondazioni bancarie e, di conseguenza, della loro piena autonomia statutaria e gestionale.

Ebbene, l'attribuzione all'autorità governativa del potere di intervenire sulla autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni bancarie, conformandola e limitandola, attraverso atti di indirizzo (non rileva se a carattere meramente interpretativo e di coordinamento o a carattere vincolante) non trova alcun riscontro nella legge delega 461/98.

Quest'ultima, come già anticipato, si limita ad attribuire all'autorità governativa un potere di vigilanza e di controllo, non incompatibile con i principi di autonomia privata e statutaria (cfr. art. 2, comma 1, lett. i).

Ed, infatti, il già citato art. 2, comma 1, lett. i) della legge delega n. 461/1998 recita *“sono sottoposti ad un'autorità di vigilanza la quale verifica il rispetto della legge e dello statuto, la sana e prudente gestione, la redditività del patrimonio e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti. A tal fine autorizza le operazioni di trasformazione e concentrazione; approva le modifiche statutarie; determina, con riferimento a periodi annuali, sentite le organizzazioni rappresentative delle fondazioni, un limite minimo di reddito in relazione al patrimonio, sentiti gli interessati può sciogliere gli organi di amministrazione e di controllo per gravi e ripetute irregolarità nella gestione e, nei casi di impossibilità di raggiungimento dei fini statutari, può disporre la liquidazione dell'ente.....”*.

Alla lett. g) dello stesso art. 2, comma 1, è attribuita alla competenza esclusiva degli statuti la determinazione dei requisiti di onorabilità e delle incompatibilità degli organi delle fondazioni stesse.

Pertanto, in via generale, la legge delega ha attribuito all'autorità governativa la mera potestà di vigilanza e non anche di indirizzo contendendo il potere dell'autorità governativa entro i limiti consentiti dal carattere “speciale” del regime privatistico delle fondazioni bancarie; in particolare, per quanto riguarda la materia dei requisiti degli organi delle fondazioni e delle

incompatibilità, la legge delega ha rinviato completamente all'autonomia statutaria.

In considerazione di ciò, il Giudice remittente ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 per violazione dell'art. 76 della Costituzione.

Tutto ciò argomentato e dedotto, la Fondazione Cassa di Risparmio 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. 812/03, depositata l'8 febbraio 2003 e pubblicata il 12 marzo 2003, dichiarare la illegittimità costituzionale degli articoli 4, primo comma, lett. g) e 10, comma 3, lett. e) del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 per violazione degli articoli 2, 3, 18, 41 e 76 della Costituzione.

Roma, 27 marzo 2003

Prof. Avv. Pietro Anello

Prof. Avv. Angelo Clarizia

Avv. Silvio Rizzini Bisinelli

30318sl1fcr