

LE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA DOPO LA RIFORMA
DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE.

*Il contributo delle sentenze della Corte costituzionale nn. 300 e 301 del 2003
all'annoso dibattito sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie... e non solo!*

Di “*fondazioni bancarie*” in senso stretto s’inizia a parlare solo nei primi anni ’90 e, peraltro, solo nell’ambiente accademico, arrivando la consacrazione di tale locuzione attraverso l’uso del legislatore circa dieci anni più tardi¹. In realtà, la storia delle fondazioni di origine bancaria è risalente nel tempo, affondando le proprie radici nel XIX secolo. Esse sono, quindi, enti, ad un tempo, antichi e di recente formazione.

Tale dato, unitamente all’evoluzione della loro disciplina normativa, rende particolarmente difficoltoso fornire una definizione esaustiva di “*fondazione bancaria*”. Limitandosi alla considerazione dei disposti normativi vigenti, per “*fondazione bancaria*” si intende un ente di diritto privato, caratterizzato, da un lato, dalla piena autonomia statutaria e gestionale, dall’altro da precisi limiti stabiliti dalla legge, oggi sicuramente meno penetranti che in passato, anche alla luce delle recenti sentenze della Corte costituzionale e del recente D.M. n. 150 del 2004 di seguito commentati.

In particolare, la discussione sulle problematiche giuridiche che gravitano attorno a tali enti si è rinvigorita a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, operata con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

Infatti, accanto alla tradizionale questione, peraltro non ancora risolta in modo soddisfacente, della legittimità dell’ingerenza dei pubblici poteri in organizzazioni di stampo privatistico, considerato il riconoscimento, in capo alle fondazioni, della autonomia statutaria, organizzativa e gestionale, il nuovo assetto di rapporti tra i diversi livelli di governo e la nuova distribuzione tra di essi del potere normativo, conseguente alla suddetta riforma costituzionale, ha introdotto un ulteriore profilo di rilevanza, quello della competenza statale o regionale in ordine alla disciplina di tali organismi.

Il discorso si allarga a questo punto alla più ampia tematica del rapporto tra le fonti del diritto: non solo per quanto concerne la ripartizione del potere normativo primario in materia di fondazioni ai sensi dell’art. 117 Cost., ma anche, come si vedrà meglio in seguito, per quanto riguarda l’esercizio del potere regolamentare.

Proprio queste sono le questioni oggetto delle due recenti pronunce della Corte costituzionale, nn. 300 e 301 del 2003. In tali occasioni, la Consulta ha statuito, per un verso e direttamente, in ordine alla competenza legislativa e regolamentare dello Stato e delle Regioni in materia di fondazioni bancarie. Tuttavia, per altro verso ed indirettamente, ripercorrendo la storia e le vicende legislative che hanno accompagnato la nascita e l'evoluzione delle fondazioni di origine bancaria, ha fornito indicazioni utili per chiarire le numerose perplessità che gravitano attorno alla loro controversa natura giuridica.

Prima di procedere ad un commento analitico delle due sentenze n. 300 e 301 della Corte costituzionale appare opportuno ripercorrere schematicamente i momenti salienti dei processi di riforma che hanno interessato le fondazioni bancarie.

La prima regolamentazione delle fondazioni bancarie è rappresentata dalla l. 30 luglio 1990, n. 218 (*“Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico”*) e dal connesso d. lgs. 20 novembre 1990, n. 356, provvedimenti con i quali si è inteso costruire soggetti creditizi, nella forma della società per azioni, scorporati dall'originario ente pubblico economico ed attributari di funzioni di intermediazione tra risparmio e credito, ed enti conferenti portatori dei pacchetti azionari delle banche e gestori di funzioni di pubblica utilità e di carattere sociale, configurati quali enti pubblici operanti con piena capacità di diritto privato e pubblicoⁱⁱ.

Tale situazione è radicalmente mutata con la l. 30 luglio 1994, n. 474 e la connessa direttiva del Ministro del Tesoro Dini del 18 novembre 1994, con i quali sono stati fissati i termini perentori entro i quali le fondazioni avrebbero dovuto dimettere le partecipazioni di controllo nella banca conferitaria.

Con la legge di delega 23 dicembre 1998, n. 461 e il conseguente d. lgs. 20 novembre 1990, n. 461 (è la c.d. riforma Ciampi) è stata data una nuova configurazione giuridica agli originari enti pubblici conferenti: essi sono stati trasformati in persone giuridiche di diritto privato, senza fine di lucro e dotate di autonomia statutaria e gestionale. In particolare, esse:

- √ perseguono scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto stabilito dai propri statuti;
- √ devono indirizzare la propria attività nei settori previsti dallo statuto, dovendosi, comunque, ricomprendere tra questi almeno un settore c.d. *“rilevante”* (art. 2, comma 2), tra quelli tassativamente elencati alla lettera d) dell’art. 1 del medesimo decreto;
- √ non possono esercitare direttamente attività imprenditoriali, con la sola eccezione di quelle strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei settori rilevanti;
- √ non possono svolgere funzioni creditizie o erogare finanziamenti, eccezion fatta anche qui per le imprese strumentali;
- √ non possono detenere partecipazioni di controllo nella società bancaria conferitaria o in enti o società diverse dalle imprese strumentali;
- √ il reddito da esse prodotto deve essere destinato, innanzitutto, al soddisfacimento delle spese di funzionamento e degli oneri fiscali; almeno il 50% del reddito, detratti i suddetti oneri al finanziamento di interventi nei settori rilevanti; quindi, alla realizzazione di eventuali altri fini statutari e per erogazioni stabilite da specifiche ed ulteriori norme di legge;
- √ sono dotate di organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo: in particolare, nell’ambito dell’organo di indirizzo, vi deve essere una adeguata e qualificata rappresentanza del territorio;
- √ operano utilizzando il proprio patrimonio, totalmente vincolato al perseguimento degli scopi statutari;
- √ sono soggette al controllo dell’Autorità di Vigilanza che ha il compito di verificare, attraverso l’esercizio di penetranti poteri di controllo, il rispetto delle disposizioni legislative e statutarie, nonché la sana e prudente gestione delle fondazioni e l’effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti.

In definitiva, la legislazione Ciampi ha disegnato sì dei soggetti privatistici, ma ne ha, al contempo, definito i caratteri strutturali (scopi, settori d’intervento, e risorse da dedicarvi), quelli organici e quelli funzionali, con il conferimento all’Autorità di vigilanza di un significativo potere d’intervento nel funzionamento delle fondazioniⁱⁱⁱ. Su tale contesto normativo si inserisce la c.d. riforma Tremonti, operata con la l. 28 dicembre 2001, n. 448. Essa:

- √ Introduce il concetto di settore ammesso, modificando contestualmente quello di settore rilevante. I settori rilevanti hanno cessato di essere il novero degli ambiti prioritari di intervento delle fondazioni, divenendo piuttosto i settori in cui esse svolgono *prevalentemente* la propria attività, scelti ogni tre anni dall'Organo di indirizzo tra i settori ammessi, ossia tra gli ambiti in cui *esclusivamente* le fondazioni sono chiamate ad operare (modificabili con Regolamento dell'Autorità di vigilanza);
- √ Contiene la previsione che le fondazioni dovessero scegliere per un triennio tre settori rilevanti tra quelli ammessi, in cui investire almeno il 51% del reddito netto
- √ *“territorializza”* l'organo di indirizzo, essendo previsto che, in seno ad esso, vi sia una prevalente e qualificata rappresentanza di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni (quest'ultimo ente prima non considerato tra quelli legittimati a concorrere alla formazione dell'organo di indirizzo).
- √ Prevede il divieto, per i soggetti con il potere di designare componenti dell'organo di indirizzo e per i componenti degli stessi organi delle fondazioni *“di essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni”*;
- √ Prevede il divieto per i soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo, di svolgere funzioni analoghe presso la società bancaria conferitaria o *“altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo”* che non abbiano *“limitato rilievo economico o patrimoniale”*
- √ estensione della definizione di controllo di una società bancaria anche al caso in cui *“il controllo è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni”*
- √ dell'obbligo per le fondazioni di adeguare i propri statuti alle disposizioni di legge entro novanta giorni

Complessivamente la riforma ha avuto l'effetto di rendere più pesante ed invasivo dell'autonomia delle fondazioni l'intervento statale,

Nel giudizio di legittimità costituzionale poi sfociato nella sentenza n. 300, le ricorrenti denunciano, innanzitutto, la violazione dell'art. 117, comma 3, Cost.

Secondo le Regioni il processo di trasformazione delle fondazioni in persone di diritto privato non si è ancora completato per effetto della *“perdurante sottoposizione delle fondazioni alla vigilanza del Ministero del Tesoro (ora, dell’Economia e delle Finanze), e per il non definitivo compimento della procedura di trasformazione, con la dismissione delle partecipazioni azionarie rilevanti delle fondazioni nelle società bancarie conferitarie e con la modifica e approvazione dei nuovi statuti”*.

In questo senso è, del resto, la precedente giurisprudenza costituzionale: si pensi, ad esempio, alle sentenze 341 e 342 del 2001, in linea con la precedente decisione n. 163 del 1995.

Da ciò discende che la disciplina delle fondazioni non può ricondursi alla materia dell' *“ordinamento civile”*, affidata alla competenza legislativa statale, bensì a quella delle *“casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale”*, ricadente entro l'ambito della competenza legislativa concorrente.

Dal momento che l'art. 11 della l. n. 448 del 2001 detta una disciplina di dettaglio, esso finisce con il violare il riparto di competenze fissato dall'art. 117 Cost. nella sua nuova formulazione.

Inoltre, la Regione Toscana rintraccia un'ulteriore profilo di illegittimità dell'art. 11 rispetto all'art. 117, comma 4. Infatti, poiché i settori in cui le fondazioni operano sono per lo più attribuiti alla competenza regionale concorrente o esclusiva, risulta violata anche la competenza legislativa general-residuale delle Regioni.

Infine, se si ammette la validità delle censure mosse, non si può non riscontrare anche la violazione dell'art. 117, comma 6, Cost., considerata l'attribuzione ad un'autorità statale del potere regolamentare in una materia rientrante tra quelle di competenza concorrente. In realtà, già il mancato riconoscimento del ruolo di vigilanza alle Regioni e la sua attribuzione ad altra autorità determinerebbe, ad avviso delle Regioni Umbria ed Emilia Romagna, l'illegittimità costituzionale della norma in esame.

Ad avviso della Consulta, è proprio sulla base dell'evoluzione legislativa nel settore creditizio, come sopra ricostruita, che deve escludersi l'attuale sussistenza di quel *“vincolo genetico e funzionale”* tra enti conferenti e società bancarie di cui la stessa Corte aveva in precedenza parlato.

Il *“vincolo genetico”* che legava la società bancaria all'originario ente pubblico conferente è interrotto poiché le medesime fondazioni non possono svolgere attività di

controllo, neppure indirettamente, non possono detenere partecipazioni di controllo, neppure in collegamento di fatto tra loro, di società di intermediazione del risparmio col credito, né possono erogare finanziamenti ad enti con scopo di lucro.

Le sentenze nn. 341 e 342 del 2001 costituiscono un precedente importante, tuttavia devono essere interpretate alla luce del contesto storico in cui sono state emesse e il valore delle considerazioni allora formulate *“non può proiettarsi oltre la fase di ordinaria ristrutturazione degli enti conferenti-fondazioni di origine bancaria”*.

Nel 2001 le fondazioni mantenevano ancora un carattere di stretta connessione con le società conferitarie; al contrario, oggi, l’arco di tempo, della durata di quattro anni salvo deroghe per casi particolari, per l’adeguamento alle nuove disposizioni è trascorso e *“non c’è ragione per ritenere ulteriormente perdurante l’originaria qualificazione degli enti conferenti”*, anche in considerazione del fatto che il termine suddetto è stato rispettato dalla grande maggioranza degli enti interessati.

Da quanto sin qui detto consegue che le fondazioni non possono considerarsi rientranti, quanto alla loro disciplina, nella materia del credito e del risparmio, bensì entro quella dell’ *“ordinamento civile”*.

Se tale è la collocazione giuridica della disciplina delle fondazioni, allora dovrà riconoscersi che essa è affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, cui spetta anche la relativa potestà regolamentare.

Discorso a parte deve essere fatto a proposito dei settori di azione delle fondazioni, poiché qui rimane salva la competenza regionale o concorrente a seconda che essi ricadano entro materie attribuite alla competenza esclusiva o concorrente delle Regioni. Ed, infatti, la Corte ha precisato che *“nei confronti dell’attività delle fondazioni di origine bancaria, come di quella di qualunque altro soggetto dell’ordinamento civile”, valgono anche le norme regionali, emanate nell’ambito delle proprie competenze per disciplinare i diversi settori dell’attività nei quali queste istituzioni, secondo i propri statuti, operano”*.

La sentenza in esame, dunque, opera un chiarimento su due punti molto importanti: il primo è quello oggetto, per così dire, diretto della pronuncia di legittimità costituzionale, e cioè la competenza normativa in ordine alla disciplina dell’organizzazione e del funzionamento delle fondazioni; il secondo riguarda la qualificazione giuridica delle fondazioni, che rappresenta un passaggio fondamentale per statuire in ordine al primo punto.

Passando ora a considerare la sentenza n. 301, occorre sottolineare come la Corte, in misura maggiore che nella prima delle pronunce in commento, abbia preferito assumere la linea della delimitazione, caso per caso, dei motivi di impugnativa da vagliare alla luce del canone della ragionevolezza.

Una prima questione riguardava l'art. 11, comma 1, primo periodo, della l. n. 448 del 2001 e l'art. 7, comma 1, lett. aa), punto 2 della l. n. 166 del 2002, aventi ad oggetto i c.d. "*settori ammessi*" di attività delle fondazioni.

Nell'ordinanza di rimessione si lamentava la violazione di numerosi parametri costituzionali tra cui l'art. 2, 3, 41, 117 e 118 Cost.

La Corte ha ritenuto infondata la questione sotto tutti gli aspetti, precisando, da un lato, che non è prospettabile alcuna violazione degli art. 117, poiché le norme riguardano il regime giuridico delle fondazioni e non i settori di attività, né dell'art. 118, attesa la natura privata delle fondazioni incompatibile con l'applicazione del principio di sussidiarietà; chiarendo, dall'altro, che non c'è alcuna lesione della libertà di autodeterminazione delle fondazioni, dal momento che le previsioni legislative sono così ampie da ricomprendere tutte le attività proprie delle fondazioni ed, inoltre, necessarie al fine di individuare quello scopo che deve caratterizzare ogni persona giuridica privata ai sensi dell'art. 16 c.c.

Naturalmente, l'interpretazione delle espressioni utilizzate dal legislatore dovrà essere compiuta "*in un senso logicamente compatibile con il carattere non pubblicistico dell'attività delle fondazioni*". Alle fondazioni, infatti, non sono riconosciute pubbliche funzioni e i settori di intervento includono attività "*socialmente rilevanti, diverse, seppur complementari ed integrative, dei pubblici poteri*".

Tale soluzione non ha soddisfatto parte della dottrina che continua a ravvisare nella confusa elencazione dei settori ammessi una indubitabile lesione dell'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni, non giustificabile se non alla luce della peculiare qualificazione giuridica delle stesse come soggetti privati da indirizzare verso scopi sociali o come enti di diritto privato ma di interesse pubblico, tuttavia non operata dalla Corte^{iv}.

Altra questione, stavolta ritenuta fondata, riguarda l'art.11, comma 1, ultimo periodo, della l. n. 448 del 2001.

La norma prevede la possibilità di modificare, con regolamento dell'Autorità di vigilanza, l'elenco dei settori ammessi. È evidente che in tal modo si realizza un'ipotesi di delegificazione al di fuori dei casi previsti dall'art. 17 della l. n. 400 del 1988. La Corte, pur sorvolando su tale aspetto, ne ha comunque sancito l'illegittimità costituzionale, poiché essa si rivelava lesiva dell'autonomia fondazionale accordando un ampio potere, non adeguatamente circoscritto, di modificare la legge al titolare della potestà regolamentare.

L'art. 11, comma 2, l. n. 448 del 2001 ha introdotto una limitazione numerica dei settori rilevanti in cui le fondazioni devono concentrare la maggioranza delle risorse economiche. Secondo la Corte tale norma è legittima poiché ispirata dalla necessità di evitare l'eccessiva dispersione degli interventi delle fondazioni. Inoltre, deve tenersi conto, da un lato, del fatto che la scelta dei settori in cui operare non è imposta autoritativamente e, dall'altro, che le fondazioni conservano la facoltà di investire la restante metà del loro patrimonio nei settori ammessi non prescelti.

Altre due tematiche trattate dalla Consulta sono state quella riguardante la composizione dell'organo di indirizzo e le incompatibilità dei componenti degli organi di governo delle fondazioni, nonché quella che concerne il divieto di intervento a favore diretto dei componenti degli organi e dei soggetti che li hanno designati.

Circa la prima delle due questioni affrontate, la Corte ha giudicato la norma incostituzionale, osservando che la limitazione designatoria delle maggioranze dell'organo è irragionevole, poiché non è atta a ricomprendere tra i designanti altri soggetti ed organismi, pubblici o privati, diversi dagli enti territoriali, egualmente radicati sul territorio di operatività ed espressivi di interessi meritevoli di essere rappresentati anche in relazione all'origine delle singole fondazioni.

La seconda tematica attiene al divieto di interventi fondazionali a vantaggio diretto dei componenti degli organi della fondazione e di coloro i quali li hanno designati.

La Corte ha rigettato la questione sostenendo che il divieto in discorso non può trovare applicazione nei casi di interventi volti a soddisfare interessi di carattere generale o collettivi di cui ben possono essere portatori anche gli enti cui è attribuito statutariamente il potere di designazione.

In pratica, la norma del comma 4 è stata scissa in due parti: da un lato, è stato riconfermato il divieto di interventi diretti a vantaggio di singoli componenti gli organi fondazionali e comunque di persone fisiche che li abbiano designati; dall'altro,

si ritenuto legittimo l'intervento volto ad appagare interessi generali, ancorché ricompresi nei *munera* dei soggetti designanti^v.

Infine, è stato risolto il dubbio di costituzionalità relativo alla disposizione che prevede un regime di incompatibilità tra coloro che ricoprono cariche fondazionali e che siano chiamati, nello stesso tempo, ad impersonare cariche di amministrazione, indirizzo, controllo e direzione presso società operanti nei settori bancario, finanziario ed assicurativo. La Corte ha a tal proposito confermato la soluzione già codificata all'art. 80, comma 20 della l. n. 289/2002, limitando l'operatività del divieto ai casi di società che siano in rapporto di partecipazione con la banca conferitaria.

Un'ulteriore problematica affrontata dal giudice costituzionale è quella della nozione di controllo delle banche conferitarie, estesa dal comma 10 dell'art. 11 alle ipotesi di controllo detenute da più fondazioni in qualunque modo e comunque esso sia determinato. La Corte ha ritenuto legittima tale disposizione, ritenendo che la disposizione non possa che far riferimento ad accordi formali quali i patti di sindacato.

Infine, il giudice si è occupato di due ulteriori aspetti della vita delle fondazioni. Il comma 14 dell'art. 11 prevede l'obbligo di adeguamento degli statuti entro novanta giorni dall'emanazione di direttive da parte dell'autorità di vigilanza. Sulla base del canone della ragionevolezza è stato ritenuta legittima la disposizione nella parte in cui prevede la caducazione degli organi a seguito delle eventuali modificazioni statutarie e ha altresì ritenuto che, *medio tempore*, i medesimi debbano limitare la propria attività all'ordinaria amministrazione ed all'esecuzione dei programmi già approvati.

L'ultima tematica affrontata dalla Consulta riguarda la previsione di poteri di indirizzo in capo all'Autorità di vigilanza con riguardo ai requisiti di professionalità, onorabilità ed i casi di incompatibilità degli amministratori. Per la Corte si è in presenza di un eccesso di delega e, pertanto, la disposizione è incostituzionale per violazione dell'art. 76 Cost.

Parte della dottrina non ha accolto favorevolmente tale pronuncia della Corte, poiché essa avrebbe rinunciato a fare definitivamente chiarezza e a fugare ogni perplessità circa la natura giuridica delle fondazioni, indicando contestualmente quei criteri guida che sarebbero divenuti in seguito limiti per lo stesso legislatore.

Risultato di un simile modo di procedere è stato che la Corte ha finito per assumere le proprie decisioni, in parte di fondatezza in parte di rigetto, basandole più su una sorta di buon senso applicativo, piuttosto che su di un solido ragionamento rigorosamente

giuridico^{vi}, cosicché, se dalle pronunce possono ricavarsi i connotati giuridici delle fondazioni bancarie, tuttavia essi sembrano essere stati ricostruiti quasi involontariamente

E' stato fatto notare altresì come la Corte, allo scopo di non dichiararne l'incostituzionalità, abbia preferito in diversi punti della sentenza fornire delle interpretazioni *secundum constitutionem*, a volte molto creative^{vii}.

In realtà, non è vero che dalle sentenze delle Corte costituzionale non emergano i tratti distintivi delle fondazioni bancarie. Occorre, per così dire, leggere tra le righe e operare un coordinamento con la normativa di origine legislativa e regolamentare, tuttavia dalle pronunce emerge una tipologia di soggetti di carattere essenzialmente privato regolati esaustivamente da discipline di tipo pubblicistico.

Di recente è stato emanato il D.M. 18 maggio 2004, n. 150, con il quale si è voluto porre fine al contenzioso in essere e consentire il pieno avvio della riforma delle fondazioni.

E' stato affermato che tale regolamento assume un valore simbolico ancora prima che giuridico, di riappacificazione tra fondazioni e Ministero dell'economia e delle finanze^{viii}. Non è un caso, infatti, che in sede di adozione del regolamento sia stato attivato un procedimento di concertazione che ha coinvolto le stesse Fondazioni (tramite l'associazione di categoria ACRI).

L'art. 2 stabilisce le linee guida cui si devono attenere le fondazioni per lo svolgimento della propria attività istituzionale.

La norma riconosce allo statuto la possibilità di definire specifici ambiti territoriali cui indirizzare l'attività, secondo il luogo di insediamento, le tradizioni storiche e la dimensione dell'ente.

Per quanto riguarda i settori in cui le fondazioni svolgono la propria attività, in primo luogo è stato innalzato da tre a cinque il numero dei c.d. "settori rilevanti".

La scelta dei settori rilevanti in cui operare, qualora non sia fatta direttamente nello statuto, spetta all'organo da questo individuato.

Ciò significa che la scelta non spetta più necessariamente all'organo di indirizzo, ma può essere attribuita all'organo di amministrazione o all'assemblea dei soci, o alla decisione congiunta di più organi.

Inoltre, è stato eliminato il potere di interdizione dell'Autorità di Vigilanza sulle deliberazioni di scelta degli organi della fondazione. Al contrario il controllo di legittimità (successivo) permane con riferimento alle scelte che siano compiute direttamente nello statuto, dal momento che, in tal caso trova applicazione l'art. 10, comma 3, lett. c), d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153.

Nella stessa prospettiva di emancipazione dagli interventi esterni dell'Autorità di vigilanza è stata eliminata la previsione per cui la scelta dei settori rilevanti non può essere modificata per almeno tre anni e la facoltà della suddita Autorità di segnalare i settori ammessi nei quali vi fossero minori interventi.

A seguito della pronuncia di incostituzionalità che ha colpito l'art. 4 del d. lgs. 153 del 1999, l'organo di indirizzo risulta oggi aperto anche alle rappresentanze di enti privati che si facciano espressione delle realtà territoriali.

Sulla base delle indicazioni fornite dalla Consulta, l'art. 3 del regolamento stabilisce che gli statuti delle fondazioni debbano prevedere: a) una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti pubblici e privati espressivi delle realtà locali: b) per la eventuale restante parte, la presenza di personalità che per professionalità competenza ed esperienza, in particolare nei settori in cui è rivolta l'attività della Fondazione, possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali.

Si impongono a tal proposito alcune osservazioni. Innanzitutto deve notarsi come, a differenza del disposto legislativo, il regolamento preveda la presenza delle personalità scelte dalla società civile come meramente eventuale e lasciata all'autonomia statutaria. Inoltre, è stata eliminata la previsione, precedentemente contenuta nel D.M. 2 agosto 2002, n. 217, secondo cui le personalità non potevano essere in funzione della rappresentanza di interessi e non potevano essere designanti da soggetti collegati con gli enti espressivi delle realtà locali. Ne consegue una valorizzazione ulteriore del legame della fondazione con il territorio.

Per quanto concerne il sistema di nomina dei membri dell'organo di indirizzo, è previsto che gli enti designanti possano procedere essi stessi direttamente, e non limitarsi alla semplice designazione come prevedeva il sistema a doppio passaggio del precedente regolamento^{ix}.

Viene reintrodotta, infine, la possibilità per lo statuto di prevedere la nomina per cooptazione al fine di consentire la funzionalità dell'organo in caso di cessazione anticipata dalla carica di taluno dei componenti.

Un argomento che riveste particolare importanza in materia di fondazioni bancarie riguarda le partecipazioni di controllo da esse possedute nelle società bancarie conferitarie

Il d.lgs. n. 153/1999 ha imposto alle fondazioni di dismettere le proprie partecipazioni di controllo, possedute direttamente od indirettamente, nelle società bancarie conferitarie, entro precisi termini, il cui superamento determina lo scattare della competenza dell'Autorità di vigilanza in ordine a tale operazione.

Il controllo azionario, ai sensi dell'art. del citato decreto, si ha quando la fondazione dispone di più della metà delle azioni con diritto di voto nella società bancaria conferitaria o di voti sufficienti per esercitare una influenza dominante sulla medesima.

Il controllo, tuttavia si realizza anche quando esso “è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni”.

Secondo l'interpretazione di tale norma fornita dalla Corte costituzionale, la disposizione non rappresenta alcuna “presunzione assoluta di controllo”: perché ricorra la situazione di controllo da essa descritta non basta che la somma delle partecipazioni raggiunga una data percentuale, al contrario, deve sussistere “un effettivo controllo congiunto da parte di più fondazioni”, titolari di partecipazioni azionarie minoritarie, che siano “tra loro legate da appositi accordi finalizzati al controllo bancario e che devono essere, in quanto tali, oggetto di specifica prova”.

In tale quadro normativo si inserisce l'art. 6 del nuovo regolamento. L'aspetto di maggiore novità è dato dalla necessità che dell'esistenza dell'accordo tra le fondazioni sia data prova in forma scritta.

La disposizione in esame, che sembra essere scaturita da un eccesso di zelo nel voler riprendere le istanze fornite dalla Corte costituzionale^x, finisce col porsi *contra legem*, in particolare con quella disposizione che prevede che gli accordi parasociali per il controllo di una società acquistino rilevanza “in qualunque forma essi siano stipulati” (art. 6, d. lgs. 17 maggio 1999, n. 153).

Infine, il secondo comma dell'art. 6 stabilisce che “nel caso in cui venga accertato il controllo di cui al precedente comma, le fondazioni devono sciogliere l'accordo di sindacato o recedere da esso entro il termine di novanta giorni dalla data di comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza”.

Si tratta di una disciplina che alimenta non poche perplessità. Innanzitutto, in ordine al fatto che conseguenza dell'accertata violazione del comma 1 dell'art. 6 non sia

l'invalidità dell'atto quanto l'obbligo di sciogliere l'accordo. Inoltre, l'adempimento dell'obbligo di sciogliere l'accordo non è garantito dalla previsione di alcuna sanzione, residuando, per l'eventualità dell'inosservanza di tale obbligo, la sola possibilità dell'esercizio dei generici poteri di sanzione attribuiti all'autorità di vigilanza.

Ai sensi dell'art. 7 del regolamento, le fondazioni il cui organo di indirizzo abbia una composizione non conforme all'art. 4, comma 1, lett. c), d. lgs. 17 maggio 1999, n. 153, devono adeguare il proprio statuto entro novanta giorni dall'entrata in vigore del regolamento.

In seguito all'approvazione dello statuto da parte dell'Autorità di vigilanza, le fondazioni dovranno provvedere ad adeguare in concreto la composizione dell'organo di indirizzo.

Successivamente, il nuovo organo di indirizzo procederà alla nomina degli altri organi della fondazione, in particolare di quello di amministrazione.

Il mandato degli organi di indirizzo e di amministrazione in carica nel momento di entrata in vigore del nuovo regolamento non deve essere computato al fine del limite relativo al numero di mandati (art.7, comma 2).

Le disposizioni relative alle incompatibilità ed ai requisiti dei componenti degli organi fondazionali non trovano applicazione con riferimento ai membri in carica (art. 7, comma 3).

Le ultime disposizioni transitorie contenute nell'art. 7 del regolamento disciplinano l'ambito di operatività delle fondazioni la cui struttura organizzativa non sia conforme alla attuale disciplina legislativa e regolamentare.

Ai sensi dell'art. 11, comma 14, della l. n. 448 del 2001, tali fondazioni possono compiere solo atti di ordinaria amministrazione, salva la possibilità di porre in essere attività di straordinaria amministrazione dietro autorizzazione dell'Autorità di vigilanza.

Il comma 4 del regolamento prevede che le attività previste nel documento programmatico previsionale per l'anno 2004 anche qualora rientranti in quelle di straordinaria amministrazione siano considerate di ordinaria amministrazione.

Alla luce anche delle sentenze della Corte costituzionale in questa sede commentate e del regolamento contenuto nel D.M. 150 del 2004, è possibile affermare che alle fondazioni è oggi riconosciuto un più elevato grado di autonomia statutaria.

Le scelte operative strategiche sono, infatti, demandate allo statuto o comunque alle decisioni delle stesse fondazioni.

Le stesse disposizioni in materia di incompatibilità sono affidate alle determinazioni dello statuto o degli organi interni.

Il riconoscimento del potere di nomina anche ad enti privati espressivi delle realtà locali non solo appare in sintonia con la storia degli enti da cui le fondazioni traggono origine, ma è anche corollario del riconoscimento della loro natura privatistica, ponendo al contempo un limite all'ingerenza pubblica.

Conclusivamente è quindi possibile affermare che, in base al complesso normativo sopra esaminato, le Fondazioni:

- √ sono enti di diritto comune;
- √ la cui disciplina è affidata allo Stato in via esclusiva, rientrando nella materia dell' "ordinamento civile" di cui all'art. 117, comma 2, Cost.;
- √ in quanto persone giuridiche di diritto privato esse godono di "... *piena autonomia statutaria e gestionale...*" (art. 11, comma 2, d.lgs. 448 del 2001);
- √ la libertà di organizzazione e di gestione è tuttavia sottoposta a dei limiti stabiliti dalla legge;
- √ per quanto concerne gli Statuti, infatti, esse dovranno attenersi ai disposti normativi ed, inoltre, in forza della lett. c) del comma 3 dell'art. 10 del d. lgs. 153/1999, gli statuti dovranno essere approvati, con giudizio esteso al merito, dall'Autorità di vigilanza;
- √ hanno scopi determinati dalla legge che sono quelli di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico;
- √ operano nei I settori ammessi rimangono catalogati all'interno di un elenco lungo e confuso e tra questi le fondazioni devono scegliere cinque settori rilevanti in cui investire il 51% del reddito netto, o la maggior cifra determinata dall'autorità di vigilanza, potendo, comunque, operare anche nei settori residui tra quelli ammessi, impiegando la restante parte del proprio patrimonio. I settori rilevanti,

scelti dall'organo di indirizzo ogni tre anni, possono comunque essere modificati nell'arco del triennio;

- √ possono dar vita o di partecipare ad imprese strumentali agli scopi e alle finalità precipue delle fondazioni;
- √ non possono esercitare attività creditizia o effettuare erogazioni a qualsiasi titolo e in qualunque forma a soggetti con fine di lucro;
- √ l'organo di indirizzo è composto da una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti pubblici, non necessariamente territoriali, e privati, espressivi delle realtà locali, e per la *eventuale* restante parte da personalità che, per professionalità competenza ed esperienza, in particolare nei settori in cui è rivolta l'attività della Fondazione, possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali. I componenti possono essere nominati direttamente;
- √ sono soggette al divieto per i soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo, di svolgere funzioni analoghe presso la società bancaria conferitaria o "*altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo*" in rapporto di partecipazione con la società bancaria conferitaria;
- √ "*controllano*" una società bancaria anche nel caso in cui "*il controllo è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni*", purchè vi sia un accordo di cui deve darsi prova scritta;
- √ sono soggette al controllo dell'Autorità di vigilanza, la quale, dopo le modifiche operate dalla Corte Costituzionale, non può più modificare l'elenco dei settori ammessi e non possiede più poteri di indirizzo con riguardo ai requisiti di professionalità, onorabilità ed i casi di incompatibilità degli amministratori.

Deve, infine, ricordarsi che:

- √ L'art. 7, comma 2, lett. aa) della l. 1 agosto 2002, n. 166 ("*Disposizioni in materia di infrastrutture*") ha aggiunto all'art. 37-*bis* della l. 11 febbraio 1994, n. 109 un secondo comma il quale stabilisce che "*la realizzazione di lavori pubblici e di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'art. 1, I comma, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153*".

√ Ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 7 del d. lgs. 153 del 1999, aggiunto dalla legge 1 agosto 2003, n. 212, le fondazioni sono autorizzate ad investire una quota non superiore al 10% del proprio patrimonio in bene non strumentale; ad esse è, inoltre, consentito di investire il proprio patrimonio in beni che non producano l'adeguata redditività *“qualora si tratti di beni mobili o immobili, di interesse storico o artistico con stabile destinazione pubblica adibiti a sede della fondazione o allo svolgimento della sua attività istituzionale o a quella delle imprese strumentali”*.

ⁱ E' la dottrina a qualificare come fondazioni bancarie gli enti che hanno conferito l'intera azienda nella società bancaria conferente, in ottemperanza alle disposizioni contenute nella l. n. 218/1990 (c.d. riforma Amato); l'espressione *“fondazioni bancarie”* è utilizzata, per la prima volta, dal legislatore nel d. lgs. n. 153/1999.

ⁱⁱ Secondo una parte della dottrina, tale disposizione altro non è se non una formula priva di qualsiasi corrispondente contenuto normativo. Tanto le Casse di risparmio, quanto gli altri enti conferenti non possiedono, infatti, alcuna prerogativa riconducibile alla capacità di diritto pubblico. Tale statuizione rappresenta, piuttosto, solo la *“meccanica e acritica deduzione dell'antica qualificazione dottrinale delle Casse di risparmio quali enti pubblici”* (GALGANO).

ⁱⁱⁱ F. C. RAMPULLA, *La corte si esercita in difficili equilibrismi sulle fondazioni bancarie*, in *Le Regioni*, n. 1 del 2004.

^{iv} F. C. RAMPULLA, *cit.*

^v F. C. RAMPULLA, *cit.*

^{vi} F. C. RAMPULLA, *cit.*

^{vii} E. BALBONI, *Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto*, articolo tratto dal forum del sito web www.associazionedeicostituzionalisti.it

^{viii} M. SANINO, *Le fondazioni bancarie, ultimo atto?*, Giappichelli Editore, 2004, p. 226.

^{ix} Si tratta di una procedura che permette, fra l'altro, di superare il problema dell'uso del c.d. *sistema della rosa*, il quale finiva con l'attribuire un potere eccessivo all'organo di indirizzo uscente (lo fa notare G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Giuffrè, 2004, p. 29) . E' reintrodotta, infine, la possibilità per lo statuto di prevedere

la nomina per cooptazione al fine di consentire la funzionalità dell'organo in caso di cessazione anticipata dalla carica di taluno dei componenti

^x M. SANINO, *cit.*, p. 258.