

**GUIDO ALPA**

**Realtà economica e forme giuridiche.**

Interrogativi su classificazione e qualificazione delle "fondazioni di origine bancaria"

*Convegno della Fondazione Roma*

*"Libere di crescere, libere di cambiare. Le Fondazioni bancarie alla sfida del futuro"*

*28 gennaio 2008*

**1. Percorsi di lettura del fenomeno**

La storia delle "fondazioni di origine bancaria" è recente, se si fa riferimento agli interventi normativi che hanno trasformato le casse di risparmio, e gli enti ad esse assimilati, in due entità tra loro collegate, denominate l'una, dapprima, ente conferente (dell'azienda bancaria) e di poi fondazione (di origine bancaria) e l'altra ente conferitario (dell'azienda bancaria) e di poi banca s.p.a. o società bancaria. Gli interventi si sono susseguiti dal 1990 ad oggi e sono stati accompagnati, attuati, ritagliati nella loro portata normativa da atti amministrativi, orientamenti della giurisprudenza, così come da una ricca letteratura <sup>1[1]</sup>. E' assai più risalente, talvolta di secoli, se si considerano questi enti come l'epifania moderna degli antichi monti di pietà e degli altri enti costituiti dall'Autorità o sorti per volontà di singoli benefattori o di un gruppo di fondatori, in quest'ultimo caso conservando la natura di enti associativi a struttura assembleare. Si tratta di enti di diritto speciale che, nei voti di molti, dovrebbero via via perdere la loro connotazione particolare ed entrare a pieno titolo nell'orbita degli enti non profit, acquisendo lo status di fondazione di diritto comune, ma secondo altri dovrebbero mantenere la loro specificità per il fatto di essere ancora radicate nel sistema bancario.

Se si guarda alla ratio legis delle regole che hanno trasformato gli antichi enti in due persone giuridiche ci si avvede che le intenzioni del legislatore sono mutate nel corso del tempo: originariamente gli enti conferenti avrebbero dovuto trattenere la partecipazione di controllo della società bancaria conferitaria (v. art. 19 d.lgs. 356/90), ma strada facendo, si è affermato un obbligo di dismissione, sia pure attenuato sia nella sua vincolatività sia nella sua estensione; se avessero dismesso le partecipazioni si sarebbero non estinti ma trasformati ulteriormente, tramudandosi in fondazioni ordinarie.

Questo percorso normativo e giudiziario può essere suscettibile di diverse letture: la lettura liberista - nel senso della liberalizzazione del mercato finanziario - perché la scomparsa delle vecchie casse di risparmio avrebbe liberato risorse e reso più contendibili le società bancarie; la lettura autonomista, che vede nella vita delle fondazioni bancarie una lotta contro le ingerenze dello Stato, contro la compressione della libertà statutaria e della libertà di gestione, e quindi la lotta degli enti non profit contro ogni forma di statalismo e di interventismo; la lettura in chiave sociale, che vede in questi enti, portatori di una ricchezza trasmessa dai privati, l'espressione più alta della solidarietà maturata nell'ambito della società civile, esposti tuttavia al rischio di essere convertiti in holding bancarie permanenti con finalità economiche affiancate da finalità pubbliche.

Ciò che si deve porre in luce tuttavia non è solo la complessità del fenomeno e la sua peculiarità esclusivamente italiana, ma soprattutto una dimensione che molte volte sfugge all'osservatore esterno, al giurista che guarda al fenomeno come un entomologo guarda ai suoi insetti, conoscendone l'aspetto esteriore ma non vivendone la realtà interiore. Nel corso degli anni, nella loro vita reale, nel modo di porsi e di operare, le fondazioni di origine bancaria si sono modificate, facendo ricorso - legittimamente, certo - alla loro autonomia e assumendo iniziative

---

<sup>1[1]</sup> Per i primi riferimenti v. Emanuele (E.), *Evoluzione e vicende delle fondazioni di origine bancaria*, 2° ed., Napoli, 2006; AA.VV., *Le fondazioni bancarie*, a cura di G.Ponzanelli, Torino, 2005; AA.VV. *Le "fondazioni" bancarie dalla legge n. 218/90 al D.Lgs. n. 153/99*, a cura di S.Amorosino e F.Capriglione, Padova, 1999. A.Fusaro, *Fondazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civile, VIII, 1992, 362;

nel mondo finanziario che non si possono confinare nella mera fattualità, irrilevante per il mondo del diritto.

## 2. Le “fondazioni di origine bancaria”

Il percorso normativo , anche se assai complesso, può essere riassunto in poche battute.

La vicenda delle c.d. fondazioni bancarie prende le mosse dalla c.d. «legge Amato» (L. 30 luglio 1990, n. 218) che ha avviato la disciplina di riforma delle casse di risparmio e dal decreto legislativo di attuazione (d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356) in cui si sono configurati due enti: gli enti conferenti e gli enti conferitari dell'azienda bancaria; gli enti conferenti sono definiti dal d.lgs. cit. «persone giuridiche private senza fini di lucro dotate di piena autonomia statutaria e gestionale» riconoscendo, quindi, ad essi soggettività giuridica. Negli anni successivi, con il d.l. 1994, n. 332 e, in particolare, con la «direttiva Dini» del 18 novembre 1994 si è auspicata la promozione e l'accelerazione del processo di dismissione della proprietà delle banche da parte degli enti conferenti, ribadendosi, tra l'altro, il vincolo di destinazione dei proventi a fini di «interesse pubblico e di utilità sociale» . Di poi, la l. n. 461/1998 (c.d. «legge Ciampi») ed il d.lgs. n. 153/1999, nel disegnare un insieme di incentivi e di disincentivi per indurre la graduale uscita degli enti conferenti dagli assetti proprietari delle banche, hanno delineato l'attività degli enti conferenti, considerati come enti di diritto privato, operanti nel settore *non profit*. La scelta legislativa è stata quella di rendere finalmente esclusivi gli «scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico» e, al fine di dare specificità a questi fini, è stato attribuito agli statuti di tali enti il compito di individuare i settori ai quali essi indirizzano la propria attività comprendendo, fra questi, almeno uno dei c.d. «settori rilevanti» e cioè quelli della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali e dei beni ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali più deboli. A seguito di tali normative si è aperta una fase di rapida concentrazione del sistema bancario italiano e di ridefinizione dei suoi assetti proprietari. Tale fase non si è incentrata tanto sulle acquisizioni di banche regionali e locali da parte di grandi gruppi bancari nazionali ma ha soprattutto riguardato le aggregazioni tra i nostri maggiori gruppi bancari. Successivamente, in data 5.8.1999, il Ministero del Tesoro ha emanato un provvedimento intitolato «Atto di indirizzo a carattere generale in materia di adeguamento degli statuti delle fondazioni alla disposizione della l. 23.12.1998 n. 461 e del d. lgs. 17 maggio 1999, n. 153»; tale atto è stato impugnato innanzi al TAR del Lazio che ha escluso la natura regolamentare dell'atto di indirizzo (sentenza del 12.4. 2000, n. 4537) affermando invece la sua riconducibilità al novero degli «atti di indirizzo interpretativo ed applicativo» di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. 29/1993, restando così il procedimento di adeguamento degli statuti di tali enti parametrato unicamente alla normazione primaria. D'altra parte, già il d.lgs. 17.5.1999 n. 153, *cit.* la l. 28.12.2001 n. 448, sub art. 11 (c.d. «emendamento Tremonti») avevano affermato il ruolo di controllo del Governo e degli enti locali sugli enti in esame, definendoli come «fondazioni» e circoscrivendo, di fatto, l'ambito della loro autonomia privata. E la l. n. 112 del 2002, di conversione del d.l. n. 63 del 2002 (c.d. «decreto salva deficit») aveva ribadito la natura privatistica, ancorché di diritto speciale, delle fondazioni bancarie. L'art. 11 della l. cit. è stato attuato con regolamento (d.m. del 2.8. 2002, n. 217) riguardante le partecipazioni bancarie di controllo e le disposizioni transitorie. Il TAR Lazio, con ordinanza del 5.12.2002, ha sospeso gli effetti del regolamento. Con successiva pronuncia del medesimo TAR Lazio dell'8.2.2003, n. 813, in *Foro amm.* TAR 2003, 608 concernente la Nota del 23.10.2002 n. 14572, con cui il Ministero dell'economia e delle finanze aveva fornito agli enti in esame indicazioni ai fini della redazione del documento previsionale per l'esercizio 2003, si è precisato che le Note ministeriali, avuto riguardo ai loro contenuti ed agli effetti destinate a produrre, costituiscono un atto di indirizzo rivolto dall'autorità di vigilanza (temporaneamente rappresentata dal detto ministero) agli enti in esame e si inquadrano, perciò, nello schema di cui all'art. 10 c. 3 d.lg. 17 maggio 1999 n. 153. Nel luglio 2003, nell'ambito della conversione del d.l. n. 143 del 2003 viene introdotta, con l'emendamento

Volontè, la distinzione tra fondazioni con patrimonio non superiore a duecento milioni di euro e le altre fondazioni, incidendo tale distinzione sugli obblighi di dismissione del controllo degli enti conferitari. Il d.l. 24.6.2003 e la l. di conversione n. 212 del 2003 sono ulteriormente intervenuti sugli obblighi di dismissione. Il d.l. 30.9.2003 n. 269, coordinato con la l. di conversione n. 326 del 2003, è intervenuto sui settori rilevanti. La disciplina in esame è stata sindacata dalla Corte costituzionale, con due pronunce di cui si dirà *infra*, con le quali sono stati risolti alcuni dubbi di legittimità costituzionale della normativa, proprio muovendo dalla considerazione della natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria, ora denominate «fondazioni bancarie». Infine, la l. finanziaria per il 2004 (n. 350 del 2003) ha introdotto nuove norme sulle incompatibilità dei componenti degli organi delle fondazioni bancarie e il d.m. 18.4.2004, n. 150 ha riformulato la disciplina attuativa dell'art. 11 della l. n. 448 del 2001. Dal momento in cui gli enti conferenti hanno ricevuto la denominazione di *fondazioni* (ancorché di origine bancaria, e a diritto speciale) si è aperto il problema se tale denominazione volesse anche alludere alla inclusione di tali enti nella categoria delle fondazioni, e quindi siano assoggettati alla disciplina generale dettata per le fondazioni nel Libro I del Codice civile. Dapprima gli orientamenti dottrinali sono stati tutt'altro che univoci, propendendo un indirizzo per l'esclusione delle fondazioni bancarie dal novero delle fondazioni *tout court*, e altro indirizzo per la loro inclusione, derivandone quindi l'applicazione, in forma residuale, delle regole di tenore generale rispetto alle regole di tenore speciale. Nel prosieguo si dirà come anche la c.d. legge sul risparmio è intervenuta nella materia.

Solo con la l. n. 461 del 1998 (c.d. legge) e il d. lgs. n. 153 del 1999 gli enti conferenti hanno assunto la denominazione di *fondazioni* a cui il legislatore ha attribuito la natura di persone giuridiche private senza fine di lucro (art. 2 c. 1). Per l'attribuzione della personalità la terminologia usata è vincolante, e pertanto il settore giuridico entro il quale si collocano questi enti non può che essere il *diritto comune*: lo sottolinea anche il titolo I che allude al «regime *civilistico* delle fondazioni», risolvendosi così la diatriba sulla natura pubblicistica o privatistica di questi enti dotati di una doppia personalità (v. l'art. 11 c. 2 del d.lgs. n. 356 del 1990) nei confronti della quale si era scagliata la dottrina, bollando la soluzione legislativa come una finzione. Sulla base di queste premesse, si è sviluppata la vicenda normativa e il dibattito dottrinale maturati negli ultimi anni, perché da questi due percorsi, che spesso si intrecciano, si possono desumere elementi per chiarire se si sia in presenza di enti appartenenti al genus fondazione oppure ad enti che, denominati «fondazioni» presentino una disciplina così peculiare da essere per la quasi totalità incompatibile con la disciplina generale contenuta nel Codice civile (o ricostruita da dottrina e giurisprudenza sulla base del Codice civile). Per un verso, come si è anticipato, si è attratta nell'area semantica, normativa e operativa delle fondazioni la categoria degli enti conferenti: il legislatore aveva evitato la specifica terminologia e sono stati gli interpreti ad usare il termine tecnicamente più esatto per definire un fenomeno in cui l'esistenza di un fondo di dotazione e la mancanza di struttura associativa riconducono (e l'esito del discorso è pienamente giustificato) allo schema della fondazione [discorso che vale anche per le fondazioni a struttura «associativa», con le peculiarità che comporta tale forma giuridica]. E per l'appunto nella *fondazione-impresa* (meglio, nella fondazione titolare di una o più imprese strumentali) si è ravvisata la forma giuridica più consona o adeguata a quella degli enti conferenti. Per altro verso, proprio perché tali enti conservavano originariamente, accanto alla personalità di diritto privato, la personalità di diritto pubblico, ed erano dai più considerati enti pubblici, si sono prese le distanze dalla qualificazione in termini di fondazione; fondazione peraltro titolare della totalità delle azioni di una s.p.a., e quindi, non meritevole – per altri autorevoli studiosi – di questo appellativo, ma piuttosto di quello di «pseudofondazione». La storia della legislazione in materia documentava, secondo la dottrina di diritto pubblico e di diritto bancario, la natura pubblicistica degli enti in esame. Ma ad essa si faceva osservare che l'ente pubblico è tale in quanto ha potestà d'imperio, capacità che faceva certamente difetto a quegli enti. La reticenza del legislatore ad utilizzare l'espressione «fondazione» era giustificata con il fatto che non tutti gli enti di quell'universo variegato che racchiudeva antichi monti di pietà, casse agricole, associazioni di beneficenza, e così via aveva

tratto origine dalla entificazione di un patrimonio, ma molti avevano una origine nell'aggregazione di persone fisiche tra loro associate. Lo scrupolo terminologico che aveva fatto rifugiare il legislatore in una dizione neutra come quella di enti conferenti è stato fugato dalla osservazione che l'iscrizione al tipo ideale della fondazione non è condizionata dall'aggregazione di persone, quanto piuttosto da un altro carattere, che si intravedeva negli enti originari, cioè nello *scopo sociale* inderogabile e indisponibile rispetto al potere decisionale delle persone che comparivano come associate. In altri termini, secondo le categorie generali, l'autonomia privata che si affidi alle forme giuridiche della fondazione soffre di limitazioni « che non hanno, per contro, ragion d'essere in rapporto alle organizzazioni di tipo associativo, caratterizzate dagli opposti principi della modificabilità, per deliberazione degli associati, dello scopo originario e della risolubilità, ad arbitrio degli stessi associati, del vincolo associativo» e l'ammissibilità nell'ordinamento della fondazione è dovuta. Si è poi aggiunto che i soci (o associati) non erano i destinatari dei risultati dell'attività dell'ente, come normalmente accade per le associazioni. Stante quindi la binarietà delle categorie (istituzioni/corporazioni, fondazioni/associazioni) se gli enti non ricadevano nella categoria delle corporazioni-associazioni, dovevano necessariamente rifluire in quella delle istituzioni-fondazioni. Senonché, la reticenza del legislatore non ha impedito che autorevoli fonti avessero anticipato la qualificazione di fondazione (v. l'obiter dictum contenuto nella sentenza della Corte cost. 16.12.1993, n. 440). Termine poi effettivamente entrato nel linguaggio normativo «di soppiatto», nel contesto delle misure di razionalizzazione della finanza pubblica (art. 3 c. 189 lett. a) della l. 23.12.1996, n. 662).

Ora, il testo dei provvedimenti del 1998 e del 1999 hanno proceduto in un modo per così dire compromissorio: hanno fatto impiego dell'espressione ma hanno mantenuto del modello tradizionale o, come si dice, del tipo ideale ben poche caratteristiche, in quanto al *nomen iuris* non corrispondono tutti i contenuti sostanziali che esso evoca. Ciò perché: gli scopi istituzionali previsti negli statuti non sono espressione della libera autonomia privata, ma debbono essere ricondotti ai settori espressamente tipizzati, anche se in modo generico, dalle disposizioni di apertura del d.lgs. cit. (art. 1, lett. d) e art. 2 c. 2); l'assetto organizzativo è imposto per legge ed è integrato da un organo di indirizzo e da un organo di controllo (art. 4); la composizione del patrimonio e la destinazione del reddito, oltre che i criteri di amministrazione e gestione, sono definiti *ex lege* (artt. 5-9); per non parlare poi della vigilanza (art. 11) e delle altre disposizioni che riguardano materie più specifiche (artt. 12-29). Tutte previsioni che risultano estranee alla disciplina di diritto comune delle fondazioni e che confliggono con una autonomia statutaria e gestionale di cui le fondazioni ordinarie sono dotate. Il fatto che il d.lgs. cit. riconosca agli enti conferenti una autonomia statutaria e gestionale «piena» (art. 2 c. 1) non deve trarre in inganno: queste limitazioni danno luogo ad una *conformazione* che attribuisce agli enti una fisionomia loro propria che li allontana di molto dalla figura tradizionale di fondazione. Pertanto, ancora nel 1999 la dottrina era incerta sulla configurazione giuridica di tali enti. Tanto è vero che, secondo taluno, «la legge ha creato un fatto, le fondazioni bancarie, ma ha sostanzialmente mancato di fissarne un modello», enunciazione rafforzata dall'esame della nuova normativa che, «anziché realizzare, ha tradito la nozione tradizionale di fondazione». La compatibilità degli scopi legislativi (prima ancora che delle disposizioni ora introdotte) con il modello ideale di fondazione appare essere, allora, un falso problema: si tratta certo di enti di natura privata, ma a statuto normativo rigido. Una prima giustificazione potrebbe esser tratta dalla storia complessiva di questi enti. Nel nostro caso, gli enti conferenti derivano da altri enti (e ne costituiscono la trasformazione) che assolvevano un ruolo rilevante nel settore bancario. Nella disciplina transitoria questi enti possono ancor orbitare nell'ambito bancario, ma *de futuro* ne saranno completamente estromessi. In ogni caso, non possono più esercitare direttamente l'attività bancaria né alcuna attività di finanziamento a imprese, tranne le eccezioni fissate dall'art. 3 c. 2 del decreto. Possono però mantenere rilevanti partecipazioni in imprese bancarie (sempre però minoritarie). Il legislatore dunque ha voluto disciplinare questa presenza controllando sia gli scopi, sia gli statuti, sia gli organi, sia l'amministrazione e la gestione di questi enti, attesa la loro rilevanza economico-sociale. Il

legislatore ha voluto inoltre introdurre le limitazioni all'autonomia privata che si sono enumerate per rafforzare l'osservanza degli scopi statutari. In questo senso, le regole sulla organizzazione interna, in particolare con la introduzione dell'organo di indirizzo, le regole sulla amministrazione e gestione, le regole sulle dismissioni e sui reinvestimenti, le regole sulla contabilità e sulla vigilanza sono funzionali al controllo sul perseguimento degli scopi istituzionali. L'applicazione delle regole di diritto comune non avrebbero assicurato di per sé la realizzazione puntuale degli scopi istituzionali, né la destinazione del patrimonio agli scopi istituzionali. Sul piano della legittimità costituzionale queste regole «dirigistiche» non trovano fondamento nell'art. 41 c. 2 Cost., perché le fondazioni bancarie non fanno parte del sistema bancario, perché non svolgono esclusivamente attività economica privata, perché possono essere titolari di imprese strumentali e partecipare a cooperative sociali ma solo nei limiti fissati, perché la loro attività è orientata a fini di utilità sociale. Possono però trovare fondamento nell'art. 42 c. 2 Cost., in quanto la titolarità di ingenti patrimoni aventi l'origine storica e bancaria di cui si è detto giustificano l'intervento del legislatore sulla base della clausola della funzione sociale della proprietà privata. La funzione sociale della proprietà – cioè della titolarità del patrimonio (inteso in senso dinamico) – avrebbe una duplice giustificazione: la destinazione originaria dei bei (o cespiti) e la destinazione a fini sociali conseguenti alla antica origine pubblicistica degli enti. Si tratta anche per questo di una disciplina speciale, che contraddistingue questi enti speciali. E la specificità – se si vuole – l'eccezionalità che contrassegna l'odierna disciplina è ulteriormente confermata dal fatto che per il futuro non si potranno costituire nuove fondazioni bancarie.

### 3. La giurisprudenza recente

Negli ultimi anni si deve poi dar conto di alcuni importanti arresti che hanno nuovamente modellato la disciplina delle fondazioni bancarie.

#### (a) L'intervento della Corte costituzionale

Sono intervenute poi la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la Corte di Cassazione.

La conformazione degli enti con imposizioni eccessivamente costrittive della autonomia privata incidono sui diritti soggettivi riconosciuti agli enti privati.

Poiché il legislatore ha mantenuto ferma la disposizione secondo la quale le fondazioni bancarie sono «persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale» (art. 2 c. 1 d.lgs. 17.5.1999, n. 153; e che questo assunto non è stato modificato dai successive interventi modificativi ed è stato confermato dalle sentenze della Corte cost. del 29.9.2003, nn. 300 e 301, è ormai orientamento consolidato della dottrina ritenere che, nella parte residuale, siano applicabili le disposizioni del Codice civile. Questa conclusione è avvalorata da due sentenze della Corte costituzionale.

Ed infatti con la sentenza n. 300 del 2003 la Corte ha indicato come settore dell'ordinamento a cui pertengono le fondazioni bancarie quello definito in termini di *ordinamento civile*, settore riservato alla disciplina statale e sottratto alla disciplina regionale (ex art. 117 Cost.); inoltre ha stabilito che le fondazioni di origine bancaria non appartengono più all'ordinamento creditizio (modificando quindi le proprie precedenti statuizioni, fondate sulla disciplina abrogata, di cui alle sentenze nn. 341 e 342 del 2001); ed ha chiarito come debba essere inteso l'art. 2 del d.lgs. n. 153 del 1999, nel senso che questi enti sono «fondazioni-persone giuridiche private (...) indipendentemente dall'eventuale perdurare di loro coinvolgimenti in partecipazioni bancarie che la legge ancora consenta per ragioni particolari, accanto all'esercizio prioritario delle proprie funzioni finalizzate al perseguimento degli scopi di utilità sociale e di sviluppo economico, secondo le previsioni dei loro statuti».

Ancora. Con la sentenza n. 301 del 2003 la Corte cost. ribadito quanto sopra ed in più ha precisato che le fondazioni di origine bancaria hanno libertà statutaria.

Tenendo conto di ciò, grande rilievo acquista l'autonomia privata che si esprime mediante l'autonomia statutaria. Salve le disposizioni del d.lgs. n. 153 del 1999, che distingue le fondazioni bancarie a base associativa dalle altre, ordinarie, e stabilisce natura e competenze degli organi, spetta agli statuti definire nel dettaglio le competenze specifiche dell'organo di indirizzo e dell'organo di amministrazione. Il problema consiste appunto in ciò: poiché le fondazioni sono enti privati non modellati sulla disciplina societaria, ma sulla disciplina degli enti di cui al Libro I del Codice civile – salve le regole speciali – e non si può quindi identificare l'organo di indirizzo con l'assemblea e l'organo amministrativo con il c.d.a. di una società, occorre dare un senso alla bipartizione degli organi. L'organo di indirizzo non può sovrapporsi all'organo amministrativo; l'organo amministrativo svolge la sua attività di esecuzione degli indirizzi posti dall'organo di indirizzo, ma opera autonomamente quanto alla gestione. L'autonomia della gestione, che deve essere effettuata secondo principi di economicità, risponde anche alla logica della responsabilità: se l'organo di indirizzo si ingerisse nella gestione, o i suoi indirizzi fossero così specifici da ordinare all'organo amministrativo i singoli atti da compiere, non sarebbe poi in grado di verificare i risultati della gestione, sindacare l'operato dell'organo di indirizzo, promuovere l'azione di responsabilità nei confronti di esso o di taluni suoi membri, nominare e revocare i componenti dell'organo di amministrazione. Ecco perché, pur con termini generici, la normativa parla di programmi, di obiettivi, di definizione delle linee *generali* della gestione e della politica degli investimenti.

Il d.lgs. del 1999 contiene i poteri dell'Autorità di Vigilanza che invece le sono attribuiti dall'art. 25 cod. civ. l'art. 10 c. 1 lett. j) dispone che – fino al momento in cui non entrerà in vigore la nuova disciplina dell'autorità di controllo di cui al tit. II del Libro I del cod. civ., la vigilanza è attribuita al Ministero del Tesoro. E i poteri del Ministero risultano ridotti rispetto a quelli fissati dall'art. 25 cod. civ. Essendo prevista una specifica normazione al riguardo, è difficile poter sostenere che, al di là dei casi previsti dal d.lgs. cit., il Ministero (quale Autorità di vigilanza) possa attribuirsi ed esercitare i poteri attribuiti all'autorità di vigilanza dall'art. 25 cod. civ. La legge speciale – cioè l'art. 10 c. 1 lett. j) prevede solo poteri sostitutivi (anche su segnalazione dell'organo di controllo, inteso nella sua totalità deliberativa, anche se a sola maggioranza) per il compimento degli atti previsti dall'art. 4 c. 1 lett. j).

#### **(b) L'intervento della Corte di Giustizia delle Comunità europee**

La Corte di Cassazione, con ordinanza del 23 marzo 2004, aveva proposto alla Corte di Giustizia delle Comunità europee domanda di pronuncia pregiudiziale nel corso del procedimento intentato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze contro la Cassa di Risparmio di Firenze s.p.a., la Fondazione della Cassa di Risparmio di S.Miniato e la stessa Cassa di Risparmio di S.Miniato s.p.a.. La questione riguardava un'annosa diatriba delle misure fiscali cui erano assoggettate le fondazioni bancarie, in particolare gli utili distribuiti dalle Casse a favore delle Fondazioni loro partecipanti. L'art. 10 della l. n. 1745 del 1962 esonera dalla ritenuta i dividendi spettanti a persone giuridiche pubbliche o a fondazioni, esenti dall'imposta sulle società, che abbiano esclusivamente scopi di beneficenza, educazione, istruzione, studio e ricerca scientifica; analogamente l'art.6 del d.p.r. n. 601 del 1973 prevede la riduzione della metà dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche ad enti di varia tipologia, include le fondazioni, che non hanno fine di lucro e svolgano attività benefiche e socialmente utili. Nella motivazione dell'ordinanza, la Corte prende atto della vicenda delle fondazioni bancarie, delle loro risorse, degli investimenti e della destinazione dei loro utili, e richiama l'argomentazione delle ricorrenti che evidenziava le finalità non lucrative degli enti in esame e le contrarie argomentazioni dell'Amministrazione finanziaria, che qualificava la gestione delle partecipazioni in società bancarie come attività commerciale, prendendo altro altresì della necessaria qualificazione in termini di "aiuto di Stato" di ogni esenzione, qualora essa fosse illegittima. In particolare, la Corte si sofferma sulle ragioni del giudice della causa principale il quale aveva evidenziato che la proprietà della maggioranza delle quote di imprese bancarie, la loro conservazione per un periodo di tempo consistente, l'esercizio dei poteri di controllo sulla banca partecipata, l'utilizzo dei proventi per l'acquisizione di altre partecipazioni in imprese costituissero un'attività economica con finalità di lucro, anche se i profitti non vengano distribuiti.

La Corte, nel dichiarare irricevibili le questioni sollevate, e nel richiamare la decisione della Commissione che aveva esclusa la qualificazione delle fondazioni bancarie come imprese<sup>2[2]</sup>, è tornata sulla nozione di "impresa" ai sensi del diritto comunitario. E' impresa "qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento"<sup>3[3]</sup> e attività economica "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato"<sup>4[4]</sup>. La semplice titolarità di partecipazioni e il relativo esercizio di diritti non dà luogo quindi all'esercizio di una attività economica, ma se si esercita il controllo partecipando direttamente o indirettamente alla gestione, la risposta è positiva.

Tenendo conto della legislazione in allora vigente - che è stata ora modificata (in peius, da questo punto di vista, perché si è rimosso il limite del 30% di espressione del voto) - la corte ha ritenuto che le fondazioni bancarie, oltre a svolgere una funzione di controllo, svolgono anche una funzione di impulso e di sostegno delle banche partecipate. di qui il rinvio al giudice nazionale per il controllo della effettiva situazione e della effettiva attività esercitata dalle fondazioni. In astratto poi l'esenzione può essere qualificata come aiuto di Stato.

### **(c) L'intervento della Corte di Cassazione**

Tra le pronunce più recenti che riguardano natura giuridica e regime delle fondazioni di origine bancaria la sentenza resa dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione il 26 dicembre 2006 n. 27619, ancorché attinente a questioni tributarie è particolarmente utile per fare il punto della situazione odierna.

Il caso nasce dal rifiuto opposto dalla Direzione regionale delle Entrate per il Piemonte alla domanda di esonero dal versamento della ritenuta d'acconto sui dividendi di partecipazioni azionarie presentato dalla Compagnia San Paolo; proposto ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Torino, il ricorso era stato accolto, con sentenza del 25 febbraio 1998; l'Ufficio interponeva appello, sostenendo che la disciplina invocata (l'art.6 del d.p.r. n. 601 del 1973) elencava enti non assimilabili alle fondazioni bancarie; la Commissione Tributaria Regionale del Piemonte accoglieva l'appello con sentenza del 15 giugno 1999. Contro la sentenza proponeva ricorso la Compagnia San Paolo e l'Amministrazione Finanziaria resisteva con controricorso. Attesi i contrasti sussistenti nella giurisprudenza della Sezione Tributaria, la causa veniva rimessa alle Sezioni Unite, che tuttavia rinviavano la trattazione del ricorso, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia sugli aiuti di Stato, di cui si è fatto cenno.

Nella motivazione le Sezioni unite della Corte di Cassazione sottolineano come le partecipazioni bancarie di questo tipo di fondazioni costituiscano un unicum nel panorama delle legislazioni bancarie in Europa, un evento non accidentale ed anzi coesistente alla loro esistenza, come la recente storia legislativa di questo tipo di enti documenta. Il vincolo genetico e funzionale tra ente conferente ed ente conferitario nel tempo (anche se si è attenuato) non si è dissolto<sup>5[5]</sup>. Pur essendo rivolta al passato, perché la questione da dirimere concerneva un periodo risalente ad anni prima, la Corte ha modo di precisare, anch'essa riformulando la definizione di attività economica, che è tale anche quella che genera profitti impiegati poi a fini benefici; di qui una dettagliata analisi della giurisprudenza comunitaria formulata in materia di disciplina della concorrenza, concernente norme direttamente applicabili alla fattispecie da parte del giudice nazionale. Di qui la rimessione al giudice di rinvio per la verifica della situazione in fatto (direzione e controllo, investimenti, reinvestimenti, etc.) degli enti sotto scrutinio. Ma il principio di diritto affermato - che riguarda la disciplina previgente, ma non mi sembra sia da modificare

---

<sup>2[2]</sup> Decisione 2003/146, punto 43

<sup>3[3]</sup> V. le sentenze 23 aprile 1991, causa C-41/90, Hoener e Elser, Racc. p. I-1979, punto 21; 16 marzo 2004, cause riunite C-246/01, C-306/01, C-355/01, AOK Bundesverband e altri, Racc. p. I-2493, punto 46

<sup>4[4]</sup> V. le sentenze 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, Racc.p. I-3851 e 12 settembre 2000, cause riunite C-180 e C-184/98, Pavlov e altri, Racc., p. I-6451, punto 75

<sup>5[5]</sup> Sul punto v. anche Corte cost., 16 maggio 1995, n. 163, richiamata dalla Corte di Cassazione.

anche considerando la disciplina attuale - è che in tanto le fondazioni bancarie sono qualificabili come imprese in quanto la gestione di partecipazioni di controllo sull'impresa bancaria (o su impresa di cui è titolare un'impresa facente parte di una holding), ovvero di acquisizione e gestione di partecipazioni di altre imprese è idonea a far ritenere tali soggetti come imprese. La prova contraria dovrebbe portare alla conclusione che il controllo diretto, il controllo indiretto ottenuto mediante accordi parasociali, il complesso delle attività economiche espletate siano non prevalenti e siano strumentali rispetto alla provvista di risorse destinate a fini sociali.

Nel medesimo solco, ed anzi introducendo ulteriori argomentazioni si colloca la sentenza della Corte di Cassazione (sez.tributaria) , resa il 4 maggio 2007,n. 10253 , in una causa intentata dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia contro il Ministero delle Finanze, per non aver ottenuto agevolazioni fiscali, comprensive anche dell'imposizione dell' IRPEG. La pronuncia precisa che il giudice nazionale può, seguendo l'ordinamento interno, assegnare alla nozione di impresa una estensione semantica più ampia di quella minima riconosciuta in ambito comunitario, "non essendo contraria al diritto comunitario l'applicazione delle regole sulla concorrenza ad una platea di soggetti più ampia di quella minima stabilita dal diritto comunitario. La Corte aggiunge , andando ben al di là delle argomentazioni svolte e dei criteri fissati dalla Corte di Giustizia per la qualificazione di un ente come impresa, che anche se le fondazioni bancarie dismettessero completamente le loro partecipazioni, ma poi reinvestissero il ricavato in partecipazioni di imprese anche non bancarie, sarebbe difficile sostenere che tale attività sia da qualificarsi come meramente strumentale rispetto all'esercizio di attività non profit. Di qui il rigetto della domanda di rimborso sostenuta dalla Fondazione.

#### **4. L' Undicesimo Rapporto sulle fondazioni di origine bancaria**

Dall' Undicesimo Rapporto sulle "fondazioni di origine bancaria"<sup>6[6]</sup> emergono dati molto importanti per qualificare - in fatto - questi enti. Ovviamente, gli elementi di fatto dovranno essere esaminati alla luce dei principi generali per giungere alla loro definizione in termini giuridici .

Innanzitutto una nota di carattere generale: il Rapporto considera gli enti raccolti nella categoria delle fondazioni di origine bancaria come una somma di enti omogenei dal punto di vista dei dati , i quali sono scomposti e ricomposti solo a fini statistici, senza rilevanza alcuna della loro incidenza sulla qualificazione giuridica degli enti e della loro attività. Anche dal punto di vista terminologico più volte ricorre nel testo l' espressione "Sistema delle Fondazioni".

Si tratta di un'opzione discutibile, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, perché lo stesso Rapporto distingue le fondazioni di origine bancaria in tre gruppi: (i) le fondazioni con partecipazione nella conferitaria della maggioranza azionaria (superiore cioè al 50% del capitale), che sono in numero di 15; (ii) fondazioni con partecipazione inferiore al 50% ,che sono in numero di 56; (iii) fondazioni che non detengono partecipazione nella conferitaria, che sono in numero di 17<sup>7[7]</sup>.

Inoltre, la classificazione non tiene conto delle fondazioni a base associativa, che costituiscono un sotto-gruppo delle fondazioni di origine bancaria, ma anche una categoria a sé - per gli scopi, per le forme di controllo, per l'attività esercitata - ma soprattutto per l'origine del fondo di dotazione di cui sono provviste.

##### *(a) La titolarità delle partecipazioni*

La titolarità giuridica delle partecipazioni è significativa , perché indica che 15 fondazioni,avendo la maggioranza del capitale, controllano non solo di fatto,ma anche giuridicamente, la banca conferitaria; se si supera l'equivoco terminologico dato dall'espressione

---

<sup>6[6]</sup> Supplemento al n.1/2007 de *Il Risparmio*, gennaio-marzo 2007

<sup>7[7]</sup> Op.cit.,p. 35

“fondazione”, e si guarda al fenomeno con le categorie e la terminologia del diritto societario, è possibile assimilare questi enti o alla società capogruppo, o ad una holding, o alla società controllante di altra società; ed appare difficile non considerare la controllante e la controllata come un’unica impresa.

La titolarità giuridica delle partecipazioni non esaurisce tuttavia la questione della connessione tra l’ente controllante e la s.p.a. bancaria controllata, perché accanto alla titolarità delle azioni ordinarie occorre considerare la titolarità delle azioni di risparmio nonché i patti parasociali – di blocco, di voto, di consultazione – e gli accordi inerenti alla circolazione delle azioni. Tutte circostanze di cui il Rapporto cit. non fa cenno, ma che sono in ogni caso rilevanti sia dal punto di vista giuridico sia dal punto di vista economico. Nel primo caso, perché indicano come la c.d. “fondazione” svolga in realtà, accanto ad attività non profit, una rilevante (e forse preminente) attività economica, dall’altro perché la operatività di questi enti nel “sistema bancario” non è una trascurabile presenza, ma costituisce un fattore determinante per la caratterizzazione del modello italiano.

#### (b) *La dismissione delle partecipazioni*

L’art.3 della l. 2005 n. 262 ha rimosso il vincolo che impediva alle Fondazioni di origine bancaria di esprimere il voto nelle assemblee delle banche conferitarie per le partecipazioni eccedenti il 30%. L’avvenimento, salutato come una sorta di “liberazione” da un vincolo odioso che limitava illegittimamente la libertà degli enti non profit ha così consentito alle Fondazioni di mantenere salda la loro posizione nel mercato finanziario e la loro governance delle banche derivate dalle antiche Casse di Risparmio.

Il Rapporto<sup>8[8]</sup> precisa che 17 Fondazioni hanno totalmente dismesso le partecipazioni nella banca conferitaria, segnala alcune dismissioni significative di altre Fondazioni, ma non tiene conto delle Fondazioni che, pur mantenendo una quota partecipativa, non possono esercitare il controllo sulla banca conferitaria perché la percentuale non è così significativa, né hanno stretto patti o hanno messo in atto operazioni societarie o finanziarie tali da assicurare loro una qualsiasi forma di orientamento, direzione, controllo della banca conferitaria.

La linea di demarcazione tra dismissione totale e dismissione significativa – che porta al distacco da ogni incidenza sulla attività della banca conferitaria – appare, sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista giuridico, molto più appropriata della semplice distinzione tra Fondazioni partecipanti e Fondazioni non partecipanti al capitale della banca conferitaria.

Di qui una prima notazione, che sarà sviluppata nel prosieguo: le 17 Fondazioni che hanno completamente dismesso le partecipazioni nella banca conferitaria possono essere classificate o considerate come “fondazioni di origine bancaria” appunto grazie alle loro origini e alla loro storia istituzionale, tuttavia non solo nella loro posizione di fatto ma anche nella loro qualificazione giuridica non sono più collegate con il sistema bancario, e quindi possono essere assimilate, come tali, alle fondazioni ordinarie. Allo stesso modo, la titolarità di una partecipazione di minoranza, ma non di minoranza significativa, o di un “pacchetto di riferimento”, ma una partecipazione non idonea ad esercitare poteri direttivi sulla banca conferitaria assimila questa partecipazione a quella di un qualsiasi investimento finanziario, e quindi le avvicina, se non le assimila *tout court*, alle fondazioni ordinarie.

Si potrà osservare che una qualificazione giuridica non può dipendere dalla percentuale più o meno alta di partecipazione nel capitale della banca conferitaria, e che le Fondazioni possono dismettere, ma poi ricomperare, le azioni o altri strumenti finanziari della banca conferitaria, secondo i flussi del mercato, le decisioni degli organi che le governano, o i rapporti ancora sussistenti tra ente conferente ed ente conferitario. Ma se la dismissione totale o parziale (ma significativa) implica l’uscita delle Fondazioni dal sistema bancario non c’è ragione di

---

<sup>8[8]</sup> Op.cit.,p. 33

mantenere quella qualificazione e quindi il loro assoggettamento alla disciplina speciale delle fondazioni di origine bancaria.

(b) *Entità e redditività del patrimonio*

Il Rapporto cit. precisa poi che il valore corrente delle Fondazioni a fine 2005 era stimato in circa 67 miliardi di euro, con una plusvalenza potenziale di oltre 21 miliardi di euro<sup>9[9]</sup>. Quanto ai profili di concentrazione dimensionale, 18 Fondazioni hanno una dimensione “grande” detenendo oltre i  $\frac{3}{4}$  del patrimonio complessivo del “sistema”, mentre le Fondazioni piccole ne detengono soltanto l’ 1%. L’attivo è costituito per oltre il 98% da attività finanziarie; gli investimenti finanziari incidono sul totale dell’attivo per il 51,7%, mentre le immobilizzazioni finanziarie hanno una consistenza del 41%. Si tratta di due dati emblematici, perché ci dicono come questi enti siano radicati nel sistema bancario, come la loro attività sia costantemente e prevalentemente destinata ad operazioni finanziarie, come questa attività sia difficilmente assimilabile alla semplice “amministrazione” di un patrimonio mobiliare, assomigliando piuttosto ad una “gestione” in proprio.

Trattandosi di un patrimonio eminentemente finanziario è evidente che - come precisa il Rapporto <sup>10[10]</sup> - “ gli incrementi più consistenti sono quelli degli interessi e dividendi derivanti da strumenti finanziari”, anche se i proventi distribuiti dalle banche conferitarie ammontano al 38,7% dei proventi complessivi, mentre i dividendi da partecipazioni diverse da quelle nelle banche conferitarie e la gestione finanziaria incidono per il 40% del totale. La redditività delle partecipazioni bancarie, nella media, ammonta all’ 8,5 %; le gestioni patrimoniali incidono per il 17% del totale dell’attivo.

## **5. Iniziative imprenditoriali di talune fondazioni di origine bancaria**

(a) *Il ruolo delle Fondazioni nella nascita dei grandi gruppi creditizi*

Lo stesso Rapporto descrive il ruolo svolto dalle Fondazioni di origine bancaria nella creazione di grandi gruppi creditizi<sup>11[11]</sup>: S.Paolo-IMI, Banca Intesa, Unicredit italiano (ora Unicredit), Monte dei Paschi, Capitalia, che viene rappresentato come un ruolo di “protagoniste nel riassetto del sistema creditizio italiano” <sup>12[12]</sup>.

Ma altrettanto importante è stata la linea seguita dalle Fondazioni in esame per agevolare e porre in essere aggregazioni creditizie anche di medie dimensioni<sup>13[13]</sup>, sostituendosi a vere e proprie holding, oppure favorendo fusioni con la creazione di nuove banche, oppure ancora promuovendo incorporazioni di banche di dimensioni più piccole in altre di dimensioni più grandi, e non solo nel mercato domestico, ma anche nei mercati internazionali.

Un ruolo attivo ed importante che radica ancor più la presenza di questi enti nel mondo bancario e assimila le loro strategie nel mercato finanziario a quelle delle grandi e medie holding bancarie di origine diversa e a quelle che operano negli altri mercati.

(b) *Gli investimenti nel capitale della Cassa Depositi e Prestiti*

Il Rapporto cit. fa solo un cenno all’operazione compiuta nel 2004 dal “sistema delle fondazioni di origine bancaria” sul capitale della Cassa Depositi e Prestiti, trasformata in s.p.a.

Come è noto, con d.l. 30 settembre 2003 n. 269 la Cassa Depositi e Prestiti è stata trasformata in società per azioni. La nuova forma giuridica “lascia inalterate le finalità pubbliche e

---

<sup>9[9]</sup> Op.cit.,p. 29

<sup>10[10]</sup> Op.cit.,p. 40

<sup>11[11]</sup> Op.cit.,p. 34

<sup>12[12]</sup> Op.cit.,p. 34

<sup>13[13]</sup> Op.cit.,p. 36

di interesse generale perseguite dall' Istituto", si legge sul sito dell'ente, e la sua "missione" consiste nel "favorire lo sviluppo degli investimenti pubblici, delle opere infrastrutturali destinate alla fornitura dei servizi pubblici a carattere locale e delle grandi opere di interesse nazionale, assicurando un adeguato ritorno economico agli azionisti e, allo stesso tempo, preservando in modo durevole l'equilibrio economico-finanziario-patrimoniale". Inoltre, "La Cassa intende rimanere l'operatore di riferimento per gli enti locali e per i proprietari e i gestori di infrastrutture, configurandosi come struttura di eccellenza per la professionalità delle risorse umane, il rigore dei metodi gestionali e la qualità del servizio alla clientela". L'attività della nuova s.p.a. è articolata in due rami di azienda, il primo si occupa del finanziamento degli investimenti dello Stato, degli enti locali e degli altri enti pubblici e pure della raccolta del risparmio postale; il secondo si occupa dei finanziamenti di opere, impianti, reti e donazioni per la fornitura di servizi pubblici e per le bonifiche. Nel 2002 la Cassa DD.PP. era già stata autorizzata infatti a costituire una società finanziaria per azioni denominata "Infrastrutture S.p.A." la quale, in via sussidiaria rispetto ai finanziamenti concessi da banche e altri intermediari finanziari, finanzia sotto qualsiasi forma le infrastrutture e le grandi opere pubbliche (D.L. 63/02, convertito dalla L. 112/02); a decorrere dal 1 gennaio 2006 Infrastrutture s.p.a. è stata fusa per incorporazione nella Cassa Depositi e Prestiti s.p.a. (per effetto della l. n. 266 del 2005, art. 1 c.79).

La trasformazione della Cassa DDPP in s.p.a. ha consentito l'ingresso nel capitale delle Fondazioni bancarie; 65 Fondazioni hanno acquistato il 30% delle partecipazioni. Le azioni sono privilegiate con diritto di voto e maturano un dividendo preferenziale pari al tasso di inflazione addizionato del 3%. Nel caso il dividendo fosse inferiore, anche solo per un anno, le Fondazioni hanno il diritto di recedere, mentre entro il 2010 le azioni diverranno ordinarie. Il futuro della Cassa DDPP s.p.a. è incerto, ma, a sentire i commentatori, molto promettente.<sup>14[14]</sup>

L'operazione è stata salutata dal "sistema delle fondazioni" come una "occasione per estendere a livello nazionale un'attenzione alle comunità" ove le Fondazioni non sono presenti. Ma attese le condizioni d'ingresso e la remuneratività dell'investimento si ha l'impressione che, oltre alle importanti finalità sociali, le 65 Fondazioni abbiano effettuato un ulteriore importante passo nel governo del mercato finanziario, ulteriormente corroborando i legami con quel settore da cui avrebbero dovuto a poco a poco distaccarsi<sup>15[15]</sup>. E pure l'operazione è stata dipinta come una

---

<sup>14[14]</sup> Come si legge sul sito Ariannaeditrice.it <La Cdp potrebbe divenire una maxi-banca a completa partecipazione statale (80% allo Stato e 20% alle Regioni) che non eroga dividendi ed è totalmente dedicata alle infrastrutture, alle piccole e medie imprese, alle ristrutturazioni, agli enti locali, spaziando in ogni sorta di investimento pubblico: questo è il modello della *Bankengruppe* tedesco KfW. In alternativa potrebbe divenire una banca che ha negli uffici postali i suoi centri di raccolta, per poi impiegarli negli enti locali (modello francese della Caisse des dépôts), oppure una holding di partecipazioni strumentali, cioè di società che gestiscono o che sono impiegate nei servizi pubblici, per mantenere le reti nelle mani dello Stato. Le fondazioni sono oggi disponibili ad anticipare la data di conversione delle azioni, e divenire parte della Cdp come normale azionista, ma solo se cambierà l'oggetto degli investimenti da intraprendere, perché sino ad ora sono stati ritenuti poco redditizi e troppo votati al finanziamento della politica sociale, nelle vesti di una vera banca etica, senza garanzie né verifiche del merito del credito dei progetti. Per tale motivo finanziamenti come l'edilizia scolastica, pubblica e sociale, le opere idriche o di energia alternativa, potrebbero essere ridotti perché poco remunerativi. Allo stesso tempo gli enti locali potrebbero essere finanziati totalmente dal sistema bancario che avrebbe in mano così le piccole e medie imprese, e le municipalizzate che forniscono i servizi pubblici. Se questi sono i presupposti probabilmente non si sceglierà un modello tedesco della banca pubblica votata solo al finanziamento senza versare dividendi, perché questo significherebbe liquidare la partecipazione delle fondazioni, né si sceglierà il modello francese, perché concentra tutto nelle mani delle Poste. Le fondazioni e le Banche non cederanno tanto facilmente la partecipazione della Cdp perché è una fonte di reddito sicura e ben remunerata se entra nel giro delle grandi opere pubbliche europee, mentre metteranno da parte invece quei finanziamenti che costano troppo allo Stato e non danno reddito, proprio perché sono votati alla causa sociale>. Sul punto v. [www.ariannaeditrice.it](http://www.ariannaeditrice.it)

<sup>15[15]</sup> L'investimento corrisponde a un valore di 1 miliardo e 50 milioni di euro. 5 tranche da 89,84 milioni di euro sono state rilevate dalle Fondazioni maggiori; si tratta di: Compagnia di San Paolo, Fondazione Cariplo, Fondazione Cassa di Risparmio di Torino, Fondazione Cassa di Risparmio di Verona Vicenza Belluno e Ancona, Fondazione Monte dei Paschi di Siena. A 9 Fondazioni sono andate quote da 36,0 milioni, a 4 da 25,0 milioni, mentre le altre 47 hanno acquisito quote variabili

tappa nel percorso storico delle fondazioni di origine bancaria, che oltre ad assolvere finalità filantropiche si occupano anche dello “sviluppo economico”.

*(c) Il tentativo di ingresso nel capitale della società che gestisce la Borsa di Londra e altre iniziative*

Certamente più in sintonia con la seconda finalità è la decisione del “sistema” di investire nel capitale della Borsa di Londra, operazione che non è riuscita per l’opposizione del mercato e delle istituzioni londinesi, e tuttavia tentata con convinzione. Avendo deciso il Nasdaq di vendere la sua quota del 31% nel capitale della Borsa di Londra (che nel contempo si era già fusa con la Borsa Italiana s.p.a.), alcune fondazioni italiane, già azioniste di Borsa Italiana s.p.a. hanno proposto offerte. Ma le vicende degli interventi sul mercato finanziario non finiscono qui.<sup>16[16]</sup>

Ecco dunque per quale ragione l’ Autorità di garanzia della concorrenza e del mercato si interroga se le fondazioni di origine bancaria, che continuano ad operare in modo così rilevante ed attivo nel mercato finanziario e che, a detta del Presidente dell’ Autorità, < non rispondono a logiche di mercato, nonostante possano svolgere direttamente attività economica e dunque essere in concorrenza con le altre banche, e tenuti a perseguire una molteplicità di interessi diversi, siano i più adatti a far transitare il sistema bancario italiano verso livelli di efficienza e competitività tali da reggere la concorrenza internazionale e, soprattutto, siano in grado di agevolare lo sviluppo di un mercato finanziario e borsistico di ampie dimensioni>.

## **6. La destinazione dei proventi**

Nel Rapporto cit. si illustrano le modalità con cui i proventi dell’attività esercitata siano destinati a fini sociali, secondo le regole stabilite dalla disciplina vigente<sup>17[17]</sup>. Si tratta di una imponente presenza delle Fondazioni nel mondo non profit, con cui si sostengono iniziative di carattere benefico, sociale, culturale e sportivo, secondo i canali di destinazione dei proventi fissati dalla legge istitutiva.

## **7. Per la rivisitazione della tipologia delle fondazioni di origine bancaria**

Da quanto si è detto, dalle rilevazioni del Rapporto cit., dalle vicende che si sono sinteticamente richiamate, appare chiaro che non è possibile classificare le fondazioni di origine

---

da 16,5 milioni fino a un minimo di 300.000 euro, confermando la corralità dell’impegno e dell’interesse delle Fondazioni, grandi e piccole, a favore della CDP Spa (Fonte:ACRI, Notizie)

<sup>16[16]</sup> La fondazione Cassa di risparmio Bologna possiede, dallo scorso 16 luglio, il 2,171% del capitale di Mediobanca. Lo dicono gli aggiornamenti delle partecipazioni rilevanti della Consob. La fondazione Carisbo è uno dei grandi azionisti stabili di Intesa Sanpaolo, dove detiene circa il 2,72% del capitale. Secondo indiscrezioni di stampa, anche Cariparo, Cariverona e Cassa risparmio Torino, avrebbero rilevato titoli di Piazzetta Cuccia, possedendo quote inferiori al 2%. Il Monte dei Paschi di Siena sarebbe interessato a Banca Antonveneta, se dovesse essere messa in vendita nell’ambito della fusione tra l’olandese Abn Amro e la britannica Barclays.

<sup>17[17]</sup> Op.cit.,p. 40 ss.

bancaria in una categoria unitaria e che la realtà – fattuale, economica, patrimoniale e così via – che esse incarnano incide sulla loro configurazione giuridica.

E' evidente che le fondazioni che hanno provveduto a dismettere tutte le partecipazioni hanno perso la loro connotazione originaria e quindi non ha senso continuare ad assoggettarle alla disciplina speciale degli enti conferenti. Ma si può ribadire questo assunto anche per le fondazioni che hanno così ridotto la loro partecipazione al capitale della società conferitaria e hanno così diversificato i loro investimenti da non poter essere più qualificate come holding. Le une e le altre certamente non svolgono una attività d'impresa, ed hanno a pieno titolo il diritto di acquisire lo status di fondazioni di diritto comune. Sì che la dottrina aveva sottolineato che a seguito dell'emendamento Volontè si era determinata una dicotomia nell'ambito della categoria, tenendo conto di quelle che avevano un patrimonio di valore superiore ai 200 milioni di euro, al momento della loro costituzione, ed avevano ormai reciso i loro contatti con le banche conferitarie e quelle che avevano conservato ben saldo il cordone ombelicale con le banche.<sup>18</sup>

Nel diritto comune non si rinvengono però norme adeguate a disciplinare il fenomeno degli enti non profit, ma vecchie regole, del tutto marginali e incomplete nella loro formulazione, prive di ogni ordine sistematico. Di qui le proposte, susseguitesi negli anni, di una riforma radicale della disciplina del settore, affidata ad una miriade di leggi speciali oltre che a poche disposizioni del codice civile.

## 8. Le proposte di riforma del Libro I del codice civile: un modello "rovesciato"?

### (a) Le organizzazioni non profit

Secondo il *Rapporto sull'associazionismo sociale* pubblicato dall'Iref nell'ottobre del 2000 erano 15.600.000 i cittadini adulti aderenti a partiti (4,7%), sindacati (10,6%), organizzazioni di categoria (7%) e associazioni sociali (19,7%); quasi 6 milioni di italiani facevano opera di volontariato. Le percentuali riguardanti i giovani denunciano una lieve flessione quantitativa, ed un aumento del loro impegno nelle attività di volontariato.

Si tratta di attività di natura *sociale*, solidaristica, non retribuita, svolta per motivi religiosi, morali, filantropici. Queste attività trovano sostegni finanziari nei loro stessi organizzatori, in enti privati e pubblici tra i cui fini istituzionali sia compresa anche la solidarietà per il prossimo, ma spesso anche nei *proventi* derivanti dall'esercizio di attività economiche *strumentali* a quelle solidaristiche.

L'esercizio di attività economiche da parte di associazioni e fondazioni è sempre stato fonte di dilemmi.

Superata la diffidenza concettuale nei confronti di questo sfasamento tra la natura dello scopo e quella dell'attività esercitata, il dibattito si è incentrato sull'applicazione dello statuto giuridico dell'impresa, trascurando però di approfondire quali altre regole vengano a variare in dipendenza della natura dell'intrapresa sociale.

Dagli anni Cinquanta fino ad oggi, al di là della definizione dello scopo, la convergenza delle opinioni viene meno ed affiorano le diverse proposte circa la rifinitura dell'esile calco dell'associazione non riconosciuta.

Primato dell'autonomia privata, da un lato, e tipizzazione del modello dall'altro, sono le due fondamentali direttrici intorno alle quali possono ordinarsi le opinioni recenti.

Il giudice ha da sempre cercato conforto nelle soluzioni accreditate dai modelli avvicinati a quello dell'associazione. Società ed associazioni riconosciute, ma pure comunione e condominio, vantano tutti più di un richiamo, ed al tempo stesso secchi ripudi. Il riferimento è talora diretto,

---

<sup>18</sup> Capriglione, *La sussidiarietà nella definizione di alcune importanti questioni di diritto dell'economia*, in *Problemi attuali della «sussidiarietà»*, Milano, 2005, p. 93 ss)

altra volta filtrato attraverso il medio logico di un principio generale coincidente con la specifica disposizione positiva.

Il carattere economico dello scopo è quasi ovunque principio di differenza nell'identificazione dei raggruppamenti privati, ma non vi è concordia circa il suo fondamento. Mentre gli osservatori tradizionali fanno capo alle radici storiche, illuminandole attraverso i condizionamenti ideologici e politici, economisti e sociologi – specie dell'area nordamericana, ma pare pure di quella francese – hanno assunto prospettive affatto diverse, valorizzandole quali iniziative disinteressate con un ruolo di supplenza di fronte all'inadempimento della mano pubblica nel provvedere a servizi essenziali (c.d. *non - profit organizations*)<sup>19</sup>.

L'aggregazione attraversata da venature di apre ulteriori profili problematici. Bisogna aver cura di distinguere le ipotesi in cui tale carattere connota lo scopo, da quelle in cui esso riguarda l'attività. Nel primo caso, esclusa la ricorrenza degli estremi della fattispecie societaria, il riverbero attiene ai rapporti interni.

Dev'essere separatamente considerato il rilievo del tenore economico dell'attività esercitata, come mostra l'esperienza francese, dalla quale affiora la tendenza ad imporre il rispetto delle regole «commercialistiche», dettate a tutela dei terzi, anche a prescindere dalla sussistenza dei presupposti che attribuiscono all'ente la qualifica di «commerciante».

L'arricchimento che chiama in causa la fattispecie societaria è quello monetario, conseguito attraverso il riparto dei saldi attivi ricavati dall'esercizio di attività economiche. Sussistono, tuttavia, ipotesi di difficile lettura, per la sistemazione delle quali si propongono criteri direttivi e paradigmi di riferimento. E si invita a tener distinte le locupletazioni realizzate dai soli amministratori, ed ancora a considerare separatamente i casi di disparità tra i membri, tali per cui gli esborsi effettuati da una categoria vengono impiegati a vantaggio di un'altra, all'insaputa della prima. Quest'ultimo assetto può giustificare il diniego della natura associativa del rapporto.

La complessità di diritto delle associazioni può essere presentato come sincretismo degli elementi eterogenei, od addirittura di fenomeni diversi. La disciplina dell'associazione va quindi modellata in dipendenza della sua struttura, dello scopo perseguito e dell'attività esercitata, senza trascurare quegli ulteriori fattori alla cui operatività è esposto il rilievo reale della figura.

Quanto alle attività economiche svolte dalle organizzazioni non profit i dati recenti indicano che il settore è in grande espansione: in Italia occupa quasi settecento unità, conta più di 5.000 cooperative sociali e fattura circa 3.000 miliardi di vecchie lire.

#### (b) Le tipologie degli enti non lucrativi

Il Libro I del codice civile ha preso in considerazione le tipologie fondamentali delle aggregazioni di persone e di beni che provenivano da una risalente tradizione storica: le *associazioni* (o corporazioni), quando l'elemento personale è prevalente; le *fondazioni*, quando l'elemento patrimoniale destinato ad uno scopo è prevalente; gli altri *enti*, istituiti da apposita legge o non riconducibili ai due modelli primigenii, costituiscono una categoria residuale. Da questi enti si distinguono le *società*, in cui lo scopo è normalmente lucrativo e le persone cooperano al fine di distribuire gli utili della loro attività.

La radicata polemica tra i fautori della tipicità dell'associazione e quanti ne accreditano una visione residuale ha sovradimensionato il contrasto tra le due tesi, enfatizzando le divergenze a

---

<sup>19</sup> AA.VV., *Regolazione e controllo sulle organizzazioni non profit*, a cura di Barbetta e Schena, Bologna, 2000; De Giorgi, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 319

scapito delle non poche concordanze. Confrontandole nel piano operativo si possono evidenziare le regole collegate al ricorrere dei medesimi presupposti - assegnate all' «associazioni in senso ampio»-, e quelle per cui sono rispettivamente predicate differenti condizioni di operatività.

La letteratura ha sempre tenuto in scarso conto l'esigenza di svelare i tratti caratterizzanti i fenomeni di «associazioni in senso ampio» ossia i presupposti di operatività delle regole circa il fondo comune, l'attività diretta alla sua destinazione allo scopo, la rappresentanza del gruppo nei rapporti esterni.

Similmente nelle aule giudiziarie l'etichetta di associazione non riconosciuta è apposta con grande generosità: il più delle volte, tuttavia, ciò prelude al semplice riconoscimento della legittimazione processuale in capo al presidente, od ancora al riscontro nel patrimonio dei requisiti propri del fondo comune.

Tra i profili più tormentati della figura si registra quello della rilevanza esterna, che rappresenta la principale barriera eretta contro l'ingresso di studi professionali e «*joint ventures*» nel regno delle associazioni.

Il criterio «causale» di inquadramento dell'associazione non riconosciuta è sopravvissuto ai numerosi attacchi sferrati, attraverso i tempi, sia dalla prospettiva strutturale di matrice tedesca, sia dalla tesi della «lettura amputata» dell'art. 2247 c.c. che ricollega la fattispecie societaria al mero esercizio di attività commerciali, a prescindere dallo scopo; sia dal rilievo del difetto di alcun fondamento razionale, formulato attraverso gli strumenti dell'analisi economica del diritto.

Rimane in ombra la qualificazione del gruppo che persegue una finalità lucrativa, ma non coincidente con quella assegnata allo stampo societario.

La proposta di guardare allo «scopo intimo» del gruppo ha ricevuto sia critiche sia emendamenti. Allo stato affiorano parecchi fenomeni dai consorzi di urbanizzazione, ai fondi di previdenza ed assistenza, l'inquadramento dei quali è avvolto nell'incertezza.

In una recente rielaborazione delle linee direttrici del settore<sup>20</sup> si è osservato che il diritto delle associazioni non riconosciute risulta frammentario ed incompleto considerando il complesso della formante legislativa, di quella giurisprudenziale, e di quella dottrinale. Esso evidenzia la coesistenza di una pluralità di modelli normativi, arricchiti dalle varianti apportate dall'autonomia privata; si registrano inoltre esperienze non regolate, e perciò classificabili come atipiche.

La frammentarietà di questo settore è, del resto, un suo carattere originario, che la storiografia documenta risalire già al diritto romano, ed attesta come perdurante anche attraverso tutto il Medioevo.

Il silenzio serbato dal Codice del 1865 in materia di associazioni, legittimate sul terreno del diritto pubblico dallo Statuto albertino, rifletteva i caratteri della situazione francese, che vedeva al centro la società fondata sullo «scopo di lucro». Attorno a questo modello si sono costruite le varianti di società civile e di associazione senza scopo di lucro. La lucratività o l'assenza di lucratività richiedeva di volta in volta un accertamento particolare in fatto. Dall'analisi della giurisprudenza, emerge, tuttavia, come i tentativi di dilatare il significato di questo requisito, onde ricomprendervi i gruppi animati da finalità diverse del guadagno, realizzassero traguardi comunque raggiungibili attraverso il riconoscimento della vincolatività del contratto tra le parti, o la semplice applicazione dei principi sulla rappresentanza; e risulta che, nonostante gli strali lanciati da alcune sentenze contro le associazioni, la giuridicità del vincolo contrattuale non fu in realtà mai contestata.

Quando non ci si limitava a trattare l'associazione come un fenomeno opposto a quello della società, si importava d'oltralpe il rinvio alla disciplina generale delle obbligazioni ed ai principi comuni in tema di contratti, lo si integrava con il riferimento alle regole societarie; rimaneva sullo sfondo il ricorso allo statuto dei «corpi morali legalmente riconosciuti». Anziché scandagliare il

---

<sup>20</sup> Fusaro, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991

mondo delle associazioni nella sua interezza, ne venivano approfonditi esclusivamente i segmenti più problematici.

Era invece più rara la concezione di associazione come organismo, anche se essa venne in auge con l'accreditarsi della teoria istituzionalistica di Hauriou.

Questa disciplina frammentaria e mutuata da altri istituti appare destinata a rappresentare l'embrione del diritto comune del settore, arginato esclusivamente dalla introduzione di leggi speciali.

Ripercorrendo i lavori preparatori della legge adottata in Francia il 9-7-1901 (c.d. legge Waldeck-Rousseau) si ha modo di constatare le concezioni emergenti, e di verificare come le maggiori tensioni si appuntassero sul riconoscimento della libertà di associazione, anziché sull'atteggiarsi del vincolo. Il perdurare del suo inquadramento «causale», per opposizione rispetto alla società, determinava la latitanza di una figura intermedia, destinata a rivestire le aggregazioni animate da finalità economiche, seppure non coincidenti con la divisione degli utili.

Riviveva, così, il travaglio intorno alla definizione dello scopo di lucro, di cui la giurisprudenza - ma pure il legislatore francese - tendevano ad accreditare un'accezione *lata*.

Assai più distante è l'esperienza tedesca, maggiormente familiare con la prospettiva che identifica gli enti sulla base della loro struttura.

È questo lo sfondo su cui matura la concezione corporativa, a fianco di alcune altre regole, che qualche decennio più tardi avrebbero ricevuto tanto seguito nel nostro ordinamento.

Il nuovo secolo registra l'intensificato influsso del modello tedesco, seppure l'osmosi non si riveli subitanea né uniforme. Tra i prodotti dell'importazione spiccano, per un verso, l'attacco sferrato alla concezione contrattuale del rapporto associativo e, per l'altro, l'intensificarsi dell'interesse per l'inquadramento giuridico delle unioni tra imprese.

Si affianca anche con insistenza la questione dell'eventuale «commercialità» dei gruppi non istituzionalmente lucrativi.

L'affiancarsi del modello tedesco a quello francese determinò il delinarsi in quest'epoca delle due teorie destinate a riprodursi sino ai tempi attuali: l'una configura la società quale sottospecie dell'associazione, identificata con riferimento allo scopo non lucrativo; l'altra ravvisa una differenza di struttura.

Nel corso dei primi decenni del Novecento le tecniche dirette a selezionare le discipline applicabili risultano più articolate: si intensifica il richiamo ai «principi generali del diritto», ed in particolare a quelli in tema di obbligazioni; il rapporto associativo è finalmente messo in collegamento con la «corporazione»; si vorrebbero recepire regole dalla società esclusivamente in dipendenza di un'effettiva similarità delle situazioni riguardate.

(c) *La riforma del diritto delle associazioni e in generale del Libro I cod. civ.*<sup>21</sup>

Gli interventi legislativi italiani in materia di associazioni sono sparsi e frammentari: i testi utilizzano il vocabolo in maniera discontinua, e della figura accreditano un'immagine poliforme. Si tratta, per la maggior parte, di provvedimenti di settore. L'ambito prevalente è quello economico e commerciale; di qui l'utilità di visitare pure la prospettiva della disciplina fiscale. Riveste particolare interesse la recente legge sul volontariato, affrontata attraverso l'esame dei lavori preparatori. Al legislatore l'associazione non riconosciuta appare priva di una fisionomia definita: l'unico carattere che le ritiene connaturale è l'esclusione dello scopo lucrativo proprio della società. Eventuali requisiti sono prescritti quali «oneri» per l'accesso a provvidenze ed agevolazioni.

L'attuale disciplina prevista dal codice civile in materia non solo appare inadeguata a definire i contorni normativi di fenomeni che si sono ingigantiti nel corso del tempo, non solo appare non coordinata con la grande messe di interventi legislativi frammentari, ma appare inadeguata anche sul piano internazionale.

---

<sup>21</sup> Rescigno, *Sulla riforma del diritto delle associazioni e fondazioni*, in *Vita notarile*, 2005, p. 3 ss.

Sul versante internazionale allo sviluppo degli enti non profit ha fatto da controcanto la perdita progressiva della distinzione tra enti a scopo lucrativo ed enti a scopo non lucrativo.

I primi tendono ad accreditare la loro presenza sul mercato, ad attirare la clientela, a giustificare i loro profitti destinando una parte degli utili a scopi umanistici, di beneficenza e di assistenza, culturali e religiosi. I secondi non potendo sopperire con le proprie risorse alle esigenze dettate dal compiuto perseguimento degli scopi istituzionali, si avvalgono di iniziative economiche, svolte anche mediante la creazione di imprese strumentali, dirette a realizzare profitti destinati a sostenere gli scopi istituzionali.

Sono due processi che appaiono accomunati da valori convergenti. Il primo processo è volto a consentire agli enti non profit l'esercizio di attività economiche lucrative a sostegno dei propri fini, e quindi coniuga l'assistenza sociale, il mecenatismo, la beneficenza, la promozione della ricerca scientifica e della cultura con il profitto economico, e quest'ultimo è considerato in modo strumentale; la finalità di lucro assume contorni positivi, perché produce risorse rimanendo ferma la loro destinazione a fini in senso lato «sociali». Il secondo processo coniuga il profitto economico alla solidarietà sociale, all'etica degli affari su cui riposa la *corporate social responsibility* nei modelli, già sperimentati, di derivazione americana e nei modelli, ancora in fase di definizione, di derivazione comunitaria; considera pertanto prioritaria la redditività economica ma aggiunge ad essa regole comportamentali rispettose degli interessi degli *stakeholders* e dei beni della collettività ed introduce la possibilità di devoluzione a fini sociali di una percentuale dei profitti, che sono riflessi nei «bilanci sociali».

Questi due fenomeni paralleli si intersecano dunque nei valori di riferimento; anzi, vi sono autori che tendono ad unificare questi fenomeni, a non considerarli distinti tra loro, ma piuttosto ad assimilarli nella concezione *istituzionale* dell'impresa: sì che sul primo versante si registrerebbe sul piano concettuale e sul piano pratico una prossimità notevole tra enti non profit ed imprese lucrative, l'unica differenza tra queste categorie rimanendo la destinazione degli utili, nei primi a favore della collettività, nelle seconde a favore dei «soci»; sul secondo versante si registrerebbe una formula moderna del «capitalismo solidale»<sup>22</sup>.

Considerare i due fenomeni come due facce della stessa medaglia oppure due immagini simmetriche ma capovolte non è solo un'opzione concettuale, ma ben di più: corrisponde a due visioni – politiche, economiche, sociali ed etiche – tra loro contrapposte. Esse quindi incidono sia sulla valutazione della normativa destinata agli enti non profit, sia sulla valutazione della normativa concernente la responsabilità sociale dell'impresa. In senso positivo si esprimono quanti postulano la formazione di un diritto *orientato ai valori*<sup>23</sup>; in senso negativo quanti dubitano che il mercato debba perseguire la tutela dei diritti fondamentali<sup>24</sup> e la tutela di interessi comunque estranei alla realizzazione del profitto e anche quanti ritengono fumosa e mistificante la concezione stessa di una responsabilità «sociale» dell'impresa<sup>25</sup>.

Tuttavia, se si procede sulla base dei postulati del realismo giuridico – tendenti a considerare il modo concreto in cui evolve un ordinamento – i valori in gioco appaiono coesenziali sia agli scopi del legislatore, sia alle manifestazioni dell'attività giurisdizionale, e quindi intrinseci alla norma, piuttosto che non appartenenti all'area del meta-diritto. Il fatto che questi valori siano modellati, proposti, adattati, prendendo corpo in atti ottativi, in direttive, persino in norme – essendo un dato

---

<sup>22</sup> Nell'ambito dei cultori del diritto commerciale la contrapposizione è netta tra gli Autori che escludono la finalità lucrativa tra gli elementi essenziali dell'impresa (ad es., Oppo, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 591 ss.) e gli Autori che all'opposto ne sottolineano l'indefettibilità (ad es., Bonfante e Cottino, *L'imprenditore con una Introduzione al Trattato di Gastone Cottino*, Padova, 2001, pp. 373, 404, 437 ss.). Ovviamente, il discorso coinvolge la natura delle società consortili, le cooperative, e, in generale, la stessa concezione di «impresa».

<sup>23</sup> Per tutti v. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985; Lipari, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004.

<sup>24</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; più in generale, P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003

<sup>25</sup> Cottino, *op. cit.*, p. 373 ss.

oggettivo e indiscutibile, come dimostrano il Libro verde elaborato dalla Commissione delle Comunità europee nel 2001<sup>26</sup> e la Comunicazione della stessa Commissione del 2002<sup>27</sup> – esime i giuristi da ogni valutazione di merito, concentrando piuttosto la loro riflessione sull'incidenza dispiegata da questi fenomeni sul dato positivo e sui progetti di intervento legislativo in corso di elaborazione, al fine di tradurre in normative moderne e adeguate le nuove esigenze del «terzo settore» e dell' «economia solidale».

*(d) I progetti di riforma del Libro I del codice civile*

In linea del discorso il quadro che si presenta agli occhi del giurista in materia di enti di diritto privato appare oggi complesso e frammentario.

Come è noto, gli enti di diritto privato sono retti, oltre che da norme di tenore generale, previste nel codice civile del 1942, da una miriade di leggi speciali, di volta in volta introdotte per tutelare specifici interessi, ma anche per «leberare» questi enti dalla morsa in cui erano stati incapsulati nel codice civile, per effetto della concezione autoritaria e sospettosa che ne aveva contrassegnato l'ingresso nella nuova compilazione. Una morsa frutto al tempo stesso di due preoccupazioni che il legislatore del 1942 vedeva come prioritarie: evitare ogni ostacolo che di frapponesse tra il cittadino e lo Stato (come potevano essere gli enti «intermediari»), ed evitare la costituzione della manomorta (come accadeva per il patrimonio degli enti, riguardanti un complesso di beni sottratto alla circolazione giuridica).

Il modello originario non poteva reggere alle istanze della società civile. Ma anziché modificare le regole di tenore generale, il legislatore ha preferito continuare ad alimentare una normazione farraginosa, frantumata e non coordinata, attraverso interventi di tipo settoriale.

Con interventi successivi, destinati dapprima a consentire alle associazioni di volontariato di acquistare beni immobili e beni mobili registrati, senza chiedere il riconoscimento della personalità giuridica, alle Onlus, di poter svolgere attività economica, purché non unica o prevalente, alle associazioni di promozione sociale, di svolgere attività di natura commerciale, artigianale e agricola, si è venuta così modificando in modo sensibile sia l'originaria concezione delle associazioni e delle fondazioni, sia la legislazione di settore, perché ciascun intervento ha eroso i dogmi sui quali erano costruite le regole del codice, ed ha finito per rifluire addirittura in alcune modificazioni del codice civile e nella normativa riguardante le procedure di riconoscimento della personalità giuridica.

Il legislatore infatti ha messo in cantiere e approvato altri provvedimenti destinati a istituire le procedure di riconoscimento della personalità giuridica su base regionale, a sopprimere anche nel codice civile l'obbligo di chiedere l'autorizzazione all'autorità tutoria per l'acquisto di immobili e l'accettazione di donazioni, eredità e legati, e a semplificare la procedura per richiedere la personalità giuridica di diritto statutale. Nel frattempo, la giurisprudenza ha ridisegnato la disciplina delle associazioni e delle fondazioni: quanto alle prime, ha ammesso l'esercizio di attività economiche purché non prevalenti su quelle istituzionali e destinate al perseguimento degli scopi di questi enti; quanto alle seconde, consentendo al fondatore di mantenere un rapporto con l'ente fondato, attraverso la gestione dell'ente, e definendo più precisamente le categorie delle fondazioni (fondazioni di famiglia, fondazioni di erogazione, fondazioni di natura sociale, fino ad ammettere le c.d. fondazioni d'impresa).

La materia è divenuta perciò sempre più complessa, affastellata e di difficile decifrazione.

L'ampliamento e la liberalizzazione dei mercati ha nel contempo consentito di avviare un processo di privatizzazione che ha interessato gli enti pubblici economici, la RAI, e finanche le banche di natura pubblica e le casse di risparmio, trasformate in enti conferenti (ora denominati «fondazioni bancarie») e in enti conferitari (ora denominati «banche»). Anche altri enti di natura

---

<sup>26</sup> COM (2001) 366 def.

<sup>27</sup> COM (2002) 347 def.

pubblica sono stati trasformati in fondazioni di diritto privato, come, per es., le casse di previdenza dei professionisti.

Per sussumere in un quadro sistematico questi fenomeni così eterogenei tra loro la dottrina ha proceduto su due direttrici.

Da un alto, ha proposto di considerare i modelli originari come archetipi di forme giuridiche; pertanto, si è rivolta a questi enti con una terminologia che proviene dalla cultura anglo-americana, in cui essi sono designati come enti «non profit». Il mutamento di denominazione non è di poco momento, perché – secondo il precetto medievale per il quale «nomina sunt omina» – l'uso di una diversa terminologia ha consentito di elaborare nuovi principi. Gli enti non profit infatti possono svolgere liberamente attività economica per realizzare gli scopi sociali, ma hanno solo l'obbligo di non distribuire gli utili tra fondatori, amministratori e associati, e di reinvestirli nella gestione della loro attività. Nell'ambito della categoria si distinguono poi enti che perseguono finalità per così dire «interne», destinate ad avvantaggiare solo soggetti dotati di un particolare status, enti che perseguono finalità per così dire «esterne», destinate ad intere collettività (di varia dimensione), ed enti che perseguono finalità miste.

Dall'altro lato, ha proceduto a progettare modelli alternativi, più consoni alle esigenze di una società dinamica e orientata al mercato, con ampi poteri di autonomia.

In questo senso si sono mossi i programmi degli ultimi governi.

#### *(e) I modelli alternativi a quelli codicistici*

Le proposte di riforma sono molteplici, ma in particolare si possono segnalare tre iniziative.

Qualche anno fa, presso il Ministero degli Affari Sociali, retto in allora da Livia Turco, era stata costituita una commissione di giuristi ed economisti, presieduta da Pietro Rescigno (a cui ho partecipato con Nicolò Lipari e Andrea Zoppini), per la revisione del Libro I del codice civile. L'intendimento era innanzitutto di uniformare e chiarire la disciplina delle associazioni e delle fondazioni; poi di effettuare un inventario delle organizzazioni di tipo personale che negli anni si erano moltiplicate in modo impressionante in Italia, anche sotto l'influsso di mode culturali, parareligiose, ecc., a cui si voleva assegnare una disciplina precisa e funzionale ai loro scopi; infine, di rendere più libera l'attività, riducendo e semplificando i controlli.

Presso il Ministero della Giustizia, nel medesimo periodo, era stata costituita una commissione per la riforma del L.V del Codice civile, sotto la presidenza del sottosegretario Antonino Mirone e il coordinamento di Luigi Rovelli. Si era avvertito infatti che non era possibile riformare la disciplina dell'impresa e delle società, senza provvedere anche al coordinamento di questa disciplina con quella prevista dal L.I; ed infatti, la perspicua relazione conclusiva predisposta da Luigi Rovelli reca un capitolo sugli enti-non profit. Molte delle idee espresse da quel gruppo di lavoro (di cui facevo parte insieme con Bartolomeo Quatraro, Enzo Roppo, Giovanna Visintini, per la parte relativa al settore non profit) sono state poi riprese dalla commissione di riforma delle società, coordinata dal Sottosegretario Michele Vietti, e sfociata nel testo oggi vigente.

Tra l'altro è da segnalare che anche nell'ambito dell'attività societaria si è dato spazio ai contatti con la disciplina degli enti non profit, quanto meno mediante la trasformazione eterogenea di società in fondazioni.

Anche la disciplina delle fondazioni si è ammodernata, consentendo a questo tipo di enti di avvalersi di imprese. Insomma, l'idea di una «fondazione-impresa», un tempo considerata quasi un ossimoro, oggi è accettata senza particolari preoccupazioni. È ovvio che se l'ente svolge attività economica e non gode di un regime speciale, sarà assoggettato al fallimento in caso di insolvenza. Ma non vi sono più preclusioni, né si possono nutrire avversioni, verso enti che, pur non avendo lo scopo di lucro come proprio fine istituzionale, possano liberamente svolgere attività economica lucrativa, purché i proventi non siano ripartiti tra coloro che hanno collaborato, in modo associato, alla loro produzione.

Le proposte scaturite dai lavori delle due commissioni, tuttavia, non hanno avuto un esito concreto.

Maggior fortuna potrebbe avere una nuova proposta, al momento non ancora fatta propria dal Governo in carica, elaborata da un gruppo di studiosi, di cui fanno parte Giovanni Iudica, Mario Nuzzo e Andrea Zoppini.

La proposta, destinata a riformulare solo una sezione del L.I del codice civile, riguardante gli enti non profit, prevede tra l'altro l'esclusione di ogni intervento pubblico per tutti gli enti, anche quando perseguano scopi di pubblica utilità; assegna a questi enti piena capacità giuridica, libertà organizzativa e gestionale, senza quindi apporre limitazioni allo statuto e all'organizzazione interna, e al tempo stesso, impone doveri di trasparenza nella gestione e regole sulla responsabilità degli amministratori. Per gli enti di grandi dimensioni prevede anche la vigilanza di una autorità esterna, non più di natura governativa, ma autonoma, cioè una vera e propria «authority».

Il Governo in carica sta anche progettando una disciplina unitaria di tutte le formazioni (associative o di natura patrimoniale) che svolgono attività di natura sociale e per imprimere loro un carattere più efficiente, le sta ridisegnando come «imprese sociali», ma non è prevista la redazione di un testo unico che raccolga e coordini la frammentaria normativa.

L'impressione che si ricava - leggendo il testo - è che le regole siano state ritagliate in modo tale da consentire alle fondazioni di origine bancaria, tuttora legate al mondo creditizio ( non mi riferisco quindi né alle fondazioni che hanno dimesso interamente le loro partecipazioni nella banca conferitaria, né a quelle che ne hanno conservato una parte esigua, né a quelle che hanno una base associativa) , di entrare a pieno titolo e senza risentire di ulteriori mutamenti strutturali, nell'ambito delle fondazioni di diritto comune. In altri termini, che si sia preso a modello le fondazioni bancarie per ridisegnare la disciplina delle fondazioni di diritto comune.

## **9. Prospettive della disciplina delle fondazioni in ambito comunitario**

Anche in ambito comunitario si possono rinvenire linee di tendenza, progetti e iniziative che riguardano in generale le fondazioni.

Sinteticamente, va la pena di richiamare alcuni documenti comunitari e fare cenno alle iniziative delle organizzazioni delle fondazioni a livello europeo.

Nella Comunicazione della Commissione sulla «promozione del ruolo delle associazioni e delle fondazioni» (COM 97, 241 def.) si prende atto che le fondazioni, rispetto alle associazioni, costituiscono un gruppo più omogeneo, perché possono essere ripartite in due categorie, a seconda che esse abbiano scopi privati oppure scopi pubblici. Si considerano poi solo le fondazioni che pur svolgendo finalità pubbliche, sono indipendenti dallo Stato o da altri poteri pubblici, e sono gestite da consigli di amministrazione indipendenti o da amministratori fiduciari. La Comunicazione prende atto della varietà notevole dei modelli giuridici a cui sono assoggettate le fondazioni nei diversi ordinamenti nazionali - tanto è vero che in sede comunitaria si è proposto uno statuto uniforme per le associazioni, ma non per le fondazioni. E prende atto altresì dell'importanza nella vita economica ormai rivestita da questi enti: per esempio, all'epoca della pubblicazione del documento (1999) in Italia risultava impiegato nel settore quasi il 2% degli occupati, in Francia e nel Regno Unito la percentuale saliva al 4, ma il trend era in crescita. La Commissione sottolinea il ruolo sociale e politico di questi enti, ma anche il fatto che la loro attività comincia ad avere un raggio transnazionale. Di qui l'invito a richiedere i finanziamenti europei, a presentare progetti, ad incentivare la rete informativa e i collegamenti interni, insomma a rafforzare l'attività di tipo «orizzontale».

Per parte sua il Comitato economico e sociale, in un parere reso alla Commissione sul tema (98/C95/20) sottolinea come questi enti debbano avere una struttura democratica, e svolgere attività di pubblica utilità, operando comunque senza fini di lucro; sottolinea come le 100.000 fondazioni esistenti (nel 1997, secondo le stime del European Foundation Centre) dispongono di cospicue risorse da destinare agli scopi sociali e ad impiegare forza lavoro; per questo, da un lato il Comitato invita gli enti a promuovere la loro attività economica in modo efficiente, e dall'altro a

profittare dei finanziamenti acquisibili dalla Commissione e impegna la Commissione stessa a creare un fondo speciale per sostenere le fondazioni che operano a livello transnazionale.

A sua volta la Corte di Giustizia, in alcune sentenze, ha accentuato il profilo imprenditoriale delle associazioni e delle fondazioni. Ad es., nel caso *Hoefner* (23.4.1991, C-41/90) ha stabilito che un ufficio pubblico per l'occupazione che svolge attività di collocamento è considerato un'impresa; nel caso *Balthuis-Griffioen* (11.8.1995, C-453/93) ha stabilito che un imprenditore persona fisica che aveva istituito un asilo nido non può considerarsi ente pubblico; nel caso *Sodemare* (17.6.1997) ha considerato impresa assoggettata alle regole di concorrenza una residenza per anziani; nel caso *Pavel Pavlov* (12.9.2000) anche un fondo pensionistico costituito in forma di fondazione è stato considerato impresa.

L'attenzione riservata alle fondazioni in ambito comunitario è giustificata dal fatto che le indagini degli economisti registrano una crescita costante di questo settore in ogni Paese, che si accompagna ad una presenza sempre più insidiosa e concorrenziale sul mercato a fianco delle imprese rivolte al profitto.

Ma ormai occorre guardare a questo fenomeno in un quadro più vasto, dal momento che esso è investito dalla globalizzazione dei mercati. È stato questo il tema discusso alla assemblea e alla conferenza annuali del European Foundation Centre, tenutesi a Lisbona nel giugno del 2003. Non a caso si è trattato di responsabilità sociale dell'impresa, di diritti umani, di ruolo delle fondazioni nella promozione della cultura, nella alimentazione della filantropia e nella diffusione del benessere.

I dati emergenti dalle ricerche indicano infatti che negli Stati Uniti prevalgono le organizzazioni che perseguono il *public benefit* (75%) rispetto a quelle che perseguono il *mutual benefit*; che il numero delle organizzazioni non profit erano 1.600.000, con un fatturato di 600 miliardi di dollari; che i finanziamenti derivavano per il 36% da erogazioni statali, per il 64% da erogazioni di privati (di cui il 54% per prestazioni di servizi); che il tasso di crescita (del 107%) superava il PIL (del 64%). Mentre nell'esperienza italiana i modelli associativi prevalevano su quelli fondazionali, che il numero degli enti non profit ammontava a circa 221.000 unità, di cui l'88,5% costituite negli ultimi venti anni, e il 55,2% negli ultimi dieci anni, con un fatturato di 34 miliardi di euro, che i finanziamenti si dovevano prevalentemente ai privati (per l'84%)(11).

Insomma, le comunità intermedie stanno recuperando un ruolo essenziale nell'attività sociale e nell'attività economica, ma esse appaiono sempre più rilevanti anche per preservare i valori della democrazia nell'Occidente. Il che postula un rapido adeguamento della loro disciplina, possibilmente in ambito comunitario, ma, già fin d'ora in ambito nazionale. Gli stereotipi del codice civile debbono ormai essere abbandonati, perché la realtà richiede una svolta radicale, procedendo spedita verso modelli diametralmente opposti a quello accolto nel 1942.