

Giuseppe Morbidelli

**LE ATTIVITA' DELLE FONDAZIONI TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO**

**PRIVATO<sup>1</sup>**

**Sommario**

1) Premessa .....	1
2) Il pubblico nell'assetto organizzativo delle fondazioni bancarie .....	5
3) Regole organizzative di derivazione pubblicistica non coerenti con la natura privata nelle fondazioni bancarie .....	6
4) La vigilanza del Ministero dell'Economia della Finanze e relativi limiti.....	11
5) Le procedure di erogazione .....	16
6) Le situazioni soggettive .....	19
7) Contro una amministrativizzazione delle fondazioni bancarie .....	21
8) Le fondazioni come organismi di diritto pubblico? .....	23
8) Conclusioni .....	26

**1) Premessa**

Il titolo stesso esprime una contraddizione e una difficoltà di fondo la quale è invero ontologica delle fondazioni di origine bancaria, se non altro per ragioni storiche.

La Corte Costituzionale ha affermato con la sentenza n. 300 del 2003 che le fondazioni di origine bancaria sono da collocare tra i soggetti dell'organizzazione delle «libertà sociali» e che non è più sostenibile che con esse le loro attività rientrino in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso oggettivo e soggettivo. Ha nel contempo messo in chiaro come la relativa disciplina sia da riferire all' «ordinamento civile».

Si tratta di indicazioni molto nette. Seppur con qualche resistenza, la dottrina ha condiviso tale configurazione, la quale del resto trova titolo non solo nella legge ma anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale formatasi con riguardo alle IPAB, tanto che già prima del D.lgs. 153/99, parte della dottrina aveva messo in dubbio la

---

<sup>1</sup> Relazione al XVIII Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?* – Bologna, 27-29 maggio 2010

correttezza della qualificazione legislativa delle fondazioni bancarie (allora definite enti conferenti) come enti pubblici.

Ed invero la questione della natura pubblica o privata delle fondazioni bancarie o meglio degli enti di questi ascendenti ha una lunga storia, che non è possibile qui ripercorrere anche perché oltre alle Casse di Risparmio dovremmo esaminare le Banche del Monte e soprattutto i vari istituti creditizi di diritto pubblico (es. Monte dei Paschi di Siena, Banco di Napoli, Compagnia San Paolo, ecc.) che hanno avuto origini diversissime. Sicché, un discorso lineare è di fatto impraticabile. Qui basti dire che le Casse nacquerò, in Italia e altrove, senza una specifica normativa cui fossero riconducibili. Furono il frutto di una concessione speciale di personalità da parte dei Governi, per quanto riguarda le Casse a struttura fondazionale, o in applicazione - alquanto libera (ma ben possibile) - dei codici di commercio, per quanto riguarda le Casse di Risparmio associative, ma anche in questo secondo caso con l'intervento costitutivo (e penetrante) dell'autorità di Governo. Peraltro, come è evidente, la crescente rilevanza economica del fenomeno "Cassa di Risparmio" indusse le autorità governative dei vari Stati a passare dall'atteggiamento agnostico iniziale, nel senso che non v'era alcuna normativa in proposito, ad un cauto interessamento, il che dette luogo a misure normative e cioè fin dalla prima metà del XIX secolo. La variegata ascendenze è del resto confermata dallo stesso preambolo del r.d. 31 aprile 1862, n. 592, nel quale si legge "considerate le leggi e consuetudini che determinavano la dipendenza delle Casse e dei monti di pietà nelle diverse province del Regno, e nel proposito di rendere mera ed uniforme la dipendenza dei consimili istituti e di chiarire nel tempo stesso gli intendimenti del decreto 26 gennaio 1862" (normativa con la quale tutte le Casse di Risparmio vennero trasferite alla esclusiva "dipendenza" del Ministero dell'agricoltura, industria e commercio").

Il chiarimento non fu tale ove si consideri che nella giurisprudenza della seconda metà dell'800 le Casse vennero qualificate talvolta come opere pie, talvolta come enti commerciali, talvolta come enti sui *generis*, talvolta come istituti misti. Né chiarimenti vennero dalla "legge Crispi" del 1888 sulle Casse di Risparmio.

Merita a tal fine una lunga citazione tratta dai Principii di diritto amministrativo Italiano

del 1906 di Santi Romano il quale appunto osservava che “gli istituti i quali si propongono di accettare depositi a titoli di risparmio e trovare loro conveniente collocamento diconsi Casse di Risparmio. La loro natura è molto incerta e offre campo a controversie vivissime; a molte di esse non è estraneo il fine di beneficenza, che però non pare produca conseguenze giuridiche. In genere sembra che costituiscano degli enti commerciali, ma le prestazioni cui attendono possono considerarsi, avuto anche riguardo alla generalità delle persone cui vengono rese, come aventi carattere pubblico. Da ciò la speciale vigilanza alla quale sono sottoposte verso il Ministro dell’agricoltura, industria e commercio, che ne approva gli statuti che esse sono obbligate a formare, provvede alle ispezioni, scioglie temporaneamente l’amministrazione, ordina la riforma degli statuti, e finalmente, accertata la perdita di non meno della metà del patrimonio, ne provoca la liquidazione (legge 15 luglio 1888, legge 17 luglio 1898, r.d. 21 gennaio 1897; r.d. 18 novembre 1898)”.

Lo stesso Romano, in nota, riteneva di escludere che le Casse di Risparmio potessero essere qualificate istituti di utilità pubblica, alla francese e ciò malgrado la giurisprudenza avesse avuto modo di qualificarli stabilimenti di utilità pubblica. Romano in proposito osservava infatti che invero la distinzione francese tra stabilimenti pubblici e stabilimenti di utilità pubblica era sì stata tenuta presente dal nostro legislatore, che in genere aveva reso l’espressione *établissements publics* con quella di *stabilimenti o istituti pubblici* (cod. civ., art. 2, 425, 832, 2095, cod. proc. civ., art. 339; ecc.) e l’espressione *établissements d’utilité publique* con quella di *corpi morali* (cod. civ. it., art. 932, 1060; cod. civ. fr., art. 910, 937). Tuttavia l’art. 2114 del cod. civ. it. parlava, di *corpo morale*, dove il corrispondente articolo del codice francese (2227) parlava di *établissements public*. Sicché - per Santi Romano - “la distinzione di stabilimenti pubblici e stabilimenti di utilità pubblica, intesa nel modo che abbiamo esposto, non può essere trasportata nel diritto italiano, perché il nostro diritto considera pubbliche persone giuridiche fondate dalla attività privata, ad es. le istituzioni pubbliche di beneficenza di fondazione privata, senza esigere quell’assorbimento pieno nell’amministrazione dello Stato, che abbiamo veduta richiesta nel diritto francese. D’altra parte esso alle volte qualifica come “stabilimenti di utilità pubblica” istituti, che

sembra debbano ritenersi persone giuridiche pubbliche; tali, ad es., i comizi agrari (v. r.d. 23 dicembre 1866, n. 3452, che *istituisce* in ogni capoluogo di circondario un comizio agrario *per l'utilità e l'incremento dell'agricoltura*, art. 1 ss., 11 ss. - sussidi dello Stato, della Provincia, del Comune “per agevolare al Comizio il compimento della sua missione” - e 13) altre volte qualifica “di pubblica utilità” “istituti aventi carattere privato”; così, ad es. la società di incoraggiamento di arti e mestieri nella Provincia di Milano, che ha per scopo di coadiuvare lo sviluppo delle industrie, soprattutto con l'istituire e mantenere scuole professionali e di scienze applicate alle industrie (r.d. 3 marzo 1901, n. 80, parte supplementare, che approva lo Statuto di tale società. Statuto, art. 1 ss., 10”).

Successivamente però anche grazie all'affermarsi nel pensiero giuridico e nella legislazione della nozione di ente pubblico si cominciò a dire che lo Stato non poteva disinteressarsi dell'organizzazione del risparmio e del credito in quanto funzione di interesse pubblico: da qui la possibilità di qualificare le Casse di Risparmio come entità riferibili allo Stato e più specificamente come enti pubblici, sia pur non dotati di poteri d'imperio.

Tale tesi poi si affermò negli anni '20 in giurisprudenza e trovò la sua canonizzazione nella legge bancaria del 1936.

In pratica la rilevanza pubblicistica del credito fece aggio sull'origine e sugli scopi “moralmente originali” delle Casse di Risparmio. Peraltro, in quanto imprese vennero qualificate Enti pubblici economici.

Lo scorporo dell'azienda bancaria operato con la legge Amato ha dato luogo con tutta evidenza a società di capitali di diritto comune. Gli enti conferenti tuttavia, sia per la natura pubblicistica degli Istituti creditizi *a quibus*, sia in considerazione delle finalità di interesse pubblico ad esse assegnate dalla legge Amato per quanto mutate dai c.d. interessi originari, vennero qualificate espressamente come Enti pubblici (non si dimentichi poi che all'epoca agli Enti conferenti si continuavano ad applicare le disposizioni di legge relative alle procedure di nomina degli organi amministrativi e di controllo (in particolare, la nomina governativa del presidente e del vicepresidente poi venuti meno a seguito del referendum abrogativo).

Tutto questo spiega una serie di incrostazioni pubblicistiche che tuttora incombono sulle fondazioni bancarie, le quali però sono frutto di un passato remoto anzi un passato che aveva misconosciuto l'origine privata.

Sicché la lettura costituzionalmente orientata del d.lgs. 153 deve condurre all'estensione *quam maxime* della natura privata originaria che ora la legge e la Corte Costituzionale hanno categoricamente ribadito.

## **2) Il pubblico nell'assetto organizzativo delle fondazioni bancarie**

Sotto il profilo interno e organizzativo, le fondazioni sono astrette dalle previsioni della c.d. l. Ciampi (l. 461/1998 e d.lgs. 153/1999). Non v'è dubbio che il legislatore ha il potere di dettare regole organizzative delle persone giuridiche private, onde garantire la correttezza gestionale, la tutela del patrimonio amministrato, le responsabilità etc. Del resto il cod. civ. disciplina l'organizzazione di società di capitali, consorzi, società cooperative, associazioni e fondazioni. Quest'ultime, in particolare, sono tradizionalmente soggette a controlli amministrativi, poste dal codice civile a tutela del patrimonio altrui affidato agli amministratori. Nel caso delle fondazioni bancarie, il potere conformativo della relativa organizzazione da parte del legislatore si giustifica ancor più in considerazione della origine del patrimonio da amministrare, che è un patrimonio formatosi nel tempo grazie al risparmio della collettività di quel territorio, e che a sua volta è destinato a scopi di interesse pubblico (*in primis* scopi di solidarietà). Di conseguenza sono ammissibili e anzi fisiologiche le limitazioni al potere di auto-organizzazione (a partire dalla disciplina degli organi) per ragioni connesse al regolare funzionamento degli organi stessi, e quindi ai relativi controlli, ai requisiti di idoneità dei titolari dei poteri di amministrazione e di controllo ecc. Come pure sono ammissibili limitazioni (da porsi con norme generali e astratte) volte ad assicurare la trasparenza nell'attività degli organi degli enti, circa le tecniche e i criteri di redazione di bilanci e ciò nel quadro dell'obiettivo di controllo e di difesa del patrimonio e della salvaguardia della destinazione ad interesse pubblico cui è funzionalizzato: sicché, trattasi di obiettivo che trova giustificazione e titolo negli artt. 2 e 47 Cost. In sostanza sono ammesse prescrizioni che incidano sull'autonomia organizzativa della fondazione più

intense di quelle che si ravvisano nelle fondazioni “ordinarie”. Questo non solo per le ragioni indicate circa la natura e l’origine e lo scopo del patrimonio da amministrare, ma anche perché le fondazioni ordinarie nascono da un atto di autonomia privata, mentre quelle bancarie hanno cromosomi pubblicistici (perché pubblici erano gli enti conferenti dopo la l. Amato, ed enti pubblici economici erano le Casse di Risparmio e gli istituti di diritto pubblico, da cui per conferimento germinazione sono sorte le s.p.a. creditizie, c.d. società bancarie conferitarie). In concreto poi la trasformazione in soggetti privati è stata gestita dal MEF, che ha prima, attraverso un atto di indirizzo dettato i criteri circa i contenuti degli statuti e poi approvato gli statuti stessi, con l’ottica di chi plasma una materia ancora nella sua disponibilità, in quanto appunto la privatizzazione è stata per espressa previsione legislativa, una conseguenza della approvazione statutaria (v. art. 28, comma 2°, d.lgs. 153).

### ***3) Regole organizzative di derivazione pubblicistica non coerenti con la natura privata nelle fondazioni bancarie***

Ci si deve però domandare se tale regolamentazione ha da avere dei limiti, per non incidere sul *wesen* dell’autonomia negoziale. Taluno ha infatti osservato che la disciplina in questione è al limite con i precetti costituzionali legati al principio di autodeterminazione della volontà privata e di sussidiarietà sancito all’art. 118, 4° comma<sup>2</sup>. A tal fine, è anzitutto da rimarcare come il Consiglio di Stato abbia sottolineato che con l’introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale sia stato dotato di particolare valenza l’obbligo di “protezione” dell’autonomia privata nelle formazioni sociali rispetto a discipline di fonte eteronoma nel senso che il legislatore potrà impingere su tale autonomia solo nei limiti della proporzionalità e ragionevolezza, nonché del rispetto della riserva di legge *ex* art. 41 Cost. Il Consiglio di Stato ha infatti osservato che la regolazione di fonte pubblica delle fondazioni bancarie “deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, raffrontando i benefici dell’attività di vigilanza e controllo che i possibili costi economico-vigilanza possono

---

<sup>2</sup> V. ad es. M. NUZZO.

provocare sulle attività operative degli organismi privati vigilati”. Nel contempo, ha altresì chiarito come dalla qualificazione della fondazione come soggetto privato derivi l'impossibilità, per la fonte regolamentare, di introdurre ulteriori limiti all'autonomia privata che non siano già previsti dalla legge, pena la violazione del principio di legalità, tantopiù che ci si trova di fronte ad un ente privato, la cui autonomia non solo è negoziale e come tale protetta dall'art. 41 Cost., ma che è particolarmente rafforzata dagli artt. 2 e 18 Cost.<sup>3</sup> (cfr. in particolare il paragrafo II.5 del parere). Il che significa con evidenza che non sono ammissibili limitazioni o condizionamenti al potere di autoregolamentazione delle fondazioni nascenti da circolari o note o comunque da provvedimenti dell'Autorità di vigilanza (allo stato, il Ministro dell'Economia e delle Finanze). Ma soprattutto significa che sono da ritenersi ammissibili, in virtù del principio di tutela dell'autonomia privata, solo le prescrizioni strettamente funzionali alla tutela del patrimonio, perché è questo il solo fine che può consentire deroghe al primato della autonomia privata. Alla luce di queste considerazioni sono da ritenersi principi organizzativi riconducibili alla tutela del patrimonio, le regole circa le caratteristiche di componenti l'organo di indirizzo e circa l'equilibrio della composizione di tale organo; il rapporto di separazione e di non rappresentanza tra tali componenti e i soggetti che li hanno nominati, l'attribuzione all'organo di indirizzo della competenza in ordine all'approvazione del bilancio, la nomina e revoca dei componenti gli organi di amministrazione e di controllo, l'obbligo di prevedere requisiti di professionalità e onorabilità (v. art. 4, comma 1°, lett. g e lett. h, d.lgs 153/1999), la incompatibilità tra amministratori delle fondazioni e amministratori della banca conferitaria, l'obbligo che la gestione del patrimonio sia svolta con modalità organizzative interne idonee ad assicurarne la separazione dalle altre attività della fondazione o da intermediari abilitati (v. art. 4, comma 2° d.lgs. 153/1999). Prescrizioni legislative che invece non abbiano la finalità, diretta o indiretta, di tutela del patrimonio

---

<sup>3</sup> In tal senso ci permettiamo di rinviare a quanto osservato a suo tempo in G. MORBIDELLI, *Sulla natura degli enti conferenti a struttura associativa*, in F. ROVERSI MONACO (cur.) *Le fondazioni Casse di Risparmio*, Rimini, 1998.

e con esso dello sviluppo del territorio e della cura degli interessi di rilievo pubblico insiti ai settori ammessi, sono invece da ritenersi *ultra vires* in considerazione della natura privata delle fondazioni, tra l'altro ribadita con forza, in coerenza con la legge delega, dall'art. 2 d.lgs. 153 laddove proclama la piena autonomia statutaria delle fondazioni. Sono pertanto non in linea con questi criteri e dunque di dubbia costituzionalità la determinazione rigida degli organi necessari anche alla luce del *tertium comparationis* rappresentato dal diritto societario, che consente varie forme di governo, nonché la previsione (v. art. 4, comma 1°, lett. f) nell'ambito degli organi collegiali delle fondazioni la cui attività è indirizzata a specifici ambiti territoriali dalla presenza di una rappresentanza non inferiore al 50% di persone residenti da almeno tre anni nei territori stessi: come se la residenza fosse un criterio decisivo per conoscere ed esprimere le esigenze locali (e anzi talvolta la residenza può determinare maggiore acquiescenza a pressioni particolaristiche). Come pure non è conforme all'autonomia delle fondazioni associative, tantopiù considerando la loro genesi e la loro storia, il fatto che l'Assemblea non possa designare oltre la metà dei componenti gli organi di indirizzo: ciò che rileva è solo che vi sia una qualificata rappresentanza (che poi non è tale) degli enti diversi dallo Stato ex art. 114 Cost. (v. art. 4, comma 1°, lett. c, d.lgs. 153/1999), e che i soggetti designati abbiano i requisiti di professionalità, competenza, etc. previsti dallo Statuto; ma tali criteri possono di certo essere rispettati anche qualora le assemblee che costituiscono l'“essenza” stessa delle fondazioni associative, e l'espressione della loro autonomia, vadano a disporre oltre il 50% dei componenti l'organo di indirizzo.

E' poi da ritenere affetto da incostituzionalità il divieto di più di due mandati, divieto del resto tanto debole che il regolamento, fonte secondaria, vi ha derogato laddove ha stabilito che “Il mandato degli organi di indirizzo e di amministrazione in carica all'entrata in vigore del presente regolamento non viene conteggiato ai fini del limite del mandato di cui all'art. 4, comma 1°, lett. i, d.lgs. 153/1999 (v. art. 7, comma 2°, d.m. 18 maggio 2004, n. 150). Tale divieto appunto incide su uno dei fondamenti del potere di autorganizzazione, quale la scelta degli amministratori. Si tratta invero di una limitazione che è tipica degli enti pubblici. La *ratio* è quella di evitare che si creino

forme di concentrazione e personalizzazione dei poteri esecutivi. Ad essa si aggiunge quella, ribadita da Tocqueville nella *Democrazia in America* con riferimento al Presidente degli Stati Uniti: “E’ impossibile considerare il corso ordinario degli affari ordinari negli Stati Uniti senza accorgersi che il desiderio di essere rieletto è la caratteristica principale del presidente; che tutto il suo governo, ed anche i suoi trascurabili provvedimenti tendono a questo scopo”. Tutte ragioni validissime che del resto sono consacrate in tante Costituzioni con riferimento però al solo Capo dello Stato (oltre a quella USA, che peraltro è frutto di un emendamento del 1951 e che venne suscitato dalla quarta elezione di R.D. Roosevelt, si vedano ad es. le Costituzioni di Austria, Russia, Portogallo, Finlandia, Argentina, etc.), ma non con riferimento ad altri organi costituzionali (es. il Presidente del Consiglio e i Ministri). E’ vero che nel nostro ordinamento un limite analogo è previsto per i Sindaci e i Presidenti di Provincia ma non mancano le voci dissenzienti soprattutto con riguardo ai Comuni più piccoli, in cui la platea degli elettori e degli eleggibili è ristretta, anche perché si tratta di limitazione alla capacità elettorale passiva e dunque da sottoporre a scrutinio stretto ex art. 51 Cost.. Non solo: il principio generale per tutti gli enti pubblici posto dall’art. 13 d.lgs. 29 ottobre 1999 n. 419 (“*Riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali*”) è quello per cui nello Statuto vi sia la previsione che il presidente possa restare in carica, di norma, il tempo corrispondente a non più di due mandati. E’ dunque una regola non assoluta, potendo essere sempre derogata sulla base di adeguate ragioni: tale è il significato del “di norma” (interpretazione, questa, che era considerata pacifica con riferimento al “normalmente”, di cui al vecchio art. 118, comma 3° Cost., a proposito dell’esercizio delle funzioni regionali). Ma soprattutto, valutazioni di tal genere valgono con riguardo agli enti pubblici: mentre le persone giuridiche private, devono essere esse – e esse solo – a decidere se istituire un limite oppure se rimettere alle decisioni dei vari corpi elettorali (Assemblee, Consiglio di indirizzo, Consiglio di amministrazione) se rinnovare o no il mandato e per quante volte. Ancora più illogica è la previsione per cui il limite del doppio mandato, riguarda non solo il presidente, ma tutti i componenti degli organi collegiali: in tal senso non vi sono indicazioni né nelle Costituzioni né nel T.U. enti locali, né nel d.lgs. 419/1999. Del tutto aberrante è poi la interpretazione (che – a

quanto costa – è prevalente nella prassi) per cui il limite massimo del doppio mandato consecutivo riguarderebbe anche mandati di ordine diverso (cioè del Presidente, del Consigliere di amministrazione, e di membro del Consiglio di indirizzo). Infatti la soglia limitativa non può che essere intesa in senso restrittivo, e dunque riferita a quello specifico mandato.

Del pari è da ritenere irragionevole la previsione di incompatibilità (v. art. 4, comma 3°, d.lgs. 153/1999) tra coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle fondazioni e analoghe funzioni nella banca conferitaria e sue controllate o partecipate, e tra i soggetti che svolgono funzioni di indirizzo nella fondazione e amministratori e sindaci della sola banca conferitaria, nelle ipotesi in cui la fondazione ha una partecipazione minima nella conferitaria o addirittura nulla. Anche se a tale risultato si potrebbe giungere in via interpretativa, ritenendo la limitazione di capacità una eccezione, talchè da ammettere solo se c'è un *minimum* di potere di influenzare, quale socio, la società conferitaria; senonché se non si ha alcuna capacità influenzante, viene meno la *ratio* di tale incompatibilità. La invasione della autonomia è rinvenibile anche negli statuti. Una ipotesi ricorrente è la previsione circa la sospensione della qualifica di soci per coloro che siano amministratori o membri del collegio sindacale della fondazione

Si tratta di previsione rinvenibile nell'atto di indirizzo a carattere generale in materia di adeguamento degli statuti delle fondazioni alle disposizioni della legge 23 dicembre 1998, n. 461 e del d.lgs. 17 maggio 1999 n. 186. Tale atto stabilisce i criteri cui le cc.dd. fondazioni bancarie dovevano attenersi per adeguare i propri statuti al nuovo assetto legislativo, onde conseguire, con l'approvazione ministeriale dello statuto, la natura di persone giuridiche private (v. combinato disposto art. 28, comma 2°, e art. 2, comma 12°, d.lgs. 153).

Da notare però che il TAR Lazio, Sez. III, 1 giugno 2000, n. 4556, ha osservato come tale atto si “*ascrive nella categoria generale di cui all'art. 3 comma 1 lett. a) del decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 28, il quale prevede il potere degli organi di governo di adottare, appunto, “atti di indirizzo interpretativo ed applicativo”, destinatari dei quali sono i dirigenti, preposti, in base al successivo comma, alla*

*gestione concreta dell'attività amministrativa, non escludendosi, peraltro, effetti riflessi per i terzi, consistenti nell'esatta percezione della linea di azione dettata dal vertice del plesso amministrativo cui fa capo l'organo al quale compete in concreto di operare. Siffatta potestà di indirizzo non necessariamente determina un vincolo stringente per quest'ultimo intanto perché, in linea di principio, non può escludersi il dissenso, sia pur adeguatamente motivato, dall'interpretazione fornita dall'organo di governo, atteso che il parametro di riferimento rimane pur sempre la legge; in secondo luogo atteso che, nella specie, il tenore delle "indicazioni" dettate dal Ministro del Tesoro non vincola, come si è visto in precedenza, più di quanto non faccia la legislazione di riferimento. Traccia di quanto affermato si rinviene nelle stesse "Avvertenze generali", che utilizzano una formulazione quanto mai prudente, coniugando l'"esplicitazione di massima" con la natura "generale" dei criteri dettati, dimostrando così che una valutazione in punto di legittimità non può che essere effettuata in concreto dai dirigenti preposti al controllo, tenendo conto, cioè, delle soluzioni e delle scelte effettuate dalle singole fondazioni". In altre parole l'atto di indirizzo non ha efficacia vincolante, meno che mai nei confronti di soggetti privati. Del resto l'atto di indirizzo del 1999 aveva come destinatari persone giuridiche (allora) pubbliche. Tutto diverso è il discorso nei confronti di enti privati, nei confronti dei quali il potere di indirizzo deve rispondere ad uno stretto principio di legalità (arg. ex art. 24, cod. civ. e art. 41 Cost.) tantopiù quando impatta sull'autonomia. La sospensione della qualifica di socio in ragione della carica di amministratore o sindaco è comunque una limitazione irragionevole sia in se sia per contrasto con i principi ordinamentali che fungono da *tertium comparationis*: infatti il codice civile (v. art. 21) prevede solo che gli amministratori non hanno diritto di voto nella sede di approvazione del bilancio e in quelle che riguardano le loro responsabilità, ovvero solo quando sia ravvisabile un conflitto di interessi che invece non v'è di norma nella corrente attività dell'Assemblea.*

#### **4) La vigilanza del Ministero dell'Economia della Finanze e relativi limiti**

La *governance* si esprime e si misura anche tenendo conto dei rapporti con il Ministero dell'Economia e delle Finanze. L'art. 10, comma 1° d.lgs. 153/1999 stabilisce che "*fino*

*all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile* (...) *“la vigilanza sulle fondazioni è attribuita al Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF)”*. Sicché, allo stato, non essendo entrata in vigore la disciplina prefigurata della disposizione appena ricordata, tutte le fondazioni sono soggette alla vigilanza del M.E.F.. Vero è che, proprio recentemente il TAR Lazio (sentenza 4 dicembre 2009 n. 12532) ha ritenuto che tale disciplina sarebbe stata introdotta dal d.P.R. 361/2000. In realtà si tratta di un regolamento che ha trasferito alle Prefetture funzioni in tema di vigilanza delle fondazioni (in attuazione dell'art. 20, comma 5°, lett. g, l. 59/1997). Tantopiù che leggi successive al regolamento del 2000 hanno confermato la presenza dell'Autorità di Vigilanza, diversamente da quelle riconducibili al D.P.R. 361/2000 (v. ad es. art. 4 d.l. 24 giugno 2003 n. 143). Tra l'altro l'autorità di vigilanza dispone di un ventaglio di poteri solo in parte riconducibili a quelli previsti per le fondazioni di diritto comune (tra cui rientrano appunto l'autorizzazione per operazioni di trasformazione e di fusione, l'approvazione delle modifiche statutarie, i provvedimenti straordinari di scioglimento degli organi quando risultino gravi e ripetute irregolarità nella gestione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative e statutarie, che regolano l'attività della fondazione, i poteri di ispezione, e di richiesta di dati o documenti, che sono consustanziali al potere di vigilanza). Sono invece poteri speciali o comunque additivi a quelli ordinari il potere di indirizzo attinente la determinazione di un limite minimo di reddito in relazione al patrimonio con riferimento a periodi annuali (v. art. 10°, comma 3°, lett. b)<sup>4</sup>, il potere regolamentare di cui all'art. 9, comma 5°<sup>5</sup>, il potere,

---

<sup>4</sup> Si tratta di un atto di indirizzo (anche se non qualificato dalla legge come tale), volto a stabilire criteri prudenziali di investimento.

<sup>5</sup> Ai sensi del quale “l'Autorità di vigilanza disciplina con regolamento la redazione e le forme di pubblicità dei bilanci e della relativa relazione, in conformità con la natura di organismi senza fine di lucro delle fondazioni, in modo da: a) rendere trasparenti i profili patrimoniali, economici e finanziari dell'attività svolta dalle fondazioni; b) fornire una corretta ed esauriente rappresentazione delle forme di investimento del patrimonio, la fine di consentire la verifica dell'effettivo perseguimento degli obiettivi di conservazione del suo valore e dei criteri seguiti per ottenerne un'adeguata

pure di natura regolamentare di disporre “anche limitatamente a determinate tipologie o categorie di fondazioni di maggiore rilevanza; che i bilanci siano sottoposti a revisione e certificazione ai sensi delle disposizioni di cui al d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, nonché le forme di modalità per la revisione sociale dei bilanci (v. art. 10, comma 3°), il potere di controllo sostitutivo, quando non siano adottati dai competenti organi della fondazione, nei termini prescritti, i provvedimenti di sospensione e le dichiarazioni di decadenza degli amministratori (art. 10, comma 3°, lett. j), i poteri di autorizzazione alla dismissione o operazioni in genere inerenti la partecipazione nella società conferitaria. Si tratta di poteri giustificati dalla esigenza di tutela del patrimonio. Tuttavia l’interpretazione secondo Costituzione li deve ricondurre entro i confini del controllo di legittimità. A ciò si può pervenire già secondo i principi generali.

La loro definizione quali persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, il riconoscimento del carattere dell’utilità sociale agli scopi da esse perseguiti; collocano – anche in considerazione di quanto dispone ora l’art. 118, quarto comma, della Costituzione – le fondazioni di origine bancaria tra i soggetti dell’organizzazione delle “libertà sociali”. In tal senso si è appunto espressa la Corte Costituzionale, nella sentenza 300/2003. Ciò che rileva, al fine dell’intervento dell’autorità di vigilanza, è la violazione di disposizioni giuridiche tra cui *in primis* il perseguimento degli scopi statuari secondo il principio consolidato con riguardo alle persone giuridiche private: “Trattandosi di un ente privato, infatti, la pubblica Amministrazione non potrebbe imporre direttive per la realizzazione dei fini pubblici”<sup>6</sup>. Ed ancora la Corte Costituzionale, nella sentenza 301/2003, nel censurare l’attribuzione in capo all’Autorità di vigilanza di poteri di indirizzo ha osservato “che il potere di indirizzo è essenzialmente diverso da quello di controllo di cui è titolare l’autorità di vigilanza, essendo il primo un potere conformativo dell’attività delle fondazioni, il secondo un potere di verifica della corrispondenza di tale attività a determinati parametri preventivamente fissati”. Si consideri che l’art. 2 in una con il successivo art.

---

redditività.

<sup>6</sup> Così Bianca 1990, 321.

3) attribuisce allo statuto il compito di individuare gli scopi da perseguire, salvo l'obbligo di operare in via prevalente uno dei settori rilevanti (indicati dall'art. 1). Ne consegue che ogni forma di condizionamento autoritativo si pone in contrasto con l'autonomia privata tutelata dall'art. 41 Cost.; tantopiù considerato che l'autonomia è volta a perseguire "fini sociali", e pertanto dispone dell'ulteriore e dirimente tutela di cui agli artt. 2 e 18 Cost.. Tale conclusione trova conferma nel principio di sussidiarietà: se la materia è affidata al privato, il pubblico può "regolare ex ante" (nei limiti stabiliti dalla legge) o verificare la legittimità, non svolgere un sindacato di merito: perché questo significherebbe amministrare e di riflesso contraddire la sussidiarietà.

La tesi circa l'assenza di controlli di merito deve essere verificata alla luce del disposto dell'art. 10, comma 2°, d. lgs. 153/1999, ai sensi del quale "La vigilanza sulle fondazioni ha per scopo la verifica del rispetto della legge e degli statuti (**a: n.d.r.**); la sana e prudente gestione delle fondazioni (**b: n.d.r.**); la redditività dei patrimoni (**c: n.d.r.**); e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti (**d: n.d.r.**)". Il punto a rimanda di tutta evidenza a valutazioni di legittimità mentre il punto d è una specificazione del punto a, circa il rispetto degli statuti. Quanto al punto c, si tratta di una applicazione del dettato di cui all'art. 5, comma 1°, 2° parte d.lgs. 153, ai sensi del quale "le fondazioni, nell'amministrare il patrimonio, osservano criteri prudenziali di rischio, in modo da conservarne il valore ed ottenerne una redditività adeguata".

La nozione di criterio prudenziale di rischio si ricava attraverso indicatori tecnici, rappresentati dalle valutazioni di mercato, le quali stabiliscono i coefficienti di rischio e i vari tempi di assorbimento. Si tratta quindi di una valutazione che rientra entro i confini della legittimità, con la specificazione che ci si deve avvalere delle c.d. "regole dell'arte" in tema di rischio di investimento.

Quanto alla sana e prudente gestione (sub **b**), di derivazione dai criteri di vigilanza di Banca d'Italia (v. art. 5, comma 1, t.u.b.), non v'è dubbio, come è stato ritenuto dalla dottrina<sup>7</sup>, che può trattarsi di una *passepertout* sì da debordare in controllo di merito<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> F. MERUSI, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 718.

Altra parte della dottrina aveva del resto osservato che l’Autorità di vigilanza ha così la facoltà di dar luogo ad *eterodirezione* delle fondazioni bancarie<sup>9</sup>. Si tratta però di rilievi anteriori alla acquisita natura privata e alle sentenze della Corte Costituzionale 300 e 301 del 2003. Sicché tutti i poteri che impingono sull’autonomia devono essere oggetto di interpretazione tale da garantire *quam maxime* tale autonomia. Abbiamo già rilevato come la *ratio* di tale sistema di controlli, più intenso rispetto a quello di cui alla disciplina del codice civile, è rappresentata dalla finalità di tutelare il patrimonio di proprietà sì delle fondazioni, ma che ha un radicamento morale nella collettività che ha contribuito a formarlo.

Ne deriva che la sana e prudente gestione non può che riguardare il patrimonio ovvero la gestione delle risorse di cui la fondazione dispone. Per cui la sana e prudente gestione si inverte negli obblighi stabiliti dall’art. 5, comma 1° e 2° e art. 7, comma 1°. Si tratta quindi di garantire le modalità organizzative di cui al 2° comma, di osservare i criteri prudenziali del rischio, cioè criteri che sono riconducibili entro l’alveo di valutazioni di legittimità come più sopra rilevato. La clausola della sana e prudente gestione assume così una configurazione più ristretta di quella che assume nell’ordinamento bancario, laddove si vanno a valutare “indici dell’adeguatezza patrimoniale, strutturale ed organizzativa del soggetto vigilato, e ciò si traduce pur sempre nella valutazione da parte dell’organo di vigilanza della “validità delle scelte imprenditoriali degli intermediari”, ovvero nella valutazione di tutto ciò che attiene alle “scelte squisitamente interne dell’impresa”. A tal fine, Banca d’Italia dispone di un esteso potere regolamentare, che invero l’Autorità di Vigilanza non ha. Talché la verifica della sana e

---

<sup>8</sup> V. nello stesso senso G. MORBIDELLI, Osservazioni sul decreto legislativo attuativo della l. 23 dicembre 1998, n. 461, in *Fondazioni*, 1999, 13 ss; A. BARBERA, Sul regime delle casse di risparmio a base associativa, in *Le fondazioni casse di risparmio*, a cura di ROVERSI-MONACO, Maggioli Editore, 1998, 164; A. GENTILI, La riforma delle fondazioni di origine bancaria, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 405; G. PASTORI, Le fondazioni bancarie: aspetti istituzionali, assetto organizzativo e controlli, in *Banca impresa soc.*, 1997, 502.

<sup>9</sup> S. AMOROSINO, *I poteri pubblici di vigilanza*, in *Le fondazioni bancarie*, a cura di AMOROSINO e CAPRIGLIONE, Padova, 1999, 172

prudente gestione si inverte solo con i provvedimenti di cui all'art. 10 ed all'art. 7. Tutti appunto rivolti a verificare la conformità a legge, agli statuti, e ai criteri prudenziali di rischio, criteri questi ultimi, del resto, di rilevanza universale, che devono essere seguiti dalle fondazioni bancarie, dalle fondazioni ordinarie, dalle società di capitali, dagli enti pubblici etc. Che poi tali criteri possono rivelarsi errati alla prova dei fatti, è una constatazione comune. Quello che rileva è che, secondo dati obiettivi e verificabili, siano stati seguiti criteri definibili prudenziali. Vale cioè quello che si dice a proposito della responsabilità degli amministratori delle società di capitali: si chiede loro di agire *causa cognita* e soppesando tutti i pro e i contro, con la diligenza del mandatario, ma non si può certo chiedere loro di essere fortunati.

### **5) Le procedure di erogazione**

L'attività delle fondazioni può essere scolasticamente (e dunque senza pretese di esaustività) sezionata in quattro aree: a) la gestione e l'investimento del patrimonio; b) l'erogazione di contributi sia come erogazione in senso stretto, sia come attività di finanziamento di progetti la cui elaborazione proviene dalla fondazione e talvolta la stessa gestione; c) lo svolgimento diretto di attività in campo sociale; d) l'attività di indirizzo e di controllo delle imprese strumentali.

Il cuore dell'attività delle fondazioni è dato dall'erogazione nei due aspetti sopra ricordati. Infatti l'esame dei dati aggregati disponibili mostra che la maggior parte delle fondazioni bancarie persegue i propri obiettivi istituzionali principalmente attraverso attività di tipo erogativo<sup>10</sup>.

La l. 153/1999 (v. art. 3, comma 2°) stabilisce che negli statuti vanno determinati, le modalità e i criteri che presidono allo svolgimento dell'attività istituzionale, con particolare riferimento alle modalità di individuazione e di selezione dei progetti e delle iniziative da finanziare, allo scopo di assicurare la trasparenza dell'attività, la

---

<sup>10</sup> Cfr. M. TIEGHI, *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria: l'ottica economico-aziendale*, in M.A. STEFANELLI (a cura di), *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, Milano, 2005, par. 4.

motivazione delle scelte e la più ampia possibilità di tutela degli interessi contemplati dagli statuti, nonché la migliore utilizzazione delle risorse e l'efficacia degli interventi". Come è evidente tale disciplina assoggetta le fondazioni bancarie, a principi regolatori quali la trasparenza, la motivazione delle scelte, la efficienza (miglior utilizzazione delle risorse), l'efficacia, i quali a loro volta costituiscono principi tipici delle pubbliche amministrazioni riconducibili ai principi di imparzialità e buon andamento scanditi dall'art. 97 Cost. Ne consegue che l'erogazione è sottoposta a regolamentazioni analoghe a quelle tipiche del procedimento amministrativo, soprattutto in punto di motivazione delle scelte di loro pubblicità, di previa predisposizione dei criteri su cui improntare le erogazioni. Infatti l'obbligo di motivazione è stabilito con riguardo ai provvedimenti amministrativi dell'art. 3 l. 241; mentre la trasparenza e la pubblicità, costituiscono principi fondamentali dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1, comma 1°, l. 241 (e inverte in tante disposizioni di legge). Infatti la previa predisposizione dei criteri cui informare le erogazioni è in coerenza con le previsioni dell'art. 12 l. 241/1990, ai sensi del quale: "1. la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni precedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi". Le analogie con le procedure pubblicistiche non finiscono qui. Infatti regole di derivazione pubblicistica sono previste per la concessione che deve rispondere ai criteri di trasparenza, congruità e non discriminazione (v. art. 7, comma 2° d.lgs. 153/1999).

Tali procedure e tali obblighi sono rese necessarie dal fatto che si amministrano patrimoni altrui: e anche per superare la ricorrente accusa di autoreferenza agli amministratori. La correttezza e trasparenza delle procedure è infatti espressione in se di democrazia e comunque di non unilateralità. Sicché la legittimazione è data *ex se* proprio dal *modus procedendi*.

Ma chi è questo altrui? Cioè chi è il proprietario del patrimonio della fondazione? Naturalmente si tratta di una domanda che non può che riferirsi al proprietario "morale",

essendo evidente che la proprietà è della fondazione. E' indubbio che non è degli amministratori, né dei soci di capitale che non vi sono, né dei soci delle fondazioni associative, i quali non hanno alcun diritto sul patrimonio né degli enti locali, né della collettività che non ha personalità. Si tratta invero, come ha rilevato il Consiglio di Stato (v. Cons. Stato, Sez. consultiva atti normativi, 1 luglio 2002 n. 1354, che aveva ad oggetto il d.m. 217/2002, Regolamento ai sensi dell'art. 11, comma 14, della l. 28 dicembre 2001, n. 448 in materia di disciplina delle fondazioni bancarie, ora abrogata e sostituita dal d.m. 15/2004), di "un bene comune" che nasce dall'apporto di una "moltitudine di persone che, nel tempo, con i loro risparmi e/o con la loro attività finanziata dalle Casse, hanno consentito agli accorti amministratori di accrescerne la consistenza" ovvero un patrimonio pubblico, "non in senso strettamente giuridico, ma in senso prevalentemente socio - economico, come patrimonio della collettività nel suo insieme". Ne deriva altresì che l'amministrazione di tale patrimonio, e l'utilizzo dei redditi per gli scopi statutari, costituisce anche una funzione sociale. Per cui, in quanto attività doverosa, non è sottratta a quei principi di buon andamento e imparzialità, che necessariamente presiedono, seppur nelle forme compatibili con i diversi regimi giuridici, allo svolgimento di attività funzionalizzate ad un interesse generale. In altri termini, l'origine del patrimonio e la sua destinazione, per volontà dei fondatori e poi della legge, è una finalità di interesse pubblico: il che ha determinato quello che è stato espressamente definito dalla legge "regime speciale delle fondazioni". Per questa ragione non è da condividere la tesi per cui le fondazioni, che abbiano completamente dismesso le partecipazioni dalla banca conferitaria, avrebbero ormai perso la loro connotazione originaria e non sarebbero più assimilabili alla disciplina speciale degli enti conferenti<sup>11</sup>. Infatti il patrimonio è sempre quello formatosi attraverso il risparmio della collettività di riferimento e le finalità di impiego sono sempre quelle indicate dalla legge in coerenza con l'esigenza di curare e sviluppare le aree (settori ammessi) destinatarie di tali risorse, con precipuo riferimento al territorio storico di attività degli

---

<sup>11</sup> Così B. CARAVITA DI TORITTO, *Le fondazioni di origine bancaria come fondazioni sociali*, in *federalismi.it*

istituti di credito di diritto pubblico o delle casse di risparmio. La conseguenza della presenza di un patrimonio “dedicato” è appunto quella di un regime speciale che a sua volta evoca la disciplina pubblicistica. L’ordinamento infatti non guarda solo alla natura del soggetto, ma agli interessi tutelati: e a seconda degli interessi tutelati e cioè se questi hanno un rilievo pubblicistico, anche un soggetto privato viene sottoposto *in parte qua* cioè per la parte di attività riferita all’interesse pubblico al regime tipico degli enti pubblici o a questo accostabile. Il fenomeno riguarda vari soggetti: ad es. le federazioni sportive ma soprattutto gli organismi di diritto pubblico aventi natura privata e le società che operano nei c.d. settori esclusi, tutti soggetti al regime dei contratti pubblici e che ha la sua canonizzazione nell’art. 1, comma 1-*bis*, l. 241/1990.

#### **6) *Le situazioni soggettive***

Le regole in punto di procedimentalizzazione e di trasparenza cui sono sottoposte le fondazioni bancarie si riverberano sulle situazioni soggettive dei destinatari delle erogazioni.

Parte della dottrina civilistica, muovendo dalla premessa che i poteri privati “funzionalizzati” cioè con scopi stabiliti dalla legge trovano nel principio di correttezza dei limiti all’esercizio, ha ritenuto di qualificarle come interessi legittimi di diritto privato, la cui tutela si realizza con l’annullamento degli atti che non abbiano osservato le regole di correttezza, buona fede, autovincolo.

Senza scomodare la nebulosa categoria degli interessi legittimi di diritto privato, si può invece sostenere che l’obbligo imposto dalla legge di assicurare nell’individuazione e selezione dei progetti o delle iniziative da finanziare la trasparenza dell’attività, la motivazione delle scelte e la più ampia tutela degli interessi statutari, e dunque, di riflesso, l’obbligo di procedimentalizzazione dell’attività, consente di configurare il contenuto di un’obbligazione di adempimento tipico di quelle che la dottrina ha configurato come prestazioni strumentali. Nel senso che l’interessato ha comunque diritto a essere informato e a conoscere le ragioni della decisione della fondazione bancaria, e, se l’*iter* non è stato corretto, ad una rinnovazione delle procedure. In altri termini non certo un diritto alla prestazione, bensì una pretesa alla correttezza nelle

prestazioni strumentali al conseguimento dello scopo statutario. Invero non è da escludere che si possa configurare un diritto alla erogazione, laddove si versi in presenza di criteri così oggettivi e puntuali sicché l'erogazione viene a configurarsi come un atto vincolato. In pratica però i criteri possono condurre ad atti vincolati sotto il profilo della esclusione di soggetti della graduatoria, perché le domande non rispondono ai requisiti richiesti, ma ben difficilmente conducono ad individuare in maniera categorica il destinatario della erogazione e dunque garantire l'erogazione al pretermesso. Questo perché, in attività in cui si deve valutare la meritevolezza di iniziative culturali o assistenziali, o la rilevanza di progetti di ricerca o di tutela di categorie determinate o di promozione di iniziative di formazione giovanile o di protezione dell'ambiente o di conservazione dei beni culturali, etc., è nella natura delle cose la presenza di margine discrezionali nella valutazione. La quale – sia chiaro – non significa arbitrio, ma significa valutazione motivata e riservata a soggetti titolari di adeguate competenze. Non diversamente del resto avviene nelle procedure valutative degli stessi enti pubblici: senza arrivare alla discrezionalità (invero talvolta eccessiva) dei concorsi universitari, così anche per i concorsi di progettazione nel settore dei contratti pubblici o nei finanziamenti da parte del CNR o del Ministero dell'Università di progetti di ricerca. In pratica il diritto alla erogazione può sorgere solo in presenza di criteri così puntuali e dettagliati da far sì che la selezione si tramuti in una applicazione vincolante degli stessi, di talché la inosservanza dei criteri rilevata dal giudice costituisce un inadempimento cui corrisponde un obbligo di fare specifico, ovvero l'inserimento in graduatoria del pretermesso. Né è da escludere che gli Statuti introducano forme di garanzia additive, es. attraverso strumenti di conciliazione, certo più idonei degli strumenti giudiziali attese le questioni in campo.

La giustiziabilità delle pretese dei richiedenti e il fatto che si vadano ad applicare principi tipici del diritto amministrativo, non significa però omologazione *tout court* alle regole del diritto amministrativo.

Se il richiamo ai principi di trasparenza etc., si raccorda a regole di diritto pubblico, dal quale anzi si possono ricavare indicazioni e elementi interpretativi, ciò tuttavia non implica recezione *tout court* di tali regole.

A prescindere dal fatto che anche il diritto amministrativo contempla ipotesi in cui non si applica la trasparenza e la concorsualità (pensiamo alla trattativa privata nei contratti pubblici), l'obbligo di previa predisposizione dei criteri non significa che non sono ammesse procedure d'urgenza o procedure senza comparazione; sia ad es. se c'è un intervento che richiede iniziative immediate (edificio storico pericolante), sia se si tratta di iniziative di straordinaria importanza o che appartengono alla tradizione. Tutto questo del resto viene esplicitato (o comunque, è opportuno che venga esplicitato) nei criteri, e le ipotesi sopra descritte sono pur sempre applicazione di criteri.

Quest'ordine di osservazioni trova del resto conferma nella prassi. Infatti è vero che se di solito l'erogazione viene preceduta da bandi, con cadenza fissa, nei quali sono delineate le procedure di selezione e le tipologie di intervento ammesse, è anche vero che non mancano casi di contributi straordinari erogati sulla base di specifiche richieste che possono essere presentate o al di fuori di procedure prestabilite o in base a "bandi straordinari". Resta fermo comunque che ciò deve avvenire in trasparenza: cioè deve essere oggetto di previa deliberazione e deve essere motivato. Del resto, ancora una volta valga ricordare che lo stesso diritto amministrativo conosce numerose eccezioni all'obbligo di motivazione e allo stesso diritto di accesso, laddove sono ritenute cedevoli a fronte di valori ritenuti di maggiore rilievo. Comunque sia, dalla evocazione di taluni principi proprio del diritto amministrativo non è certo ricavabile una applicazione di tutte le regole del diritto amministrativo. Anzi, considerato che si tratta sempre di eccezioni alla piena espansione della autonomia privata, hanno da essere di stretta interpretazione.

### ***7) Contro una amministrativizzazione delle fondazioni bancarie***

Ho ritenuto di dedicare particolare attenzione a questo profilo, onde contrastare tesi autorevoli sostenute dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la quale invece ha recentemente auspicato un intervento anche regolatorio in base al quale sia previsto che le fondazioni a) esplicitino e rendano trasparente il processo decisionale sulle modalità con cui esercitano i diritti di voto nelle società partecipate; b) definiscano i criteri in base ai quali le stesse fondazioni selezionano i candidati da proporre per le

cariche degli organi di governo delle società partecipate; c) infine, sulla base di una normativa *ad hoc* debbono predisporre chiari criteri per la nomina degli stessi organi di *governance* delle fondazioni, ispirati a obiettivi di oggettività e trasparenza; d) vengono sottoposte ad un maggiore *standard* di trasparenza sui criteri di gestione del patrimonio delle fondazioni, anche attraverso l'adozione di indicatori di riferimento per pesare l'andamento degli investimenti effettuati.

Va premesso che di tutto questo non c'è traccia nella legge. Ed infatti AGCM propone interventi regolamentari e normativi in tal senso. Si tratta però di misure affatto coerenti con la natura delle fondazioni bancarie. Il retroterra di tali proposte è una visione statalista, di amministrativizzazione di istituti privati pur definiti dalla Corte Costituzionale istituzioni di libertà, soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali. Non v'è dubbio, anche perché la trasparenza è un valore anche per chi vi è assoggettato, che le fondazioni debbano stabilire non solo con riguardo alle decisioni in punto di organizzazione (come del resto è previsto dalla legge), ma anche con riguardo a quelle che presiedono alla gestione del loro patrimonio e alla attività diretta in campo sociale, alla attività di istituzione e controllo di imprese strumentali.

Devono così dare pubblicità e ragione degli investimenti degli atti istitutori di imprese strumentali e determinazioni conseguenti, alle operazioni relative alla competenza etc. alla designazione di amministratori o revisori. Ma come frutto di autonoma iniziativa, in quanto talvolta si può stabilire che determinate decisioni in punto di investimento sono dettate da ragioni non esternabili per ragioni di riservatezza, come pure possono esservi ragioni per cui non è possibile dar conto *in toto* del percorso decisionale seguito per nominare un soggetto anziché un altro (se ad es. a discapito del postergato ci sono ragioni di *privacy*). D'altra parte nel delicato settore delle nomine vi sono ragioni ontologiche di fiduciarità che rifuggono da regole come quelle dettate da AGCM. Semmai, e qui si torna a quanto indicato in precedenza, si potranno predisporre *ex ante* griglie di "profili" dei designandi, ad evitare scelte del tutto improvvise, ma sempre come criterio di orientamento e non regole cogenti, attesa la flessibilità intrinseca alle nomine in società ed istituzioni.

La amministrativizzazione per legge impedirebbe invece questa fondamentale

espressione di autonomia e equiparerebbe le fondazioni ad enti pubblici. Sicché si arriverebbe alla pubblicità sostanziale, che è poi ciò che la Corte Costituzionale (e prima di essa, la stessa storia), ha contraddetto. Si è già avuto modo di rilevare come le regole di cui alla l. Ciampi siano al limite dell'autonomia negoziale. Altre regole sarebbero non solo incostituzionali, ma nefaste. Tantopiù che le fondazioni sono diversissime per patrimoni, tradizioni, rapporti con conferitaria, sicché una regolamentazione come quella ipotizzata confliggerebbe anche con i principi di adeguatezza e proporzionalità. D'altra parte, se c'è una cosa da evitare è l'eccesso di regole. E' vero che non siamo ai tempi di Rousseau, che misurava la civiltà in maniera inversamente proporzionale al numero delle leggi, però è opportuno ridimensionare le regole generali ed astratte per enti così diversi e in continuo divenire (nello stesso oggetto sociale dato che i settori rilevanti possono essere modificati ogni anno). E' semmai più opportuno in un processo dialettico far tesoro delle esperienze reciproche, del resto sotto l'egida dell'ACRI oltremodo attento nel creare e diffondere le culture delle fondazioni, e stabilire cioè quali sono le *best practices* (anche in punto di procedure di nomina) come avviene del resto tra ricercatori o tra imprenditori di settore o tra cultori di qualunque disciplina, senza che "il che fare" sia stabilito per legge. In fondo, se v'è una area in cui l'ordinamento statale deve stare lontano (salvo la tutela dei valori di fondo: qui appunto la tutela del patrimonio) è quello delle formazioni sociali, che hanno una implicita ed ontologica capacità di autoregolamentazione (si pensi all'ordinamento sportivo o alle accademie o alle associazioni che operano a difesa dell'ambiente o del patrimonio culturale, o alle associazioni di consumatori). Principio in virtù del quale, di fatto, si è sempre evitato di regolare in dettaglio anche partiti e sindacati, e ciò malgrado la stessa Costituzione offra indicazioni in senso contrario.

#### **8) *Le fondazioni come organismi di diritto pubblico?***

Le considerazioni che precedono valgono anche per contrastare alcune tesi che sono "in

circolazione”<sup>12</sup>.

Si è infatti sostenuto, con analogie più “impressionistiche” che di sostanza (come quella con S.p.a. ANAS) che le fondazioni andrebbero soggette alla giurisdizione di responsabilità della Corte dei Conti, ma è appena il caso di osservare che ANAS è in realtà un ente pubblico (per origine, capitale di dotazione, nomine, incapacità di auto scioglimento etc.); le fondazioni sono soggetti privati, e il capitale che impiegano non è pubblico, né sono concessionari di enti pubblici. Da parte della dottrina si è sostenuto che il rapporto di “dipendenza” nelle fondazioni istituzionali si configurerebbe in virtù del fatto che gli amministratori possono essere confermati, di talché la prospettiva della conferma potrebbe condizionare l’indipendenza. Resta però il fatto che la legge esclude in radice un rapporto di mandato e non sono consultive, trattandosi di limitazioni all’autonomia contrattuale, interpretazione estensiva, che si fonda per di più su prospettive o aspettative. Del resto, se così fosse, la stessa categoria degli amministratori indipendenti nelle S.p.a. andrebbero messe in discussione, essendo anche essi confermabili (fino a 3 volte: poi viene meno l’indipendenza). Senza contare che a seguire questa tesi si dovrebbe andare a distinguere nelle fondazioni tra amministratori del primo e del secondo mandato, e decidere per l’applicazione o meno della normativa sui contratti pubblici a seconda se la prima categoria supera il numero degli amministratori al secondo mandato sommati a quelli nominati da enti pubblici.

Il TAR Lazio (seguito dal TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. Bologna, n. 1757 del 6 ottobre 2009), invece, ha sostenuto che le fondazioni sono da qualificare come organismi di diritto pubblico: ad analoghe conclusioni era giunto invero il Consiglio di Stato, Sez. atti normativi, in sede di esame dello schema di regolamento attuativo del d.lgs. 153/1999, con riguardo alle fondazioni non associative, dove la maggioranza degli amministratori è nominata da enti pubblici. La tesi non ebbe seguito e venne abbandonata in sede di regolamento, sulla base del rilievo che gli amministratori designati dagli enti pubblici per legge non sono rappresentati dagli stessi né ad essi rispondono, di talché manca il presupposto della disciplina sull’organismo di diritto

---

<sup>12</sup> V. A. POLICE

pubblico, secondo cui la pubblicità degli enti controllori si riverbera (ai limitati fini della applicazione della normativa di evidenza pubblica sui contratti) sugli enti controllati .

Il TAR Lazio ha invece seguito un ragionamento diverso, e estendibile a tutte le fondazioni bancarie, ivi comprese quelle associative. Nel senso che ha ritenuto ricorrere fattispecie dell'art. 3, comma 26, d.lgs. 163/2006, in virtù del fatto che le fondazioni sono sottoposte alla Vigilanza del MEF (come Autorità di Vigilanza). La tesi è per nulla persuasiva. La legge (e la direttiva comunitaria) si riferisce infatti alla vigilanza svolta da organi interni (collegi sindacali, revisori dei conti *et similia*), e non ad ogni forma di vigilanza, anche esterna: l'art. 3, comma 26, d.lgs. 163/2006 parla di "organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza" (dell'ente: n.d.r.) costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organi di enti pubblici. Il dato testuale è inequivoco, né sono ammissibili interpretazioni (oltremodo) estensive trattandosi di introdurre limitazioni alla autonomia di un soggetto privato. Né è possibile sostenere che si versi nell'ipotesi di gestione soggetta al controllo di enti pubblici, in quanto la vigilanza riguarda la conformità alla normativa e non investe la gestione in quanto tale. Del resto, se così non fosse, ogni sorta di fondazione in quanto assoggettata alla vigilanza governativa (o regionale) sarebbe assoggetta al regime del codice dei contratti pubblici.

In realtà la sentenza del TAR Lazio era condizionata dal fatto che nella specie il contratto riguardava la redazione della progettazione definitiva di un'opera pubblica, inserita tra l'altro nel programma delle opere strategiche di cui alla l. 443/2001, e la Fondazione (Cassa di Risparmio di Perugia) insieme ad altri soggetti, tra cui la Camera di Commercio, operava come delegataria di enti pubblici.

La *querelle* comunque è stata risolta dal Consiglio di Stato con una recentissima sentenza della Sez. VI, 3 marzo 2010 n. 1255. E' vero che la decisione si è basata, per escludere la tesi dell'organismo di diritto pubblico, sul disposto di cui all'art. 1, comma 10 *ter*, del d.l. n. 162 del 23 ottobre 2008 (comma inserito dalla legge di conversione 22 dicembre 2008, n. 201), a mente del quale: "ai fini della applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non rientrano negli elenchi degli

organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico gli enti di cui al d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, di cui all'art. 1 del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, e di cui al d.lgs. 10 febbraio 1996, n. 103, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture". Per cui tale interpretazione non risolve il problema di compatibilità con la direttiva comunitaria, la quale evidentemente non è declinabile dell'autoqualificazione in sede di normativa statale. Peraltro è significativo che la sentenza, oltre a rilevare l'assenza di finanziamento pubblico, mette in risalto l'assenza di un controllo sulla gestione, controllo che, in base ai principi comunitari, è l'unico che consenta di esercitare un effettiva influenza decisionale in seno agli organismi coinvolti.

#### **8) Conclusioni**

Come si è avuto modo di vedere, i rapporti con il potere pubblico delle fondazioni bancarie sono tanti e continui. Si tratta però di casi di rapporti che derivano dall'esigenza di tutelare con estrema intensità un patrimonio che promana dalla collettività, dalla sua storia, dal suo impegno. A tal fine sono dedicate le regole in punto di controlli e in punto di organizzazione, le quali tuttavia devono essere interpretate in senso funzionale alle finalità di tutela del patrimonio come più sopra rilevato. Mentre l'attività delle fondazioni, in quanto tale, è di stretto diritto privato. Non hanno rilievo in senso contrario gli scopi di pubblica utilità perché questi sono scopi tipici di tutte le fondazioni.

Le considerazioni di cui sopra non solo consentono di depurare il d.lgs. 153 e la normativa derivata (regolamenti o statuti) di incrostazioni pubblicistiche *ultra vires*, ma anche di ritenere incostituzionali eventuali normative le quali pretendano di addossare alle fondazioni oneri o impegni. Questo è avvenuto in passato con la legge quadro del volontariato (v. art. 15, l. 11.8.1991 n. 266) la quale stabilisce che una quota non inferiore a un quindicesimo dei proventi, al netto delle spese di funzionamento e dell'accantonamento, degli enti conferenti venga destinata alla costituzione di fondi speciali a disposizione delle organizzazioni di volontariato.

La Corte Costituzionale (sentenza n. 500/1993) ebbe a ritenere costituzionale tale disciplina sulla base del fatto che la speciale “elargizione” imposta non incide in modo eccessivo sull’autonomia degli enti sia per l’ammontare non rilevante delle somme in discussione, sia perché la finalità di carattere sociale, civile e culturale delle associazioni di volontariato sono del tutto coerenti con gli scopi di interesse pubblico e di utilità sociale (preminentemente nei settori dell’istruzione, della sanità, dell’arte e della ricerca scientifica) e con le originarie finalità di assistenza e di tutela delle categorie più deboli perseguibili dagli enti stessi.

Già queste coordinate sono idonee ad interdire misure maggiormente invasive o che non siano in linea diretta con gli scopi di utilità pubblica perseguite dalle fondazioni, ma soprattutto la sentenza non aveva davanti a sé degli enti privati ma degli enti pubblici ed è evidente che nei confronti dei primi la *potestas* conformativa dell’autonomia da parte del legislatore è ben minore, tanto più considerando che proprio la sentenza n. 500 ebbe a rilevare che la legge deve rispettare “*in modo sufficientemente equilibrato l’ambito di autonomia decisionale e statutaria degli enti (..) senza un’eccessiva compressione quantitativa e di gestione degli stessi*”.

Tutto questo vale a fortiori dopo la sentenza n. 300/2003. Fermo restando che come hanno dimostrato in tantissime occasioni le fondazioni, avvalendosi della propria autonomia e capacità di diritto privato e anche di talune previsioni legislative incentivanti (v. ad esempio art. 112 e 121 Codice dei Beni Culturali) danno luogo a molteplici forme di partnership e collaborazione con enti pubblici, in particolare nei settori della cultura, della sanità e anche delle infrastrutture (quest’ultime in particolare con la presenza nel capitale di Cassa Depositi e Prestiti). La loro attività è in *toto* di diritto privato, anche quando, per ragioni di tutela del patrimonio, si deve spiegare secondo moduli procedimentali e trasparenti: con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione, responsabilità, regime degli atti. In altri termini, come del resto stabilisce l’art. 5 del d.l. 15.4.2002 n. 63 conv. in legge 15.6.2002 n. 112 si tratta di un regime giuridico speciale rispetto a quello delle altre fondazioni, ma sempre regime giuridico privatistico

dp/convegno bologna fondazioni bancarie 27 maggio 2010