

CORTE COSTITUZIONALE

**Giudizio incidentale di illegittimità costituzionale di cui all'ordinanza di
rimessione n. 105/2003 del TAR Lazio, pubblicata con il n. 124 nella Gazzetta
Ufficiale del 12 marzo 2003**

Memoria

Nell'interesse della Fondazione Monte dei Paschi di Siena, in persona del suo Presidente legale rappresentante *pro tempore* Avv. Giuseppe Mussari, rappresentata e difesa nel corso del presente giudizio, congiuntamente e disgiuntamente tra loro, dal Prof. Avv. Pietro Rescigno e dal Prof. Avv. Luisa Torchia ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio legale della "Prof. Avv. Luisa Torchia ed altri s.t.p.", alla via Sannio n. 65, giusta procura speciale del 20 marzo 2003 a rogito del Notaio Riccardo Coppini di Siena ed avente rep. N. 37695 (doc. A),

Contro

il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro legale rappresentante *pro tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato, alla via dei Portoghesi n. 12,

per

la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art.11, commi 1, primo periodo, 2 e 3 della legge 28 dicembre 2001, n.448 e dell'art.7 comma 1 lett. aa) punto 2 della legge 1 agosto 2002, n.166, per contrasto con gli articoli 2, 3, 18, 41, 117 e 118 comma 4 della Costituzione; dell'art.11, comma 1, ultimo periodo della legge n.448/2001 per contrasto con gli articoli 70 e 117 della Costituzione; dell'art.11, comma 7 della legge n.448/2001 per contrasto con gli articoli 2, 3, 18 e 22 della Costituzione; dell'art.11, comma 10 della legge n.448/2001 per contrasto con gli articoli 2, 3, 18 e 41 della Costituzione; dell'art.11, comma 14 della legge n.448/2001 per contrasto con gli articoli 2, 3, 18, 41, 117 e 118 comma 4 della Costituzione

La Fondazione Monte dei Paschi di Siena è una fondazione di diritto privato ai sensi della legge 23 dicembre 1998, n. 461 e del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, avendo adottato il proprio Statuto, approvato dall'Autorità di vigilanza, in ottemperanza alle norme di legge, in data 8 maggio 2001 e avendo successivamente costituito i propri organi di indirizzo e di amministrazione secondo le disposizioni dello Statuto in data 31 agosto 2001. L'adozione dello Statuto ha comportato la definitiva trasformazione dell'ente in persona giuridica di diritto privato, dotata di piena autonomia statutaria e gestionale, ai sensi dell'art.2, comma 1, del d.lgs. n.153/1999.

Lo Statuto della Fondazione Monte dei Paschi di Siena, i suoi organi e i suoi programmi di attività sono stati sottoposti ad una nuova ed illegittima disciplina, in patente contrasto con l'autonomia privata della Fondazione, dal decreto ministeriale 2 agosto 2002, n. 217 che, in applicazione dell'art.11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, ha ridefinito le attività della fondazione, ha rideterminato la composizione degli organi di indirizzo, ha introdotto nuovi requisiti di professionalità ed onorabilità, ha stabilito nuove incompatibilità, ha introdotto una nuova disciplina della partecipazione bancaria di controllo, ha imposto l'obbligo di affidare la partecipazione bancaria di controllo ad una società di gestione del risparmio (s.g.r.), ha imposto la revisione dello Statuto, ha imposto la decadenza dell'organo di indirizzo e di quello di amministrazione e ha limitato l'attività della fondazione all'ordinaria amministrazione.

Il regolamento in questione, che è un regolamento ministeriale adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, in attuazione delle disposizioni dell'art. 11 della legge n. 448/2001, essendo profondamente lesivo dei diritti e degli interessi della Fondazione Monte dei Paschi di Siena e affetto da illegittimità derivata per illegittimità costituzionale dell'art. 11 della legge n. 448/2001, oltre che da vizi di illegittimità propri, è stato impugnato dalla Fondazione Monte dei Paschi di Siena dinanzi al Tar del Lazio. Il ricorso è stato

discusso, insieme ai motivi aggiunti successivamente proposti contro la lettera del 23.10.2002 del ministero dell'economia e delle finanze, all'udienza pubblica del 4 dicembre 2002, ad esito della quale il giudice di prime cure ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la prospettata questione di legittimità costituzionale e ha ordinato la rimessione degli atti alla Corte costituzionale, disponendo contestualmente la sospensione dell'efficacia degli articoli 7 e 9 del d.m. 217/2002 e della lettera del 23.10.2002 del Ministero dell'economia e delle finanze. L'ordinanza di rimessione n. 805/2003 è stata notificata alla Fondazione del Monte dei Paschi di Siena il 14 febbraio 2003 ed è stata pubblicata, con il numero 124, nella Gazzetta Ufficiale del 12 marzo 2003.

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* giunge a sollevare la questione di legittimità costituzionale oggi all'esame di codesta Ecc.ma Corte in base ad un *iter* logico e argomentativo articolato, che muove dalla accertata natura privatistica delle fondazioni di origine bancaria, esamina la disciplina alla quale esse sono sottoposte, individua le specifiche norme di tale disciplina che hanno l'effetto di superare il grado di compressione che è possibile imprimere all'autonomia privata senza che ciò si traduca in "uno stravolgimento della sua stessa nozione e del suo nucleo essenziale, che la Carta costituzionale ha inteso preservare", analizza infine in dettaglio per ciascuna norma la rilevanza rispetto al giudizio in corso e le ragioni di contrasto con specifici parametri costituzionali.

Il giudice remittente riscontra, nell'indagine condotta in relazione alla natura privatistica delle fondazioni di origine bancaria, una "opzione legislativa generale" per l'affidamento della materia delle fondazioni di origine bancaria al diritto privato ribadita anche nei più recenti interventi legislativi e, in particolare, con l'art.11 della legge n.448/2001 e con l'art.5 del d.l. 15 aprile 2002, n.63, conv. con legge 15 giugno 2002, n.112. Il citato art.11 della legge n.448/2001 non modifica infatti sotto nessun profilo la definizione della natura degli enti e la piena autonomia ad essi riconosciuta dall'art.2 del d.lgs. n.153/99. Una conferma in tal senso si ha persino per quanto riguarda il regolamento attuativo, che è stato

infatti sottoposto in schema al parere del Consiglio di Stato (doc.1) - e poi emanato come d.m. n. 217/2002 (doc.2) - in quanto esercizio della potestà regolamentare nella materia "ordinamento civile", attribuita alla competenza esclusiva dello Stato dall'art.11, c. 2, lett. 1. Nello stesso parere il Consiglio di Stato riconosce la sussistenza della potestà regolamentare statale proprio in ragione dell'appartenenza della materia delle fondazioni di origine bancaria all'ordinamento civile e, conseguentemente, della qualificazione delle fondazioni come soggetti dell'ordinamento civile, dotati di autonomia privata. Ugualmente, l'art.5 del d.l. n.63/2002, con norma di interpretazione autentica, conferma il regime privatistico delle fondazioni, qualificandolo come "speciale". Sulla portata e gli effetti di tale specialità conduce un'apposita e attenta indagine il giudice remittente, esaminando il contenuto della norma e la sua ratio, anche alla luce dei lavori preparatori, dopo aver preliminarmente ricordato come, alla luce della costante giurisprudenza costituzionale, la norma legislativa può qualificarsi interpretativa solo quando si limita a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente, non integra il precetto di quest'ultima e non adotta un'opzione ermeneutica non desumibile dalla ordinaria attività di esegesi della stessa. L'esame dei lavori parlamentari (docc.3, 4, 5) ha consentito al giudice di accertare che la norma in esame aveva la specifica funzione di "esplicitare agli organi della Comunità europea le motivazioni della particolarità del regime fiscale delle fondazioni, precisando che non si tratta di aiuti di Stato", mentre al contempo si escludeva qualsiasi intento di "pubblicizzare" le fondazioni. La "specialità" delle fondazioni non riguarda, quindi, la loro natura, ma attiene alla disciplina cui sono sottoposte, disciplina che si pone rispetto alla disciplina codicistica in rapporto di *species a genus*: la disciplina di specie non può quindi avere caratteri tali da rendere irriconoscibile la sua appartenenza al *genus*. Caratteristica prima e fondamentale della disciplina generale è il riconoscimento, appunto, dell'autonomia statutaria e gestionale: autonomia che può sì incontrare limiti, ma a condizione che si tratti di limiti compatibili con il suo nucleo

essenziale e che non finiscano per rendere impossibile e non esercitabile quella libertà per il godimento della quale l'autonomia è riconosciuta.

Il giudice remittente svolge l'esame analitico dei singoli motivi di ricorso e delle singole norme con essi censurati, indicando puntualmente sia le ragioni della rilevanza rispetto al giudizio in corso, sia le ragioni della non manifesta infondatezza di ciascuna questione sollevata in relazione alla violazione ed eccessiva compressione della piena autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni, che, nel suo nucleo essenziale, comporta la libertà per le fondazioni di darsi un proprio atto fondamentale che ne rispecchi i caratteri individuali e peculiari, la libertà di formazione della volontà e la libertà, quale mezzo al fine, di darsi una propria struttura e organizzazione: libertà che sono state conformate, incise e compresse, dalle norme oggetto del presente giudizio di costituzionalità, in misura eccessiva e sproporzionata, sino all'annullamento anche dello spazio minimo di autonomia, con conseguente violazione dei parametri costituzionali di cui agli articoli 2, 3, 18, 22, 41, 117 e 118 comma 4 della Costituzione.

Si costituisce nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale così instaurato la Fondazione Monte dei Paschi di Siena con la presente memoria, al fine di sostenere la illegittimità costituzionale delle norme sottoposte al vaglio della Corte costituzionale per i motivi di diritto illustrati di seguito.

Le questioni di costituzionalità sottoposte al vaglio di codesta Ecc.ma Corte vertono tutte intorno ad una questione generale: in quale misura e con quali strumenti il legislatore ordinario possa apporre limiti, vincoli e obblighi all'autonomia di soggetti privati, in particolare per quel che riguarda la formazione della volontà, la determinazione dell'organizzazione e lo svolgimento dell'attività. L'esame di tale questione generale con riferimento concreto alle norme oggetto del giudizio di costituzionalità richiede preliminarmente una illustrazione sintetica del quadro istituzionale e normativo all'interno del quale si sono andate a collocare le norme dell'art.11 della legge n.448/2001, per verificare

in che misura esse innovino l'assetto preesistente, se le innovazioni apportate siano coerenti e congruenti con la disciplina complessiva e per quali specifici profili esse configurino una violazione dei principi e dei parametri costituzionali di riferimento.

A tale fine, si ripercorrerà prima per sommi capi la storia delle fondazioni di origine bancaria e si esamineranno poi in dettaglio le specifiche censure di incostituzionalità.

1. L'origine delle "fondazioni bancarie": dalle opere pie alle casse di risparmio

La storia delle odierne fondazione di origine bancaria è una storia secolare, che affonda le sue radici nella costituzione delle prime opere pie, costituite in forma di associazione o di fondazione, al fine filantropico di combattere il pauperismo e di fornire anche alle classi più povere la possibilità di costituire piccoli depositi, ai quali attingere contro difficoltà ed eventi imprevisi. La funzione di beneficenza e previdenziale è quindi, all'origine, del tutto prevalente rispetto a quella di raccolta del risparmio, che viene incentivata al solo fine, appunto, di costituire una fonte di sicurezza e riparo rispetto ai rischi della vita. Tale scopo originario è evidente, per quanto riguarda specificamente il Monte dei Paschi di Siena, nell' "Istrumento di Fondazione", rogato da quattro cittadini, su mandato del Collegio della Balìa, il 2 novembre 1624, al quale si connettono i capitoli che definivano gli assetti organizzativi del Monte (doc.6).

L'attività di raccolta (e remunerazione) del risparmio si afferma invece lentamente nel corso del XIX secolo, via via che l'attività delle opere pie si estende dagli strati più poveri della popolazione verso i ceti medi e, a fronte della costituzione di significative disponibilità liquide, si amplia l'attività volta all'impiego redditizio delle stesse. Alla fine del secolo l'originaria anima assistenziale e la nuova anima bancaria convivono all'interno di opere pie che vanno sempre più spesso sotto il nome di casse di risparmio e, proprio in ragione dell'attività bancaria, vengono sottoposte alla legislazione crispina, volta ad

imporre un controllo statale centralizzato sulle attività private. La legge del 1888 sulle casse di risparmio anticipa di soli due anni la legge del 1890 sulle Ipb e partecipa della stessa ispirazione statalista e panpubblicistica. La legge del 1888, peraltro, pur facendo leva sull'attività bancaria, non cancella le attività assistenziali e di erogazione e non scioglie sino in fondo le questioni relative alla natura delle casse di risparmio, che continuava a mantenere un carattere ibrido e ad essere discussa nei tribunali. A riprova della perdurante incertezza sulla natura dell'attività e degli enti basta ricordare che la giurisprudenza della Cassazione dovette tornare più volte sul tema e solo negli anni '30 dichiarò con nettezza la natura pubblica, anche in conseguenza della legislazione bancaria del 1926 che aveva ascritto le casse all'ordinamento creditizio. Il processo di pubblicizzazione e di attrazione fra gli enti creditizi in senso proprio si compie poi con la legge bancaria 1936-38, ove, per quanto riguarda espressamente il Monte dei Paschi di Siena, si "dichiara", con l'art.25, la natura di ente pubblico (mentre per altre banche la legge "conferma" la stessa natura pubblica: doc.7).

Le casse di risparmio vengono così inserite all'interno di una disciplina fortemente dirigistica, con caratteri tali di compiutezza e autosufficienza da dar vita ad un nuovo fenomeno giuridico, subito ricostruito, grazie alla straordinaria capacità di Massimo Severo Giannini di interpretare e utilizzare l'elaborazione romaniana sugli ordinamenti giuridici, come una nuova nozione del diritto amministrativo: l'"ordinamento sezionale", definito come *"un raggruppamento disposto dalla legge di operatori di un medesimo ramo, sottoposti a direzione di un potere pubblico, il quale può inoltre dettare norme interne che gli appartenenti al gruppo sono tenuti ad osservare sotto comminatoria di sanzioni provvedimentali, che possono giungere all'espulsione dal gruppo - e perciò al non poter più svolgere attività . o all'estinzione giuridica dello stesso operatore"* e qualificato quindi come *"uno strumento ancor più penetrante della concessione"* (M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia. Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1939, pp.1-29 e, in termini generali

sulla nozione in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, p,200). L'ordinamento sezionale porta con sé una funzionalizzazione dell'attività di impresa – e cioè una trasformazione dei limiti esterni all'iniziativa privata in fini della stessa iniziativa - che, ammissibile negli anni '30, pone da subito gravi dubbi di legittimità nel nuovo quadro costituzionale e ha imposto una lettura distinta e separata degli artt.41 e 47 della Costituzione, basata sulla "specialità" delle banche come operatori economici. Tale specialità, nonostante la "lunga durata" della legge bancaria, si è peraltro dissolta a seguito del processo di integrazione comunitaria, che ha imposto una ridefinizione della disciplina introducendo i principi di liberalizzazione e di concorrenza e ha ridotto assai significativamente i poteri pubblici di autorizzazione, indirizzo e controllo, inserendoli nel quadro del mercato unico europeo.

A fonte di questo radicale mutamento è iniziata anche la revisione della disciplina delle casse di risparmio, con una serie di interventi legislativi volti a distinguere l'attività bancaria dall'attività assistenziale e a disegnare una diversa strumentazione giuridica per lo svolgimento delle diverse attività.

2. Dall'ente conferente alla fondazione “di origine bancaria”: la *ratio legis* della legge n. 461/1998 (legge Ciampi).

Il nuovo assetto trova una prima configurazione nella legge di delega n.281/1990, con la quale si persegue la c.d. “privatizzazione fredda” delle banche, e cioè la trasformazione delle aziende in società per azioni, ma senza giungere al trasferimento del loro controllo da soggetti pubblici a soggetti privati: tanto è vero che la delega prevedeva che il governo dovesse introdurre una disciplina "*volta a garantire la permanenza del controllo diretto o indiretto di enti pubblici sulla maggioranza delle azioni con diritto voto nell'assemblea ordinaria*" della società per azioni bancaria (art.2, c.1, lett. d)). Quanto alle modalità di privatizzazione, la legge non prevede la diretta trasformazione della cassa in società per azioni - come si era fatto, invece, per i principali enti pubblici economici quali l'Iri, l'Eni, l'Enel e l'Ina – proprio perchè la diretta trasformazione degli istituti di credito

pubblici in società per azioni avrebbe comportato il problema di individuare il soggetto in capo al quale attribuire la titolarità del capitale sociale: la soluzione, adottata per gli enti pubblici economici, di imputare la titolarità al ministero del tesoro avrebbe avuto l'effetto negativo di affidare allo stesso ministero un controllo troppo ampio sul settore creditizio, a scapito dell'autonomia delle aziende.

Si prevede, così, invece, prima il conferimento dell'azienda bancaria ad una società e l'imputazione del pacchetto azionario all'ente conferente, di modo che a fronte del preesistente ente creditizio vengono in essere due soggetti: la banca, in forma di società per azioni, e l'ente conferente, in forma di ente pubblico non economico (legge n.281/1990 e decreto delegato di attuazione n.356/1990). L'ente conferente - che ha "*piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato*" (art.11, c.2 del d.lgs. n.356/1990) - non può esercitare attività creditizia e il suo scopo principale è la gestione della partecipazione di controllo nella società bancaria, dalla quale derivano redditi che consentono all'ente stesso di procedere ad erogazione di contributi a "*fini di interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori della ricerca scientifica, della istruzione, dell'arte e della sanità*" (art.12, c.1, lett. a, primo periodo). La nuova disciplina prevedeva, inoltre, che l'ente potesse mantenere "*le originarie finalità di assistenza e di tutela delle categorie sociali più deboli*" (art.12, c.1, lett. a, secondo periodo), rafforzando così la natura non creditizia degli enti conferenti, che proprio per tale ragione venivano contestualmente sottratti al controllo della Banca d'Italia e affidati alla vigilanza del ministero del Tesoro. Nascono, così, degli enti di "origine bancaria", caratterizzati da una natura ibrida, che produce numerose incertezze, aggravate prima dall'abrogazione, disposta con il testo unico bancario n.385/1993 di tutte le disposizioni dalle quali discendeva la natura giuridica pubblica delle casse di risparmio e poi dall'esito del referendum abrogativo del 5 aprile 1993 che ha abrogato le disposizioni vigenti in materia di nomina governativa dei vertici delle fondazioni derivanti dalle casse di risparmio.

Proprio con i problemi interpretativi derivanti da tale natura ibrida (v. in proposito Corte costituzionale, sentenza n.163/1995) e con la convinzione che fosse necessario completare il processo di privatizzazione anche sul piano degli assetti proprietari e non soltanto sul piano della qualificazione formale delle banche come società per azioni, si giustifica qualche anno dopo un nuovo intervento legislativo, con la legge delega n.461/1998 (non a caso intitolata "*Delega al Governo per il riordino civilistico e fiscale degli enti conferenti*") e il successivo d.lgs. n.153/1999.

E' di grande rilevanza, ai fini del presente giudizio di costituzionalità, la chiara individuazione delle finalità perseguite e della *ratio legis* ispirativa della nuova disciplina, in quanto si tratta proprio della disciplina che le norme qui sottoposte al vaglio di costituzionalità hanno modificato in profondità, producendo contraddizioni, incoerenze e incongruenze che hanno originato il dubbio di costituzionalità nel giudice remittente.

Le finalità perseguite risultano con chiarezza dalla relazione di accompagnamento all'AC 3194 presentato il 12 febbraio 1997 dall'allora ministro del tesoro e del bilancio e della programmazione economica Ciampi, di concerto con il ministro delle finanze Visco, poi divenuto la legge n.461/1998, ove si legge: "*per questa via si restituisce all'autonomia privata la realtà storica di patrimoni accumulati nel tempo anche per l'apporto di singoli che hanno originariamente contribuito in molte zone del Paese alla creazione di casse di risparmio entro le quali il far credito si è ampiamente coniugato con iniziative di solidarietà sociale secondo la logica di quel che oggi si sua chiamare il "privato sociale" e, specificamente sulla natura giuridica: "Lungo la prospettiva indicata appare preliminare porre termine alla disputa sulla natura giuridica, pubblica o privata, delle fondazioni di origine bancaria o, come denominate nella legge n.218 del 1990, enti conferenti. L'incertezza residua su questo punto e il progressivo ritorno, anche semantico, e per via giurisprudenziale, a prevalenti qualificazioni giuspubblicistiche fanno ritenere urgente una definizione più congrua non solo e*

non tanto al termine fondazione, quanto alla missione ed alle funzioni esercitate: occorre definire, cioè, gli enti come dotati di personalità giuridica di diritto privato con piena autonomia statutaria e gestionale. L'espressa sottolineatura di tale autonomia non è pleonastica, come potrebbe sembrare una volta attribuita con chiarezza la personalità giuridica di diritto privato. Essa serve ad interrompere la logica di carattere centralistico ed autoritario che fonda il regime concessorio e autorizzatorio tuttora vigente anche quando è applicato con saggezza e lungimiranza, per le persone giuridiche private senza fine di lucro di cui al libro primo del codice civile."

La volontà di inserire i nuovi enti nel novero delle organizzazioni senza fini di lucro risulta con chiarezza anche dal regime tributario previsto, che è per l'appunto, quello delle organizzazioni senza fini di lucro (Onlus).

Nella stessa direzione va l'opera del legislatore delegato: si legge nella relazione di accompagnamento al d.lgs. n.153/99: "*elemento qualificante è costituito dall'attribuzione alle fondazioni della natura privatistica. Essa costituisce la base per la ricostruzione di una loro rinnovata disciplina civilistica, immaginata come tappa iniziale di un processo riformatore che dovrà interessare la disciplina generale delle fondazioni contenuta nel libro primo del codice civile*".

La finalità di restituzione degli enti alle loro originarie funzioni e, conseguentemente, la trasformazione degli enti pubblici non economici in fondazioni di diritto privato, comporta una serie di significative innovazioni rispetto all'assetto precedente. In primo luogo, mentre per gli enti conferenti lo scopo primario era la detenzione della partecipazione nella banca, mentre l'attività di erogazione era solo un fine secondario, con la legge n.461/1998 questo rapporto si capovolge, perché si prevedono incentivi per la dismissione della partecipazione bancaria di controllo e l' "utilità sociale" diviene lo scopo prevalente. Tale prevalenza porta con sé una ridefinizione complessiva della "missione" delle fondazioni, in quanto ai "*fini di interesse pubblico e di utilità*

sociale" previsti dal d.lgs. n.356/1990 all'art.12. comma 1, lett. a), si sostituiscono gli "*scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico*" (art.-2, comma 1, lett. a) della legge n.46171998), da perseguire con carattere di esclusività: e ciò che conta nella nuova formulazione non è solo l'abbandono della formula "fini di interesse pubblico", ma anche la sostituzione della parola "fini" con la parola "scopi" relativamente all'utilità sociale, a riprova del mutato rapporto tra eterodirezione ed autodeterminazione che si voleva conseguire.

La *ratio legis* è quindi individuabile nella volontà e nell'esigenza di garantire, prima e nell'immediato, la trasformazione degli enti pubblici conferenti in fondazioni di diritto privato e di assicurare, a regime, l'evoluzione in senso realmente privatistico delle fondazioni, senza ritorni verso un assetto pubblicistico che si riteneva superato e inadoneo a garantire gli scopi di utilità sociale posti quale nucleo essenziale e centrale della "missione" delle fondazioni. A tal fine si prevede che ciascuna fondazione adotti un nuovo statuto, soggetto all'approvazione - che può peraltro esprimersi anche mediante silenzio-assenso - dell'autorità di vigilanza e che si dia un nuovo assetto organizzativo conforme alla mutata natura dell'ente: all'approvazione dello statuto consegue l'acquisizione della personalità giuridica di diritto privato e la configurazione delle fondazioni, come "*persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale*" che "*perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti*", a norma dell'art.2, c.1 del d.lgs. n.153/99, rimasto immutato pur dopo la novella apportata dall'art.11 della legge n.448/2001.

Anche il regime della vigilanza sulle fondazioni è diversamente disciplinato per la fase transitoria e per la fase a regime, attribuendo al ministero del tesoro le funzioni di vigilanza sino alla trasformazione degli enti pubblici in fondazioni e prevedendosi poi che le fondazioni stesse siano sottoposte, una volta completato il processo di trasformazione, insieme a tutti gli enti di cui al titolo II del libro I del

codice civile alla vigilanza di una nuova autorità, da costituire appositamente (art.10, comma 1, del d.lgs. n.153/99).

Il legislatore non intendeva, quindi, creare una stabile e permanente nuova categoria di enti, dalla natura “speciale”, in relazione ai quali dettare una disciplina altrettanto speciale, ma piuttosto dettare regole per un processo di trasformazione che aveva un approdo certo e predefinito: l’acquisizione della persona giuridica di diritto privato e della piena ed effettiva autonomia statutaria e gestionale, come stabilito sia dalla legge di delega, sia dal decreto delegato di attuazione, per questo aspetto non modificato dalla novella del 2001. Occorre distinguere, di conseguenza, anche secondo una recente indicazione della giurisprudenza costituzionale (sentenze n.341 e soprattutto n.342 del 2001, ove si rileva come *"dopo le modifiche statutarie, si porrà il problema del coordinamento con il nuovo regime delle persone giuridiche private e delle trasformate istituzioni pubbliche di assistenza in associazioni e fondazioni con personalità di diritto privato senza fine di lucro, anche in relazione agli scopi ed ai settori di attività previsti per la fondazione (ex bancaria) ed alle materie di competenza (esclusiva o concorrente) regionale ed ai poteri regionali in ordine alle persone giuridiche private"*), all’interno della disciplina due insiemi di previsioni legislative: quelle volte a regolare la fase (transitoria) di trasformazione e quelle destinate a regolare la fase (definitiva) successiva alla trasformazione. Le previsioni del primo gruppo sono destinate a perdere di efficacia con il compimento della trasformazione, mentre le previsioni del secondo gruppo sono destinate a regolare le fondazioni quali enti senza scopo di lucro e non si può quindi, a pena di creare una patente contraddizione e illogicità *intra legem* estendere la portata delle previsioni del primo gruppo oltre la fase transitoria e, ancor peggio, accentuarne il carattere intrusivo rispetto all’autonomia privata e dar loro il carattere di una disciplina stabile e permanente, quando invece le limitazioni all’autonomia privata trovavano giustificazione – e ambito di applicazione – nella necessità di

promuovere e compiere un processo di trasformazione, di modo che una volta esaurito tale processo la giustificazione stessa delle limitazioni viene a mancare.

Che la *ratio legis* non consista nella creazione di un nuovo settore sottoposto a permanente disciplina pubblica (o, comunque, speciale rispetto ad altri soggetti dell'ordinamento) è del resto provato anche sul piano fattuale, in quanto per definizione le fondazioni di origine bancaria in quanto tali sono un *numerus clausus* di enti, una categoria alla quale nessun altro ente potrebbe accedere in futuro e che è, anzi, come categoria, transitoria e destinata a scomparire e a “dissolversi” nel mondo degli enti senza scopo di lucro, una volta data applicazione alle norme di legge e completato il processo di revisione statutaria.

A tale processo di revisione statutaria previsto dalla legge ha dato applicazione come tutte le altre fondazioni, la Fondazione del Monte dei Paschi di Siena, adottando, previa approvazione dell'autorità di vigilanza, il proprio statuto in data 8 maggio 2001 (doc.8) e acquisendo, quindi, per diretta previsione e qualificazione legislativa, la natura di persona giuridica senza fini di lucro, dotata di piena autonomia statutaria e gestionale. Si è compiuto così il percorso previsto dal legislatore, con il definitivo ingresso delle fondazioni "di origine bancaria" nel novero delle persone giuridiche private, dotate di autonomia costituzionalmente tutelata e garantita.

In posizione del tutto contraddittoria e contrastante con tale percorso e con il suo punto di approdo, si pongono le norme di modificazione al d.lgs. n.153/99 introdotte, con l'art.11 della legge n.448/2001 (legge finanziaria del 2002), norme che, pur lasciando immutata la previsione relativa alla personalità giuridica di diritto privato e alla piena autonomia statutaria e gestionale di cui all'art.2, c.1, impongono un insieme di vincoli, obblighi e divieti incompatibili, individualmente e nel loro complesso, con la stessa autonomia, in quanto incidono sui tre momenti fondamentali che costituiscono il nucleo irriducibile e incompressibile dell'autonomia e cioè la libertà di scelta – e quindi il diritto di non essere costretto a svolgere un'attività contro il proprio volere - la libertà di

svolgimento dell'attività – e quindi il diritto di disporre delle risorse e degli strumenti operativi – e, quale mezzo al fine, la libertà di autoorganizzazione. Sui motivi di incostituzionalità di tali norme si soffermano le considerazioni esposte di seguito, affrontando preliminarmente i profili generali e successivamente la disamina puntuale delle singole e specifiche questioni.

3. Le violazioni dell'autonomia privata delle fondazioni: profili generali.

La questione di costituzionalità sollevata e poi ribadita dal TAR Lazio riguarda, nella sostanza, le violazioni della natura privatistica riconosciuta dalla legge, e più esattamente da una sequenza di atti normativi, alle fondazioni di origine bancaria: indole di enti di diritto privato con piena autonomia statutaria e gestionale, alla stregua di una specificazione contenuta nei testi che hanno provveduto a definirne struttura e funzione.

La richiamata configurazione appare coerente col rapporto – che pure si è cercato di ricordare e mettere in luce – tra la qualità di enti creditizi dismessa e il carattere di organizzazioni non di profitto acquisito (o, meglio, recuperato) dagli enti conferenti. Si è già rapidamente rammentata la vicenda delle fondazioni bancarie, e del disegno di politica del diritto perseguito nei loro confronti, muovendo dall'originaria preminenza del momento della detenzione e controllo della partecipazione bancaria e giungendo in virtù della legge n. 461/1998 (legge Ciampi) all'obbligo di dismetterla per assicurare quindi il primato esclusivo degli scopi di utilità sociale da realizzare.

Nell'iter previsto si sono già esaurite talune fasi di determinante rilievo: il compimento delle stesse ha consentito di esprimere in dottrina la convinzione che si sia già completamente verificata la transizione degli enti alla condizione di persone giuridiche private, con tutti gli esiti che ne derivano, a partire dalla riserva alla legge statale della competenza a fissarne ed a modificarne il regime.

L'opinione espressa in proposito anche di recente dall'autorità della Corte costituzionale (sentenze n.341 e n.342 del 2001) è fondata su una più attenta considerazione della complessità del procedimento che conduce gli enti a divenire

persone giuridiche private, in ragione dell'esigenza di far salve – per il tempo della conservazione del controllo sulla banca – le regole relative alla formazione degli organi che trovano la loro fonte negli ordinamenti regionali, e specificamente nella normativa delle regioni a statuto speciale.

Il principio posto dalla Corte – con evidente limitazione a profili che riguardano gli enti conferenti in ordine a finalità abbandonate o in via di definitivo superamento – suggerisce una ulteriore prospettazione dei denunciati aspetti di illegittimità costituzionale, per integrare e chiarire il discorso sviluppato nell'ordinanza di rimessione. Vuol dirsi, in breve, che non può sottrarsi alla censura ed al giudizio di incostituzionalità, pure in pendenza di una fattispecie condizionata nei suoi effetti finali al verificarsi di una serie di eventi, la norma sopravvenuta che impedisca o pregiudichi l'effetto a cui è preordinato il regime della materia, ed un regime costruito in conformità dei principi costituzionali.

Si ritorna in ogni caso, anche in tale ottica, al tema della personalità di diritto privato e dell'autonomia statutaria e gestionale degli enti non lucrativi, e specificamente delle fondazioni di origine bancaria. La natura di persone giuridiche private, delle fondazioni di cui si discute, più volte ribadita anche in sede di attuazione delle misure legislative, non è meramente retorica ma costituisce la premessa e deve servire da criterio di giudizio dell'intera normativa. La qualificazione del resto, piuttosto che il risultato di una costruzione legislativa, restituisce formale valore alle modalità attraverso le quali le fondazioni in parola vennero storicamente ad inserirsi nell'esperienza concreta, talora in virtù di contratti associativi e altre volte a seguito dell'unilaterale vincolo di un patrimonio allo scopo.

La materia delle persone giuridiche private, come è noto, è stata oggetto di vivace riflessione e di largo dibattito nel nostro paese, sulla spinta dell'ideale pluralista e del principio di sussidiarietà a cui si ispira il testo costituzionale. Il regime del codice civile, ancora dominato dallo sfavore e dalla emarginazione dei corpi intermedi, è stato sottoposto ad un esame critico che ha portato, sia pure in

virtù di interventi spesso episodici e non coordinati, ad una rielaborazione normativa. Le fondazioni bancarie potevano rappresentare su vari problemi una prefigurazione o l'anticipazione di discipline più ampie, destinate a comprendere l'intero settore degli enti non profit; ma la garanzia indeclinabile apprestata, ad ogni altra pregiudiziale, è costituita proprio dall'indole privatistica degli enti e del relativo regime, nel segno della preminenza del momento dell'autonomia negoziale rispetto alla vigilanza ed al controllo esercitato del pubblico potere in ragione delle finalità in senso largo 'pubbliche' (e cioè di utilità collettiva) assolte dai privati.

Nel disegno del codice civile, che corrispondeva all'ideologia dello Stato autoritario, il controllo politico-amministrativo, dalla costituzione e su tutta l'attività degli enti, riduceva in ambiti ristretti l'esercizio dell'autonomia negoziale; ma nemmeno in quel contesto si realizzava la 'specialità' degli enti nel confronto con gli altri soggetti, o della disciplina rispetto al diritto privato comune (che nel codice civile, soprattutto per ragioni storiche, trova la fonte dotata del più alto grado di organicità e coerenza).

La riforma del sistema delle persone giuridiche del primo libro del codice civile si è in parte attuata e si va completando non solamente nel senso di rimuovere la palese discriminazione operata o tollerata dal vecchio legislatore, con l'assicurare alle organizzazioni di profitto del quinto libro l'immunità dai controlli del potere politico-amministrativo. L'obiettivo di superare le disparità di trattamento si traduce nell'attenuazione dei controlli sull'attività e sulla rispondenza ed adeguatezza dei mezzi patrimoniali disponibili rispetto agli scopi ideali iscritti nelle tavole statutarie. Gli interventi sulle fondazioni bancarie, attraverso le norme ora sottoposte al vaglio di costituzionalità, non solo accrescono la sfera pubblica della vigilanza ma a dirittura si risolvono nella pretesa di un'azione dirigistica circa le attività su cui impegnare le fondazioni e gli organi preordinati a determinare le scelte e le modalità operative delle regole statutarie, come risulta dalle considerazioni relative alle specifiche censure svolte

di seguito.

4. Violazione degli articoli 2, 3, 18, 41 e 118 comma 4 della Costituzione in relazione alla determinazione vincolante dei settori ammessi e dell'obbligo di svolgere l'attività esclusivamente in essi. Violazione dell'art.117 in relazione ai settori competenza regionale. Violazione dell'art.70 e dell'art.117 in relazione alla previsione della modifica in via regolamentare dell'elenco dei settori ammessi.

Come si è già ricordato in precedenza, il d.lgs. n. 153/99 prevedeva, in attuazione della legge di delega n.461/1998, l'indicazione di alcuni settori rilevanti coincidenti con il tradizionale ambito delle attività di erogazione (ricerca scientifica, istruzione, arte, conservazione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali e dei beni ambientali, sanità, assistenza alle categorie sociali deboli) e rimetteva allo statuto della fondazione la libera individuazione dei settori di attività, con l'unico vincolo di comprendere almeno uno dei settori rilevanti: tale vincolo trovava peraltro giustificazione nell'ambito del processo di trasformazione degli enti conferenti in fondazioni di diritto privato, in quanto si trattava di attribuire scopi di utilità sociale a patrimoni sino a pochi anni prima finalizzati all'esercizio di un'attività di impresa, quale quella bancaria (l'art.2, comma 2, prima della modifica apportata con l'art.11 della legge n.448/2001 prevedeva: "*Lo statuto individua i settori ai quali ciascuna fondazione indirizza la propria attività, comprendendo fra questi almeno uno dei settori rilevanti*").

Tale disciplina, ragionevole e rispettosa dell'autonomia della fondazione, è stata profondamente modificata e snaturata con l'art.11, commi 1, 2 e 3 della legge n. 448/2001, che ha: a) introdotto la categoria dei "settori ammessi", all'interno della quale si trova una congerie di settori fortemente eterogenei sia fra loro, sia rispetto agli scopi di utilità sociale propri delle fondazioni; b) imposto l'obbligo a ciascuna fondazione di operare "esclusivamente" nei settori ammessi, mentre in precedenza l'esclusività era riferita in generale agli scopi di utilità sociale; c) imposto a ciascuna fondazione di scegliere solo tre settori, qualificati come

"rilevanti" all'interno dei settori ammessi, nonché il divieto di modificare tale scelta per almeno tre anni; d) imposto l'obbligo per le fondazioni di assicurare *"singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse e dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale"*; e) previsto che l'autorità di vigilanza, e cioè il ministero del tesoro possa, con un mero regolamento di cui all'art.17, c.3 della legge n.400/1988, modificare l'elenco dei settori ammessi stabilito con norma di legge.

Le norme in esame presentano numerosi profili di contrasto con la Costituzione, in quanto comprimono in modo irragionevole e in misura sproporzionata l'autonomia della fondazioni, togliendole ogni margine di scelta in ordine ad un elemento fondamentale come lo scopo della fondazione. La disciplina interviene, infatti, sul delicato rapporto tra patrimonio e scopo che è proprio di ogni fondazione e lo eterodetermina, cancellando ogni spazio per l'autodeterminazione.

Viene in rilievo, in primo luogo, la restrizione posta all'autonomia della fondazione con l'obbligo di operare esclusivamente nei settori ammessi. Si cancella, così, il ragionevole bilanciamento operato precedentemente dal legislatore fra autodeterminazione – per cui la fondazione poteva, nell'ambito degli scopi di utilità sociale, scegliere liberamente i settori di attività – ed eterodeterminazione, per cui la fondazione doveva operare anche in uno (e uno soltanto) fra i settori indicati dal legislatore. Lo spazio riservato all'autodeterminazione viene eliminato e la volontà eteronoma determina per intero i confini dell'ambito di operatività della fondazione: l'obbligo di operare esclusivamente nei settori ammessi si pone quindi in contrasto con le garanzie costituzionali delle quali gode l'autodeterminazione dei soggetti privati e risulta non necessario, né idoneo rispetto alla *ratio legis* prima individuata, in quanto per portare a compimento il processo di trasformazione di enti (ex) creditizi e assicurare la loro operatività come enti senza scopo di lucro era sicuramente sufficiente l'obbligo di operare esclusivamente per scopi di utilità sociale,

secondo la originaria previsione o modificata dall'art.11 della legge n.448/2001 (sul ruolo della *ratio legis* come parametro di valutazione della ragionevolezza delle singole prescrizioni, Corte costituzionale, sentenza n.72/1976: "*la ratio legis colora di ragionevolezza l'intervento del legislatore e il buon uso da esso fatto di quel potere di discrezionalità politica che gli è proprio*"; sentenza n.283/1985; sentenza n.2/1997).

Persino sul piano lessicale, del resto, la formula "settori ammessi" rinvia ad un potere pubblico di "ammissione" che è ormai evenienza del tutto residuale nel nostro ordinamento e che è in evidente contrasto con la libertà di scelta connaturata all'autonomia privata (Corte costituzionale, ordinanza n.428/2000; già nella sentenza n.500/1993 si erano ritenute ragionevoli, con riferimento al d.lgs. n.356/1990, le norme relative ai settori di attività e alla destinazione obbligatoria di una parte del reddito proprio misurandone la conciliabilità sia con "*l'apporto originale insito nella logica del volontariato, sia con l'autonomia degli enti, lasciando facoltà di perseguire dette finalità nell'ambito di uno o più settori indicati, i quali coprono peraltro tutta la gamma delle attività di interesse sociale*"). Tale libertà di scelta muta radicalmente di ambito e contenuto a seguito della novella apportata con l'art.11 della legge n.448/2001, in quanto essa è limitata alla possibilità di individuare, fra i settori ammessi ed esclusivamente fra di essi, tre settori rilevanti. Anche questa limitatissima libertà di scelta è peraltro immediatamente incisa da una ulteriore restrizione, in quanto la scelta dei tre settori non può essere modificata per almeno tre anni. La finalità di questa duplice restrizione – solo tre settori e per almeno tre anni – sarebbe, a prima vista, del tutto incomprensibile, in quanto dalla lettura della norma non è dato di rilevare alcun indizio circa la sussistenza di un interesse, pubblico o di altro genere, la cui tutela giustificerebbe le limitazioni in oggetto. Il limite posto all'autonomia della fondazione non ha quindi quel carattere di coesistenzialità che la giurisprudenza costituzionale ritiene condizione necessaria di legittimità, in quanto la compressione di un diritto o libertà può giustificarsi solo se sia necessaria ad

assicurare la tutela di altro diritto o libertà che goda di eguale livello di protezione (*ex multis*, fra le più recenti, sentenze n. 231/1994 e n.330/1999).

Il limite risulta inoltre irragionevole quanto al suo concreto contenuto: perché proprio tre settori e perché proprio tre anni? La norma certo non persegue uno scopo di specializzazione di ciascuna fondazione: tale scelta, già presente e scartata al momento dell'approvazione della legge n.461/1998 non è in alcun modo esplicitata e avrebbe del resto richiesto mezzi ben più idonei allo scopo. Nessun riferimento viene fatto ad altri interessi la cui tutela è espressamente prevista dalla legge, come ad esempio la garanzia di redditività del patrimonio o la sana e prudente gestione. L'obbligo di limitare l'attività ai settori ammessi e di indicare fra questi tre settori rilevanti per tre anni è, dunque, irragionevole e viola l'art.3 della Costituzione, oltre a contrastare, senza alcuna giustificazione, con l'autonomia riconosciuta a ciascuna fondazione dall'art.2 comma 1 del d.lgs. n.153/99, creando così una intrinseca incoerenza, contraddittorietà e illogicità sia rispetto al contesto normativo preesistente, sia rispetto alla complessiva finalità perseguita dal legislatore che palesa sotto altro profilo il vizio di illegittimità costituzionale, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale (sentenze n.2/1956; n.113/1956; n.30/1966; n.99/1971; n.117/1979; n.279/1988; n.182/1988; n.183/1988; n.125/1995; n.73/1992; n.361/1998; n.428/1999).

Ma la finalità delle norme in esame diventa invece chiara – palesando contemporaneamente l'illegittimità costituzionale delle stesse norme – se si guarda all'altra norma, secondo la quale le fondazioni sono tenute ad assicurare *“singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse”* e a dare *“preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale”*. Si comprende così il perché delle limitazioni relative alla scelta dei settori, in quanto limitazioni finalizzate ad ottenere una "distribuzione guidata" delle risorse fra i diversi settori: ma diviene altresì evidente che tale finalità, e la misura che la concreta, è eccessivamente compressiva dell'autonomia, perché travolge l'individualità di

ciascuna fondazione e le fondazioni vengono indirizzate “nel loro insieme”, come se fossero un settore a guida pubblica: una sorta di riedizione dell'ordinamento sezionale, che ormai definitivamente abbandonato per le imprese, paradossalmente risorgerebbe per soggetti senza fini di lucro.

Diviene palese infatti che, poiché dalla scelta dei settori rilevanti da parte di ciascuna fondazione consegue l'obbligo di destinare ad essi la maggior parte delle risorse impiegabili, il legislatore vuole assicurarsi il controllo di tali risorse ponendo in essere una sorta di “governo” di settore, determinando la distribuzione fra i settori ed esprimendo addirittura una preferenza per alcuni – quelli ritenuti, non si sa in base a quali criteri, “di maggiore rilevanza sociale” – rispetto ad altri. E di questa volontà di “governare” le fondazioni nel loro insieme l'art.11 dà espressa dimostrazione al comma 15, con la previsione che il Ministro dell'economia e delle finanze esponga, in apposito allegato alla Relazione previsionale e programmatica, *"l'ammontare delle risorse complessivamente attivate nei settori di cui all'articolo 1, comma 1 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153"*. Si prevede, inoltre, che delle risorse *"si tiene conto nella rideterminazione degli stanziamenti da iscrivere nei fondi"* previsti dalla legge finanziaria, di modo che risorse private vengono usate per diminuire lo stanziamento di risorse pubbliche, con una sorta di "appropriazione" delle risorse delle fondazioni al bilancio pubblico.

Questa ulteriore disposizione palesa ulteriormente il contrasto delle norme in esame con gli articoli 2, 18 e 118 comma 4 della Costituzione.

Sotto un primo profilo, infatti, le norme hanno il fine e l'effetto di travolgere l'individualità di ciascuna fondazione, imponendo una obbligatoria interdipendenza fra esse e individuando un risultato – “l'equilibrata destinazione delle risorse” – che deve essere perseguito necessariamente dalle fondazioni nel loro insieme, in modo che ciascuna fondazione non rileva più come soggetto autonomo e libero, ma come soggetto parte di una categoria di enti la cui attività è funzionalizzata ad un obiettivo che nessuno di essi può raggiungere da solo e che

richiede, quindi, la necessaria interdipendenza e concertazione fra essi, oltre che l'attribuzione all'autorità di vigilanza di un ruolo di guida e governo del settore che contrasta direttamente con l'autonomia degli enti (non a caso, nel regolamento n.217/2002 attuativo della norma in esame, si attribuisce all'Autorità il potere di segnalare *"i settori ammessi nei quali è meno presente l'attività complessiva delle fondazioni al fine di richiamare l'attenzione delle fondazioni nella scelta della destinazione del reddito di cui al presente comma e al fine di assicurare un'equilibrata cura dei settori ammessi nel quadro dell'attività complessiva delle fondazioni"*, a riprova della volontà di trattare le fondazioni come un settore da governare e non come una categoria di enti dotati di piena autonomia statutaria e gestionale). Si crea, così, una illogicità all'interno della legge - ritenuta costantemente dalla già citata giurisprudenza costituzionale causa di illegittimità - in quanto le prescrizioni hanno contenuti prescrittivi in contraddizione reciproca: l'art.2 comma 1 stabilisce che la fondazione ha piena autonomia statutaria e gestionale, mentre le norme successive, sinora esaminate, lungi dal garantire la pienezza dell'autonomia, la pongono nel nulla, senza che peraltro tale compressione, sicuramente eccessiva e sproporzionata, trovi alcuna giustificazione, quanto alla sua necessità, in un interesse primario cogente chiaramente individuabile.

Sotto un secondo profilo, le norme in esame si pongono in diretto contrasto con il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art.118 comma 4 della Costituzione, che impone ai pubblici poteri di favorire l'iniziativa privata singola e associata e rafforza le garanzie già apprestate per le formazioni sociali e per la libertà di associazione dagli articoli 2 e 18 della Costituzione. Tale rafforzamento deriva direttamente dall'introduzione in Costituzione, con l'art.118.4, del principio di sussidiarietà orizzontale, alla luce del quale occorre rileggere e reinterpretare anche le garanzie di cui all'art.2 e all'art.18 della Costituzione: la libertà di associazione e la libertà delle e nelle associazioni e nelle formazioni sociali ha oggi una nuova e più pregnante tutela, che impone al potere pubblico non solo di

astenersi da interventi lesivi e intrusivi, ma anche di adottare comportamenti di *favor*. Il "*favor libertatis*" si arricchisce così di una nuova dimensione, ulteriore rispetto al necessario bilanciamento fra tutela della libertà e tutela dell'interesse pubblico che giustificerebbe la limitazione della libertà, in quanto allo stesso intervento pubblico si impone preliminarmente l'obbligo di darsi carico di quel *favor* costituzionalmente doveroso nei confronti dell'iniziativa privata singola e associata e di adottare tutte le misure utili per assicurare il libero e pieno svolgimento della stessa.

Il contrasto dell'art.11, commi 1, 2, e 3 della legge n.448/2001 con le norme costituzionali citate rileva dunque sotto due ulteriori aspetti. Per un primo aspetto, il contrasto deriva dalla stessa natura dei "settori ammessi" indicati dalla legge, in quanto nell'elenco si trovano settori del tutto eterogenei fra loro e del tutto spuri rispetto al tradizionale ambito di attività della fondazione: basterà ricordare, in proposito, che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la legittimità di un obbligo di contributo a carico delle fondazioni – peraltro al tempo aventi ancora la qualificazione di enti pubblici conferenti - a favore del volontariato proprio in ragione della coincidenza fra la natura delle attività rientranti nel volontariato e le finalità originarie degli enti stessi (sentenza n.500/1993), mentre ove tale coincidenza non si verifica, come accade per molti settori inclusi nell'elenco dell'art.11, comma 1, la fondazione si troverebbe a dover scegliere fra settori che nulla hanno a che fare con il suo tradizionale ambito di attività, costitutivo della sua stessa identità.

Per un secondo aspetto, è facile rilevare che molti dei settori elencati nel lungo ed eterogeneo elenco sono settori di attività riservati ai poteri pubblici: basti pensare, per fare solo qualche limitato esempio, alla criminalità, alla sicurezza, ai lavori pubblici, alla sicurezza alimentare. E allora l'obbligo per la fondazione di limitare la propria attività ai settori ammessi e di destinare le proprie risorse ad essi, con conseguente riduzione dei corrispondenti stanziamenti pubblici, comporta una vera e propria inversione del rapporto di sussidiarietà, per cui le

fondazioni sono obbligate a sussidiare l'intervento pubblico in settori che sono tipicamente riservati, nel nostro ordinamento, ai pubblici poteri. La norma in esame si pone così in contrasto proprio con la logica che sorregge la sussidiarietà orizzontale, intesa come criterio ordinatore dei rapporti tra autorità e libertà. In base a tale criterio non sussiste più, nel nostro ordinamento, la necessaria e obbligata coincidenza fra interesse generale e interesse pubblico, ben potendo verificarsi che l'interesse generale sia perseguito dall'iniziativa di privati, singoli e associati e prevedendo la Costituzione che tale iniziativa debba essere favorita dal potere pubblico. Questo *favor* costituzionalmente doveroso comporta, per un verso, che non sia più concepibile un monopolio pubblico dei fini di pubblico interesse e che, conseguentemente, non solo non sia necessaria la "publicizzazione" di chi persegue quei fini ma, al contrario di quanto accadeva in precedenza, non sia più possibile "funzionalizzare" l'attività privata – mediante poteri di guida e di indirizzo, programmi, piani e altri strumenti di conformazione – al perseguimento di un interesse generale il cui unico interprete "autorizzato" era il potere pubblico. Tale perseguimento è invece ora rimesso anche alla autonoma e libera iniziativa dei privati, che può forse essere sollecitata dal potere pubblico, ma certo non imposta, resa obbligatoria e vincolata alle priorità, ai fini e alle scelte dello stesso potere pubblico, con una trasformazione dei limiti esterni all'autonomia in fini della stessa, in aggiunta o in sostituzione dei suoi propri fini liberamente scelti. Tale *favor* vale in particolare per l'attività di enti no-profit, in quanto tali attività hanno in se stesse il loro scopo e si compiono non allo scopo di conseguire un utile o per altro scopo esterno, ma perché così si realizza la solidarietà sociale: e a questo fine non egoistico non può certo sovrapporsi e sostituirsi il fine pubblico eteronomo.

La determinazione dei settori è, poi, in contrasto con le norme costituzionali sul riparto della potestà legislativa fra Stato e Regioni e in particolare con l'art.117 della Costituzione, in quanto indica fra i settori ammessi materie che sono attribuite alla potestà legislativa esclusiva delle regioni - si pensi all'assistenza,

all'edilizia locale o all'agricoltura - o alla potestà legislativa concorrente - si pensi alla protezione civile, alla ricerca, ai beni culturali - di modo che la disciplina dell'attività in queste materie non appartiene alla potestà legislativa statale. La tutela degli interessi pubblici in queste materie è rimessa solo in parte allo Stato e certamente, fra le amministrazioni statali, non al Ministero dell'economia e delle finanze: non si giustifica, dunque, l'attribuzione a questa amministrazione del potere di vigilare sul rispetto della norma in materia di settori ammessi anche quando questi settori fuoriescono dalla competenza statale. E del resto il fondamento della competenza legislativa – e poi regolamentare – statale in materia è stato individuato nell' "ordinamento civile" di cui all'art.117, c.2 lett. 1: l'esercizio della potestà legislativa statale non può dunque estendersi oltre l'ambito dell'ordinamento civile verso materie affidate alla competenza regionale, né tantomeno, mediante la semplice indicazione di tali materie nell'elenco dei "settori ammessi", introdurre surrettiziamente il potere regolamentare e di controllo di un'amministrazione statale in un ambito che non le compete a norma di Costituzione (sul limite del diritto privato come limite basato, e conseguentemente circoscritto, all'esigenza che sia assicurata su tutto il territorio nazionale una uniformità di disciplina e di trattamento riguardo ai rapporti intercorrenti tra soggetti privati, trattandosi di rapporti legati alle libertà giuridicamente garantite, agli individui e al godimento di tali libertà, fra molte: Corte costituzionale, sentenza n. 35/1992).

A ciò si aggiungono due ulteriori profili di illegittimità della norma per irragionevolezza e per violazione dei principi in materia di delegificazione.

Si prevede, infatti, con un ultimo periodo aggiunto all'art. 1, comma 1, lett. c) bis del d.lgs. n. 153/99 come modificato dall'art. 11 della legge n. 448/2001, che "*i settori indicati possono essere modificati con regolamento dell'Autorità di vigilanza da emanare ai sensi dell'art.17, comma 3. della legge 23 agosto 1988, n.400*". E' evidente l'irragionevolezza di una previsione che, per un verso, obbliga la fondazione a scegliere fra i settori per 3 anni e, per altro verso, consente

all'amministrazione di modificare a suo piacere in ogni momento l'indicazione dei settori stessi. L'ambito complessivo di attività della fondazione diviene, così, permanentemente instabile, rimesso al capriccio dell'amministrazione che potrebbe continuamente porre nel nulla le scelte operate con gli statuti, costringendo la fondazione ad una continua modifica delle scelte operate e impedendo qualsiasi seria programmazione pluriennale dell'attività

Un condizionamento così stringente non è possibile, nel nostro ordinamento, neanche per gli enti pubblici sottoposti a penetranti poteri di vigilanza ed indirizzo, in quanto una volta che la "missione" o lo "scopo" dell'ente è stabilito dalla legge, l'amministrazione certo non può, con normazione secondaria, continuamente cambiare il contenuto e l'oggetto della missione e dello scopo. A maggior ragione tale condizionamento è del tutto illegittimo ove posto nei confronti di soggetti privati, la cui autonomia è tutelata dalla legge e dalla Costituzione e i cui fini e campi di attività sono determinati con lo Statuto, quale atto costitutivo di autodeterminazione.

Del tutto illegittima è, peraltro, la previsione che la modifica dei settori possa avvenire non con legge, ma con un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988, e cioè neanche con un regolamento di delegificazione, per il quale sarebbe stata comunque necessaria l'indicazione di criteri e principi direttivi, ma con un tipo di regolamento che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel definire esecutivo della disciplina legislativa e che, quindi, per definizione, non può modificare e integrare la stessa disciplina ed assumere efficacia delegificante. Si attribuisce, inoltre, così, un potere di determinazione dei settori di attività ad un'amministrazione, come il ministero dell'economia e delle finanze, che non ha alcuna competenza in materia, in quanto i settori ricadono nella potestà legislativa o regolamentare di altre amministrazioni statali, di regioni ed enti locali, mentre la competenza del ministero dell'economia e delle finanze è limitata alla vigilanza sulla fondazione, ma non può certo estendersi, surrettiziamente, ad oggetti ed ambito che vanno ben al di là di tale

vigilanza: il potere di vigilanza si esercita sulla corrispondenza dell'attività della fondazione alla legge, ma non può in alcun caso estendersi alla integrazione e addirittura alla modifica della legge stessa. E' appena il caso di ricordare, inoltre, che lo stesso potere di vigilanza sulle fondazioni è attribuito al ministero dell'economia e delle finanze solo transitoriamente, essendo previsto che esso sia poi esercitato, a regime, dall'Autorità di vigilanza su tutti gli enti no-profit: si tratta quindi di un potere di vigilanza estraneo al corpo delle attribuzioni ordinarie e normali del ministero, che deve essere esercitato nei limiti previsti dalla legge e non essere esteso a materie e oggetti che gli sono comunque estranei.

5. Illegittimità delle disposizioni in materia di incompatibilità per contrasto con gli articoli 2, 3, 18 e 22 della Costituzione

L'art.11, comma 7 della legge n.448/2001 ha modificato l'art. 4 comma 3 del d.lgs. n.153/1999, introducendo nuove fattispecie di incompatibilità e, in particolare, il divieto, per i soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo presso le fondazioni di ricoprire funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo presso società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo, ad eccezione di quelle, non operanti nei confronti del pubblico, di limitato rilievo economico o patrimoniale. Il divieto, testualmente recepito nel d.m. n.217/2002 di attuazione, ha già prodotto effetti e quindi permane la rilevanza del giudizio di costituzionalità sulla norma che lo prevede, pur dopo la sostituzione dell'intero art.4 comma 3 del d.lgs. n.153/1999 con l'art.80 comma 20, lett. a) della legge n.289/2002 (legge finanziaria 2003).

Nella sua originaria formulazione l'art.4 citato prevedeva l'incompatibilità solo fra le cariche assunte nella fondazione e le cariche assunte nella banca conferitaria: incompatibilità strettamente connessa alla finalità perseguita con la nuova disciplina di separare la banca dalla fondazione e ragionevole e proporzionata, in quanto limitata al raggiungimento del fine previsto e posta a tutela dell'indipendenza nello svolgimento delle rispettive attività della banca e della fondazione.

La novella introdotta con l'art.11 comma 7 citato si distingue invece per irragionevolezza e violazione della proporzionalità, in quanto introduce un divieto che non è necessario né idoneo, in quanto manca lo scopo che lo giustifichi e i suoi effetti sono del tutto ultronei rispetto al quadro normativo in cui si inserisce, mentre, per altro verso, dimostra la volontà di perseguire uno scopo in contrasto con la *ratio legis* e con la garanzia costituzionale dell'autonomia privata e cioè, nuovamente, la disciplina e la guida del "settore" delle fondazioni, quasi che si trattasse non di soggetti appartenenti all'ordinamento civile, ma di enti pubblici strumentali.

L'incompatibilità dei componenti degli organi della fondazione viene infatti estesa, come si è detto, dalla società bancaria conferitaria ad "*altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo, ad eccezione di quelle, non operanti nei confronti del pubblico, di limitato rilievo economico o patrimoniale*" (art. 11, comma 7, della legge n. 448/2001). Questa estensione comporta, innanzitutto, una limitazione delle capacità delle persone irragionevole e arbitraria, che si configura come singolare ed eccezionale, dato che non esiste nell'ordinamento alcun divieto di essere amministratore di più banche, o di più assicurazioni, o, comunque, di più società operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo. Né la norma indica quale sia il possibile interesse o diritto meritevole di tutela che potrebbe venir violato dalla presenza nell'organo di indirizzo di una fondazione bancaria di persona che sia contemporaneamente amministratore di una compagnia d'assicurazione o di una banca o di una società finanziaria: tutti tipi di società, peraltro, che sono sottoposte a specifiche discipline per quanto riguarda la composizione degli organi di indirizzo e i requisiti che i loro membri devono possedere.

La misura dell'incompatibilità è, inoltre, misura del tutto sproporzionata rispetto al presumibile obiettivo di evitare interferenze rispetto alle società, in quanto tale fine può ben essere realizzato, con minor sacrificio dei privati e maggiore adeguatezza dello strumento, mediante il ricorso alle ordinarie e vigenti

regole in materia di conflitto d'interessi. Un' incompatibilità così estesa e così assoluta si spiega, in realtà, solo in relazione alla volontà di determinare e conformare la collocazione delle fondazioni nel loro complesso rispetto a tutti gli altri soggetti e non più soltanto alla banca conferitaria: ma mentre le disposizioni relative alla separazione fra fondazione e fra banca conferitaria erano finalizzate al compimento di uno specifico e individuabile processo di trasformazione, le nuove disposizioni in materia di incompatibilità introducono regole singolari ed eccezionali rispetto alle norme generali in materia di incompatibilità e finiscono quindi per porsi in contrasto proprio con l'obiettivo di quel processo di trasformazione e cioè la definitiva qualificazione delle fondazioni come persone giuridiche senza fini di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale. L'effetto è quello di "settorializzare" le fondazioni e dettare per esse una disciplina eccezionale permanente e volta a regolare e guidare tutta la loro attività futura non in ragione della loro natura, ma piuttosto in ragione di fini pubblici che si sovrappongono ad essa.

6. Illegittimità delle disposizioni relative alle partecipazioni di controllo per contrasto con gli articoli 2, 3, 18 e 41 della Costituzione

L'art.11, comma 10 della legge n.448/2001 ha modificato l'art.6 del d.lgs. n.153/99, aggiungendo il comma 5-bis, che prevede che: "*una società bancaria o capogruppo bancario si considera controllata da una fondazione anche quando il controllo è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni in qualunque modo o comunque esso sia determinato*". La norma presenta numerosi profili di incostituzionalità, in quanto introduce una irragionevole differenziazione nella disciplina del controllo – che è istituto generale del codice civile – introduce norme eccezionali e singolari rivolte solo alle fondazioni e configura il controllo come una condizione che si realizza a prescindere dalla volontà dei soggetti controllanti e si presume a prescindere da qualsiasi verifica da parte dell'autorità competente.

La disciplina delle partecipazioni di controllo dettata con la legge n.461/1998 e con il d.lgs. n.153/1999 – che fu oggetto di una serrata discussione parlamentare e di un parere dell’Autorità Antitrust - richiamava all'art.6 del d.lgs. n.153/99, prima della novella del 2001, la nozione di controllo di cui all’art.2359 commi 1 e 2 del codice civile, con alcune specificazioni, e non la nozione di controllo, più rigorosa, dell’art.23 del testo unico bancario, che pure era stata discussa ed esaminata ed era stata volutamente esclusa in relazione alle partecipazioni delle fondazioni nelle banche.

La novella del 2001 ha invece introdotto una disciplina del controllo così indeterminata e generica da non consentire ad alcun soggetto di poter conoscere preventivamente le condizioni in ragione delle quali sussiste una situazione di controllo (la cui valutazione è peraltro rimessa ad un potere della Banca d'Italia, introdotto *ex novo* dal regolamento e privo di ogni regola o criterio di esercizio). Il controllo si verificherebbe, infatti, "*comunque esso sia determinato*": ma tale formula è così generica e indeterminata da rendere incerto in radice l'assetto della banca partecipata e non consente al soggetto detentore della partecipazione di sapere quando e a quali condizioni sussiste una situazione di controllo.

Ancora più generica è la previsione secondo la quale il controllo sussiste se fa capo "*direttamente o indirettamente*", in qualunque modo, a più fondazioni: l'indeterminatezza degli avverbi e delle locuzioni è tale da non consentire, anche qui, in alcun modo il riconoscimento e la consapevolezza preventiva delle condizioni in conseguenza delle quali sussiste il controllo. E' evidente l'irragionevolezza delle disposizioni in questione, che, sotto un primo profilo, non solo introducono una disciplina speciale del controllo rispetto a quella dettata dal codice civile, ma spingono tale "specialità" sino a rendere irriconoscibile l'istituto del controllo e a lasciare un enorme spazio di decisione all'autorità che, a fronte di tale "presunzione" di controllo, potrebbe adottare provvedimenti autoritativi e sanzionatori assai penetranti. La stessa autorità è, peraltro, sollevata da qualsiasi necessità di verificare la sussistenza della situazione di controllo, in quanto basta

il verificarsi di un mero fatto – la detenzione di partecipazioni da parte di più fondazioni – per presumere automaticamente una situazione di controllo (la cui soglia peraltro è lasciata del tutto indeterminata, con evidente effetto pregiudizievole sulla certezza del diritto).

Ma va rilevato anche un secondo profilo di incostituzionalità, in quanto la norma introduce una “presunzione” di controllo relativamente alla partecipazione al capitale della banca da parte di “più fondazioni” e, quindi, a prescindere dall’esistenza di accordi o comunque di una concordata azione fra di esse (tanto è vero che il regolamento di attuazione prevedeva, in proposito, che il controllo si presumeva “anche se queste non siano legate da accordi”). L’arbitrarietà della disposizione emerge con chiarezza solo che si pensi ai suoi possibili effetti: una fondazione che detiene una partecipazione non di controllo in una banca potrebbe improvvisamente e inconsapevolmente trovarsi in una posizione di controllo perché un’altra fondazione acquista anch’essa una partecipazione e, sarebbe, di conseguenza, obbligata a vendere, introducendo così un obbligo che si verifica non in conseguenza di un comportamento proprio, ma di un comportamento altrui. Ove, invece, la stessa partecipazione fosse acquisita non da una fondazione, ma da un altro soggetto – una società operante in qualsiasi altro ambito – la “presunzione” di controllo non si verificherebbe. Ma allora è chiaro che la finalità – illegittima – della norma è di dare giuridica rilevanza ad ogni tipo di collegamento fra fondazioni, fosse pure un collegamento casuale e inconsapevole, come se le fondazioni costituissero, ancora una volta, un settore composto da soggetti necessariamente interdipendenti e tale interdipendenza sussistesse sempre, anche ove manchi la volontà di stringere accordi o patti: una interdipendenza, quindi, che non è nella disponibilità della volontà libera di soggetti privati, ma ha coloritura pubblicistica e natura oggettiva, come avviene, o meglio avveniva, appunto, nella disciplina pubblica degli ordinamenti sezionali.

7. Illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 14 della legge n. 448/2001, per violazione degli articoli 2, 3, 18, 41, 117 e 118 comma 4 della Costituzione.

L'art. 11, comma 14 della legge n. 448/2001 prevede che l'Autorità di vigilanza detti, con regolamento ministeriale *“le disposizioni attuative delle norme introdotte dal presente articolo, anche al fine di coordinarle con le disposizioni di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999 n.153”* e che *“Le fondazioni adeguano i propri statuti alle disposizioni del presente articolo entro novanta giorni dall'emanazione delle disposizioni dell'Autorità di vigilanza. Fatti salvi gli interventi necessari a fini di stabilità bancaria, fino alla ricostituzione degli organi, conseguentemente alla modifiche statutarie di cui al presente comma, le fondazioni, in assenza di espressa autorizzazione dell'Autorità di vigilanza, limitano la propria attività all'ordinaria amministrazione, nella quale è ricompresa l'esecuzione dei progetti di erogazione già approvati”*.

Occorre innanzitutto ricordare nuovamente come la stessa previsione di un regolamento di attuazione confermi, persino sotto il profilo dell'assetto delle fonti, che la novella apportata con l'art.11 della legge n.448/2001 si colloca nell'ambito della legislazione statale esclusiva in materia di “ordinamento civile”, come risulta del resto anche dalla relazione di accompagnamento al regolamento n.217/2002, ove si afferma espressamente che il regolamento stesso trova la sua base giuridica nella competenza statale in materia di “ordinamento civile” (art. 117, comma 2, lett. 1). Ma se l'ambito materiale che giustifica l'intervento normativo statale è, per l'appunto, l' “ordinamento civile”, è evidente che si deve dare per scontata la natura giuridica della fondazione quale soggetto di diritto privato e, quindi, quale soggetto titolare di una sfera di autonomia che non può essere arbitrariamente e irragionevolmente compressa dal legislatore, come invece fanno le norme dell'art.11 della legge n.448/2001 sinora esaminate. La clausola “ordinamento civile” è, infatti, un titolo di legittimazione trasversale della competenza statale, riconducibile a quelle esigenze, da tempo individuate dalla

giurisprudenza costituzionale, di garantire l'uniformità nella disciplina dei rapporti giuridici tra privati, fondata a sua volta sulla necessità costituzionale di assicurare il godimento delle libertà giuridicamente garantite in condizioni di uguaglianza su tutto il territorio nazionale: e richiede quindi un rispetto rigoroso dei principi di cui agli articoli 2 e 3 della Costituzione (fra le molte, Corte costituzionale, sentenza n.35/1992 e, più di recente, sentenza n.352/2001, ove ci si riferisce, con significativo mutamento del termine, all' "*ordinamento del diritto privato*" come limite "*fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti tra i privati. esso, quindi, identifica un'area riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale e comprendente i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione*").

La riconduzione del potere normativo statale alla materia dell' "ordinamento civile" ha una seconda conseguenza generale. E' evidente, infatti, che nella disciplina dettata devono essere del tutto prevalenti i profili civilistici e privatistici, mentre devono trovare spazio limitato e apposita giustificazione i profili pubblicistici, che non corrispondono e non rientrano nell'ambito della materia. La materia "ordinamento civile" non conosce, del resto, se non in via del tutto eccezionale, integrazioni per via regolamentare, in quanto le norme del codice civile si rivolgono a tutti i soggetti privati e devono essere da essi applicate senza passare per l'intermediazione di un'amministrazione pubblica, poiché la libertà e l'autonomia dei soggetti privati nell'applicazione delle norme comporta una autodeterminazione cui corrisponde l'autoresponsabilità tipica del diritto privato. Il soggetto privato applica le norme, mentre l'amministrazione le attua: la differenza fra applicazione e attuazione del comando legislativo riflette anche la differenza fra la libera scelta che caratterizza il soggetto privato e la scelta funzionalizzata – non a caso qualificata come discrezionalità – che caratterizza l'amministrazione pubblica.

Si palesa anche sotto questo profilo illegittima la norma, sopra citata, con la quale si impone alla fondazione di “adeguare” il proprio statuto alle nuove disposizioni di legge, si impone la decadenza degli organi in carica e si limita l’operatività della fondazione, sino alla ricostituzione degli organi, all’ordinaria amministrazione.

Lo statuto costituisce lo strumento principale di autoderminazione della fondazione: esso deve rispettare i principi e le condizioni poste dalla legge, ma non può certo essere ridotto al rango di un atto attuativo della legge stessa, al pari di un atto amministrativo, e cioè di un atto vincolato sia quanto alla conformità alla regole, sia quanto alla funzionalizzazione al risultato. Né lo spazio di scelta rimesso allo statuto può essere interamente coperto dalla norma legislativa, con una sovrapposizione piena della volontà legislativa alla volontà statutaria, perché si avrebbe, in questo caso, contraddittoriamente, una “*mens legis che contemporaneamente vuole e disvuole l’affermazione di un atto di autonomia privata*” (Corte costituzionale, sentenza n.882/1988). Del resto, anche nella originaria formulazione della legge n.461/1998 e del d.lgs. n.153/99, i principi relativi alla formazione dello statuto e alla sua approvazione da parte dell’autorità di vigilanza trovavano giustificazione nella necessità di assicurare il compimento del processo di trasformazione di enti pubblici in enti privati senza scopo di lucro: tanto è vero che all’approvazione dello statuto la legge direttamente collegava l’effetto di acquisizione della personalità giuridica privata e della piena autonomia statutaria e gestionale (trovando così conferma il principio fondamentale già affermato nella giurisprudenza costituzionale per cui la tutela della libertà si ha mediante il riconoscimento della soggettività privata: sentenza n.396/1988 in materia di Ipab).

Ma una volta acquisita tale personalità e tale autonomia, essa non è più nella disponibilità libera del legislatore, il quale incontra un doppio limite. Per un verso, la legge non può incidere e comprimere quel nucleo essenziale e irriducibile dell’autonomia privata ormai venuta in essere, in quanto tale nucleo è dotato, come

per tutte le libertà e i diritti costituzionalmente garantiti, della "rigidità" che gli presta la norma costituzionale e tale "rigidità" impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano pregiudicare il godimento del diritto o della libertà, specie quando l'esercizio di tale diritto o libertà sia già in essere, con la conseguente creazione di un legittimo affidamento circa la sua positiva sussistenza e concreta consistenza (per la giurisprudenza costituzionale sulla *"misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti"*, come si legge nella sentenza n.27/1998, fra le più recenti sentenze n.15/1996; n.62/1996; n.211/1997; n.26/1999; n.33/1999; n.388/1999; n.238/2000; n.526/2000 e n.27/1998).

Per altro verso, la norma sopravvenuta non può porsi in contraddizione con il testo e il quadro normativo nel quale si inserisce e il legislatore non può, dunque, introdurre una disciplina che contrasti con il percorso ormai già compiuto dagli enti conferenti trasformati in fondazioni. E' quindi irragionevole la norma che prevede un nuovo processo di revisione statutaria, all'esito del quale l'autonomia, la struttura e l'attività della fondazione sarebbero meno libere e meno affini agli scopi di utilità sociale e risulterebbero, invece, funzionalizzate a fini e interessi pubblici: fini e interessi pubblici che sono, per definizione, esterni ed estranei rispetto all'autonomia privata, di modo che il collegamento fra i primi e la seconda richiede appositi e imprescindibili limiti, cautele e garanzie, costituzionalmente previsti.

La previsione di un nuovo obbligo di revisione statutaria reitera le condizioni di una fase transitoria che si era, invece, conclusa e, quel che è peggio, costituisce un precedente per la possibile ripetizione all'infinito della medesima circostanza, potendo allora a suo piacimento il legislatore modificare continuamente le regole e i possibili contenuti cui gli statuti si devono "adeguare", a seconda di

contingenti e mutevoli esigenze rispetto alle quali di nessun presidio disporrebbe l'autonomia privata.

L'effetto illegittimamente compressivo e intrusivo rispetto all'autonomia della fondazione risulta poi aggravato dalla consequenzialità che la norma in esame pone fra la revisione dello statuto e l'obbligatoria decadenza degli organi in carica. Tale ulteriore misura, in primo luogo, espone la fondazione ad un periodo di instabilità e di transizione proprio nei mesi in cui la fondazione stessa è obbligata, dalla legge, a prendere decisioni fondamentali in ordine alla propria attività, in ragione della modifica dei settori rilevanti e alla nuova disciplina dell'obbligo di dismissione o di affidamento della partecipazione di controllo nella banca conferitaria. La decadenza degli organi travolge, in secondo luogo, i diritti quesiti dei componenti degli organi, che si sono sottoposti ad un regime rigoroso di incompatibilità e hanno acquisito legittimi affidamenti ed aspettative in ordine alla durata del mandato, che viene ora invece bruscamente troncata, senza alcuna ragione: tanto che anche il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di regolamento, aveva suggerito di consentire ai componenti degli organi di indirizzo in carica alla data di entrata in vigore della riforma di poter espletare il loro mandato fino alla scadenza che sarebbe stata naturale, proprio in ragione dei diritti quesiti e delle concrete aspettative maturate. L'assetto della fondazione viene invece così sottoposto ad un inutile e complesso processo di rideterminazione, che rischia di rendere precario e instabile il funzionamento della stessa fondazione. La disposizione dell'art. 11 della legge n. 448/2001 in ordine agli organi si applica, inoltre, indiscriminatamente a tutte le fondazioni, indipendentemente dall'effettiva composizione degli organi in carica come disciplinata dallo statuto vigente, mentre nel caso in cui una fondazione che avesse già determinato nel proprio Statuto una composizione dell'organo di indirizzo conforme alle disposizioni dell'art. 11 della legge n. 448/2001 e del regolamento, non sussisterebbe alcuna necessità di modificare quella parte dello Statuto e quindi non sussisterebbe alcun

obbligo di decadenza e successiva ricostituzione degli organi: e questo è esattamente il caso della Fondazione Monte dei Paschi di Siena.

L'obbligo di procedere alle modifiche statutarie e la conseguente obbligatoria decadenza degli organi hanno solo apparentemente, quindi, il fine di dare applicazione alle peraltro illegittime norme in materia di struttura e attività della fondazione, mentre in realtà rispondono alla volontà di azzerare gli assetti esistenti per sostituirli con altri più graditi all'indirizzo politico di maggioranza: e sulla illegittimità costituzionale di tale obiettivo non occorre spendere ulteriori argomenti.

L'illegittimità della disciplina transitoria e la sua natura gravemente lesiva dell'autonomia e della stessa efficienza della fondazione è ulteriormente aggravata, poi, dalla disposizione che limita l'attività degli organi in carica all'ordinaria amministrazione. Per valutare la irragionevolezza della previsione legislativa, basti ricordare che nella disciplina previgente in materia di fondazioni bancarie si era prevista la limitazione all'ordinaria amministrazione solo per gli organi scaduti a seguito dell'approvazione degli Statuti, ma si erano mantenuti, come è legittimo e giusto, i pieni poteri in capo agli organi in carica, sino all'approvazione dei nuovi Statuti: e si trattava, in quel caso, di un processo di formazione degli Statuti che aveva l'effetto di trasformare la fondazione in un soggetto di diritto privato e, quindi, di un processo che segnava una forte discontinuità fra l'assetto precedente e l'assetto futuro. In questo caso, invece, per il quale la discontinuità è sicuramente assai meno accentuata, dato che la fondazione è e rimane un soggetto di diritto privato, l'operatività dell'organo di indirizzo viene limitata non a seguito della sua decadenza, eventualmente determinata dall'adozione di un nuovo statuto, ma già nel periodo di revisione statutaria, determinando un lunghissimo periodo di congelamento dell'attività della fondazione, con danni rilevanti alla fondazione stessa e ai destinatari dei suoi interventi. Il limite è tanto più incisivo, e illegittimo, in quanto la sua eventuale inosservanza è sanzionata con l'adozione di provvedimenti sanzionatori

dell'Autorità di vigilanza che giungono sino allo scioglimento degli organi e al commissariamento della fondazione.

Tutto quanto ciò premesso, la Fondazione Monte dei Paschi di Siena, in persona del suo Presidente legale rappresentante *pro tempore*, come in epigrafe rappresentata e difesa, nonché elettivamente domiciliata, formula le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia codesta Ecc.ma Corte costituzionale, in accoglimento delle censure di incostituzionalità prospettate nell'ordinanza di rimessione, dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art.11, commi 1, primo periodo, 2 e 3 della legge 28 dicembre 2001, n.448 e dell'art.7 comma 1 lett. aa) punto 2 della legge 1 agosto 2002, n.166, per contrasto con gli articoli 2, 3, 18, 41, 117 e 118 comma 4 della Costituzione; dell'art.11, comma 1, ultimo periodo della legge n.448/2001 per contrasto con gli articoli 70 e 117 della Costituzione; dell'art.11, comma 7 della legge n.448/2001 per contrasto con gli articoli 2, 3, 18 e 22 della Costituzione; dell'art.11, comma 10 della legge n.448/2001 per contrasto con gli articoli 2, 3, 18 e 41 della Costituzione; dell'art.11, comma 14 della legge n.448/2001 per contrasto con gli articoli 2, 3, 18, 41, 117 e 118 comma 4 della Costituzione.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio.

Roma, 27.3.2003

Prof. Avv. Pietro Rescigno

Prof. Avv. Luisa Torchia