

ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

MEMORIA DI COSTITUZIONE

nell'interesse di **COMPAGNIA DI SAN PAOLO** in persona del Presidente e legale rappresentante p.t. Prof. Onorato Castellino, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Angelo Benessia, Natalino Irti e Mario Sanino ed elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale Sanino in Roma, Viale Parioli n. 180 giusta delega a margine del presente atto

CONTRO

il **MINISTERO DELL'ECONOMIA E FINANZE** in persona del Ministro p.t.

* * *

PREMESSE DI FATTO

1.- Con decreto del 2 agosto 2002, n. 217, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha adottato il regolamento di attuazione previsto dall'art. 11, quattordicesimo comma, della legge 448 del 2001, modificativo del D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153 (*"Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461"*).

Il quadro che ne emerge è fortemente limitativo dell'autonomia delle fondazioni bancarie in quanto persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale (art. 2, primo comma, D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153): natura privatistica,

ribadita dall'art. 5 del D.L. 15 aprile 2002, n. 63, convertito con modificazioni in Legge 15 giugno 2002, n. 112.

Non pare fuor di luogo esporre, in via preliminare, il quadro normativo nel quale esse si muovono.

Ci riferiamo, in particolare, alla univoca destinazione degli enti conferenti-fondazioni bancarie verso il c.d. "mondo" *non profit*, ossia delle organizzazioni non lucrative [in tal senso l'art. 12, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 356/1990]. Tale qualificazione conduce ad escludere le fondazioni bancarie dall'ordinamento sezionale, sottoposto alla vigilanza del Ministero dell'Economia e delle Finanze, essendo per vocazione e previsione di legge soggetti appartenenti al "terzo settore". E ciò vale tanto più per quelle fondazioni bancarie che, come è il caso della Compagnia di San Paolo – la quale possiede soltanto il 7,5% delle azioni ordinarie di Sanpaolo IMI S.p.A. – hanno dismesso il controllo sulle imprese bancarie.

Tale vocazione, ormai propria delle fondazioni bancarie, riceve significati ulteriori nel nuovo Titolo Quinto della Costituzione, siccome riformato dalla legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3. Leggiamo nel nuovo art. 118, quarto comma, della Costituzione, che *"Stato, Regione, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà"*.

Codesto principio, di matrice comunitaria, è noto: non faccia lo Stato, anzitutto, ciò che i cittadini possono fare da soli; e quindi le

varie istituzioni statali si limitino a creare le condizioni che permettano alla persona e alle aggregazioni sociali (i c.d. corpi intermedi) di agire liberamente anche per il perseguimento di finalità di interesse generale.

Si tratta di regola che le istituzioni statali devono osservare nei rapporti con i privati, e che diventano riferimento obbligato su cui misurare i provvedimenti amministrativi, come il decreto impugnato e delle quali non si può non tenere conto ai fini del controllo di legittimità del regolamento in esame e di un'interpretazione costituzionalmente orientata della L. 461/98 e del D.Lgs. n. 153/99.

2.- Avverso il "regolamento" veniva proposto tempestivo ricorso: il TAR del Lazio adottava ordinanza di sospensione; quindi la causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 15 gennaio 2003.

Con ordinanza n. 810/2003 il TAR Lazio "*... dichiarava rilevante e non manifestamente infondate le questioni di illegittimità costituzionale in parte motiva. Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e la sospensione del presente giudizio*".

Si costituisce con il presente atto la Compagnia di San Paolo, come sopra rappresentata e difesa, insistendo per la declaratoria di incostituzionalità della normativa in virtù della quale è stato adottato l'impugnato regolamento.

DIRITTO

I dubbi di costituzionalità sollevati dal Giudice amministrativo appaiono tutti fondati e le questioni sono rilevanti ai fini della decisione del TAR.

Riteniamo pertanto che possa richiedersi la declaratoria di incostituzionalità di tutte quelle norme (indicate nell'ordinanza di rimessione) che hanno consentito la introduzione di disposizioni regolamentari che comprimono l'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni, consentono forme di controllo incompatibili con il modello organizzativo prescritto dal legislatore, stravolgono la funzione delle fondazioni imponendo finalità e settori di intervento del tutto irrazionali.

1.- L'ordinanza di rimessione ha puntualmente individuato le disposizioni di cui all'art. 11 della legge 448 del 2001 sospette di contrasto con la carta fondamentale.

Infatti appare evidente la limitazione dell'autonomia statutaria delle fondazioni, con evidente contrasto con i principi costituzionali ricordati dal rimettente. Ed invero, allorquando si circoscrive la possibilità di scelta di ambiti di attività, automaticamente si comprime lo scopo o l'utilizzo del patrimonio della persona giuridica che costituiscono elementi peculiari della autonomia statutaria e gestionale.

2.- Analogamente la facoltà di effettuare scelte operative periodicamente (ogni tre anni) in ordine a tre settori di attività costituisce ulteriore non consentita compressione della autonomia delle fondazioni.

3.- L'autorità ministeriale è investita di un potere regolamentare volto a modificare i "settori ammessi", che sono, invece, di esclusiva competenza di una norma di rango primario.

4.- Altra forma di compressione in contrasto con i principi costituzionali è ravvisabile là dove l'art. 11 della legge 28 dicembre 201 n. 448, e il regolamento di attuazione sottraggono alle fondazioni bancarie il potere di disegnare la disciplina statutaria e prevedono la presenza nell'organo di indirizzo di una "prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'art. 114 della Costituzione ...".

Trattasi di iniziativa che non risulta funzionale agli interessi delle fondazioni bancarie ma, piuttosto, a quelli degli enti pubblici designanti o, comunque, della collettività che si riconoscono in questi ultimi.

5.- La comparente Compagnia di San Paolo nel riportarsi qui alle difese tutte, così come dispiegate nel giudizio avanti il giudice amministrativo, intende qui sottolineare un profilo che la vede direttamente e pesantemente compromessa per effetto dei denunciati vizi di incostituzionalità.

Intendiamo riferirci alla nozione di controllo sulla "banca conferitaria", così come disegnato dall'art.11, comma10, della legge .448/2001, che ha introdotto il nuovo art. 5-*bis* del D.Lgs. n.153/1999

E' indispensabile, a questo riguardo, un breve cenno al quadro normativo di riferimento.

La normativa disciplina distintamente (i) la definizione delle "partecipazioni bancarie di controllo" e (ii) le modalità della loro dismissione.

Quanto al primo aspetto, le norme cui occorre far riferimento sono:

- Art. 6, commi 2 e 3, del D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153 “Partecipazioni di controllo”, come modificato dall’art. 11 della legge n. 448/2001;

- Art. 7 del Decreto 2 agosto 2002, 217

Per quanto concerne invece la dismissione delle partecipazioni di controllo i riferimenti sono:

- Art. 25 del D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153;

- Art. 8 del Decreto 2 agosto 2002, 217

dai quali si ricava che le fondazioni debbono dismettere le partecipazioni di controllo entro il 15 giugno 2003. Occorre dunque verificare quando il controllo su una banca sia ascrivibile ad una o più fondazioni.

Va considerato, in proposito, che il comma 5-bis dell’art. 6 – come introdotto dall’art. 11 comma 10 della legge n. 448/01 – contiene ormai un amplissimo concetto di controllo prevedendo che si configuri “*in qualunque modo o comunque sia esso determinato*”.

L’analisi può dunque essere concentrata sulle disposizioni contenute nel secondo e nel terzo comma dell’art. 6 del D.Lgs. n. 153:

- il secondo comma della norma rinvia, per la sussistenza del controllo, ai casi previsti dall’art. 2359, commi 1 e 2, c.c. Il rinvio alla disciplina codicistica consente di applicare al controllo delle fondazioni la distinzione, nell’ambito del controllo interno, tra il c.d. controllo di diritto (maggioranza dei voti nell’assemblea ordinaria) ed il c.d. controllo di fatto (partecipazione che consente di esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria). Si considerano pertanto controllate le società bancarie (i) in cui una (o più) fondazioni

dispongano della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (c.d controllo di diritto); (ii) in cui una (o più) fondazioni dispongano di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; (iii) che sono sotto l'influenza dominante di una (o più) fondazioni in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa;

- il successivo terzo comma integra la nozione di controllo desumibile dalla disciplina codicistica prevedendo che il controllo si considera esistente – nella forma dell'influenza dominante – quando sussista una o più delle situazioni espressamente considerate dalla norma stessa. Ciò vuol dire che solo in presenza di queste tassative situazioni si versa in una situazione di influenza dominante rilevante ai fini dell'esistenza del controllo. Le situazioni in questione sono:

(a) diritto della/e fondazione/i, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati, di nominare la maggioranza degli amministratori, ovvero di disporre della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

(b) potere della/e fondazione/i, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati, di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori (diritto di veto);

(c) esistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario o organizzativo idonei ad attribuire alle fondazioni i predetti diritti.

Considerato che la norma attribuisce rilevanza alle ipotesi di influenza dominante, appare utile ricordare che perché possa parlarsi di "controllo" derivante da influenza dominante occorre che un

soggetto sia in grado di disporre con continuità di una maggioranza relativa sufficiente per ottenere l'approvazione delle deliberazioni più rilevanti di competenza dell'assemblea ordinaria.

Alla luce dei principi generali in tema di controllo, e sulla base della stessa disciplina speciale come modellata dal D.Lgs. n. 153/99, è ormai chiaro che la vera novità "eversiva" in materia di definizione di "controllo" in capo a fondazioni bancarie è quella introdotta con il comma 10 dell'art. 11 della legge n. 448, che ha allargato oltre ogni ragionevole misura il concetto di controllo, estendendolo anche al caso in cui esso sia riconducibile - in qualsiasi modo (!) - a più fondazioni.

Infatti il ricordato comma 5-bis nell'art. 6 del D.Lgs. n. 153/99 recita: "*Una società bancaria o capogruppo bancario si considera controllata da una fondazione anche quando il controllo è riconducibile, direttamente od indirettamente, a più fondazioni, in qualunque modo o comunque sia esso determinato*".

E quale sia l'*animus* con il quale va letta la norma in questione si ricava dall'art. 7 del regolamento attuativo (D.M. 2 agosto 2002, n. 217), il quale precisa al riguardo che "*una società bancaria o capogruppo bancario si considera controllata da una fondazione anche quando il controllo, nelle forme ex art. 6, commi 2 e 3 del D.Lgs. n. 153/1999 o comunque sia esso determinato, faccia capo, direttamente o indirettamente, in qualunque modo, a più fondazioni, anche se non siano legate da accordi*".

Ma per dare corpo al controllo di fatto congiunto occorre quanto meno che più soci si accordino fra loro, non essendo sufficiente a

integrare ragionevolmente tale modello la semplice presenza di più fondazioni nel capitale della banca conferitaria. Il che è anche derivabile, come concetto, dal semplice senso comune.

Sotto questo profilo è innegabile il buon fondamento dell'incidente di costituzionalità sollevato dal giudice rimettente al comma 10, dell'art. 11 L. n. 448 /2001, che ha introdotto il nuovo art. 5-*bis* del d. legislativo n. 153/ 1999 per violazione degli artt. 2, 3, 18, 41, 117 e 118 comma 4 della Costituzione.

Come è noto la legge collega conseguenze sostanzialmente sanzionatorie alla permanenza delle situazioni di controllo oltre la data del 15 giugno 2003, che possono giungere alla dismissione commissariale (art. 25, 3° comma D.Lgs. n. 153).

Ebbene non può che lasciar interdetti un regime normativo che, in pratica, descrive la nozione di controllo, riferita a più fondazioni, alla semplice loro appartenenza alla medesima compagine azionaria, indipendentemente da qualsiasi volontà di aggregare, a fini di controllo, le rispettive partecipazioni.

6.- In una simile cornice, è possibile in definitiva rilevare un vizio di diffusa irrazionalità dell'art. 11 della legge 448 del 2001, il quale:

a) interviene sull'attività istituzionale delle fondazioni con forte e inammissibile compressione dell'autonomia privata, senza neppur tenere conto della profonda diversità "ontologica" fra le fondazioni che ancora mantengono il possesso di partecipazioni di controllo, da un lato, e quelle che ormai appartengono pleno iure al terzo settore, dall'altro;

b) azzerà gli statuti, gli organi di indirizzo e di amministrazione,

anche per le fondazioni non più al controllo delle banche conferitarie: il che contrasta con il disegno voluto dalla riforma del Titolo V della Costituzione, risultando quanto mai lesivo dell'autonomia statutaria delle fondazioni bancarie e vanificando il lungo processo di adeguamento ai dettami della legge Ciampi, da poco concluso con l'approvazione dei nuovi statuti;

c) si pone in contrasto con la stessa legge di settore che pretende di novellare, attribuendo (diversamente dall'art. 10 del D.Lgs. n. 153/99, che disegna le funzioni dell'autorità di vigilanza in chiave temporanea e orientata al modello di fondazione ancora dotata del controllo sulla banca conferitaria) al Ministero dell'Economia e delle Finanze la potestà di attuare, in via regolamentare, disposizioni aventi carattere di definitività per lo status delle fondazioni, che abbiano già dimesso o meno le partecipazioni di controllo.

* * *

Per tutte le suesposte ragioni si chiede che l'Ecc.ma Corte Costituzionale voglia dichiarare incostituzionali le disposizioni riportate nella ordinanza del TAR Lazio 8 febbraio 2003 n. 810.

Con osservanza.

Roma, lì 26 marzo 2003

(Angelo Benessia)

(Natalino Irti)

(Mario Sanino)

