

Prof. Giuseppe Morbidelli
Professore ordinario di diritto amministrativo
nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università
“La Sapienza” di Roma

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

Sommario

<i>1) Premessa</i>	<i>1</i>
<i>2) Il pubblico nell'assetto organizzativo delle fondazioni bancarie</i>	<i>9</i>
<i>3) Regole organizzative di derivazione pubblicistica non coerenti con la natura privata nelle fondazioni bancarie.....</i>	<i>12</i>
<i>4) La vigilanza del Ministero dell'Economia della Finanze</i>	<i>23</i>
<i>5) Le procedure di erogazione</i>	<i>33</i>
<i>6) Le situazioni soggettive</i>	<i>37</i>
<i>7) Contro una amministrativizzazione delle fondazioni bancarie.....</i>	<i>42</i>
<i>8) Le fondazioni come organismi di diritto pubblico?</i>	<i>45</i>
<i>9) Conclusioni</i>	<i>50</i>

1) Premessa

Il titolo stesso esprime una contraddizione e una difficoltà di fondo la quale è invero ontologica delle fondazioni di origine bancaria (d'ora in avanti anche fondazioni bancarie), se non altro per ragioni storiche.

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

117, comma 2° Cost.)¹, tesi quest'ultima ribadita con la sentenza della stessa Corte 438/2007².

Si tratta di indicazioni molto nette. Seppur con qualche resistenza³, la dottrina ha condiviso tale configurazione e tali conclusioni le quali del resto trovano titolo non solo nella legge⁴ ma anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale formatasi con riguardo alle IPAB⁵, tanto che già prima del d.lgs. 153/99, parte della dottrina aveva messo in dubbio la correttezza della qualificazione legislativa (di cui alla l. 218/1990, c.d. legge Amato) delle fondazioni bancarie (allora definite enti conferenti) come enti pubblici⁶.

¹ La portata e gli effetti di tale sentenza, nonché tutto il dibattito retrostante sono ben ricostruiti in A. MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria, al vaglio del giudice delle leggi: enti privati a statuto speciale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, 1387, cui si rinvia per ampie indicazioni bibliografiche.

² Su cui v. la nota di S. DE GOTZEN, *La Corte Costituzionale, mutando orientamento, dichiara la competenza statale per funzioni amministrative inerenti alle fondazioni bancarie*, in *Le Regioni*, 2009, 439 ss.

³ v. in particolare G. SALA, *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, in *Dir. Società*, 2005, spec. 47 ss. e F. MERUSI, *Un viatico costituzionale per il passaggio dell'ente pubblico alla fondazione privata*, in *Giur. Cost.* 2003, 274 e ss.; v. anche dello stesso F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino, 2006, spec. 72 ss., dove pur prendendo atto della tesi della Corte Costituzionale, osserva che nella specie questa si sarebbe assegnata poteri non interpretativi ma correttivi della legge: ma la correzione era necessaria proprio in considerazione della chiara volontà del legislatore di privatizzare le stesse e nel contempo per la origine privata delle fondazioni, contraddittoriamente disattese dall'art. 11 l. 448/2001.

⁴ V. infatti già le conclusioni in tal senso di G. OPPO, *Le fondazioni (ex) bancarie: una strana vicenda legislativa*, in S. AMOROSINO-F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Le fondazioni bancarie. Dalla legge n. 218/1990 al d.lgs. n. 152/1990*, Padova, 1999, 1-11, e di R. COSTI, *Gli aspetti civilistici della nuova disciplina*, in C. BOTTARI (cur.), *Riforma costituzionale e nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, Rimini, 2003, 44.

⁵ v. la sentenza 7 aprile 1988, n. 396.

⁶ v. in tal senso, invero con precipuo riguardo alle fondazioni di origine associativa i vari contributi pubblicati in F. ROVERSI-MONACO (a cura di) *Le fondazioni casse di risparmio*, Rimini, 1998.

Ed invero la questione della natura pubblica o privata delle fondazioni bancarie o meglio degli enti da queste 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. Si può dire però che, anche quando Casse, Banche del Monte ed Istituti di diritto pubblico sono stati costituiti su decisione del *princeps* (o con la partecipazione “dirimente” del *princeps*), l’autorità pubblica agiva, per usare una terminologia attuale, avvalendosi della capacità di diritto privato. In altri termini, i “predecessori” delle attuali fondazioni bancarie (con l’eccezione del Banco di Sardegna, istituito con l’art. 15, d.lgs. lgt. 28 dicembre 1944, n. 417) sono sempre stati il risultato di una scelta di autonomia, e non di una scelta “sovrana” (anche se taluni di essi, ad un certo punto, sono sicuramente divenuti pubblici: in particolare il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia, quando poco dopo la proclamazione del Regno divennero istituti di emissione⁷). Con particolare riguardo alle Casse di Risparmio, va comunque ricordato che esse nacquero nell’Italia preunitaria, 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

⁷ Valga ricordare che l’art. 25, comma 1°, della legge bancaria del 1936 – r.d.l. 12 marzo 1936 n. 375, stabiliva che “sono confermati Istituti di credito di diritto pubblico il Banco di Napoli, il Banco di Sicilia, la Banca Nazionale del Lavoro, l’Istituto Bancario San Paolo di Torino, e viene dichiarato Istituto di credito di diritto pubblico il Monte dei Paschi di Siena”.

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 dell'autorità di Governo, analogamente però a quello che avveniva nei confronti di qualunque altro corpo morale o società commerciale. Peraltro, 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 talune misure normative: e ciò fin dalla prima metà del XIX secolo. La variegatezza delle 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" (decreto con cui tutte le Casse di Risparmio vennero trasferite alla esclusiva "dipendenza" del Ministero dell'agricoltura, industria e commercio")

Il chiarimento non fu invero 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 publics*. Sicché - per 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)”.

Insomma, l’unica cosa sicura è che non si era in grado di decifrare la natura esatta di tali enti. Successivamente, però, anche grazie all’affermarsi nel pensiero giuridico e nella legislazione della nozione di ente pubblico⁸ e con

⁸ In proposito è di obbligo rinviare al saggio di B. SORDI, *Origini e itinerari scientifici della nozione di “ente pubblico” nell’esperienza italiana*, in V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino 1994, p. 3-23, ma v.

la coeva pubblicizzazione di enti nati sicuramente al di fuori dello Stato, in virtù del fatto che svolgevano funzioni di rilievo sociale (trasformando cioè in pubblico ciò che prima era sociale e collettivo), come appunto gli ordini professionali, le camere di commercio, le università, talune accademie, 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 ebbe poi ad affermarsi negli anni '20 in giurisprudenza e trovò la sua canonizzazione nella legge bancaria del 1936⁹.

In pratica la rilevanza pubblicistica del credito fece aggio sull'origine e sugli scopi "moralmente originali" delle Casse di Risparmio, le quali appunto, avevano sì una funzione creditizia, ma anche una serie di funzioni di ordine benefico, caritatevole, assistenziale etc., talché - per gli statuti dell'epoca - i profitti dovevano essere destinati a finalità di tal genere. Peraltro, in quanto imprese, vennero qualificate Enti pubblici economici, categoria nel frattempo emersa nella nostra legislazione. Molti anni dopo, lo scorporo dalle Casse e dagli Istituti di diritto pubblico dell'azienda bancaria operato in virtù della legge Amato ha dato luogo con tutta evidenza a società di capitali di diritto comune. Di contro gli enti conferenti, titolari per effetto dello scorporo del capitale azionario rappresentativo dell'azienda bancaria

altresì L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2002, 482 ss.

⁹ Per una ricostruzione di queste vicende v. M. CLARICH, *Le Casse di Risparmio: verso un nuovo modello*, Bologna, 1984. Per il dibattito più recente v. invece M. COSULICH, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato. Due questioni di fine secolo*, Milano, 2002.

nata dallo *spin off*, sia per la ritenuta 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: se pur non erano mancate critiche estremamente raffinate nei confronti di tale qualifica¹⁰, non si dimentichi però 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, sicché tali nomine costituivano un rilevante criterio indicatore della natura pubblica¹¹.

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, nell'ottica di una penetrante disciplina pubblica dell'economia e in particolare del credito, aveva misconosciuto l'origine privata di tali istituzioni creditizie.

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.

¹⁰ v. in particolare F. GALGANO, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contratto e impr.*, 1\1996, 811; G. PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie tra passato, presente e futuro*, in *Foro it.*, 1996, I, 816.

¹¹ Per la natura pubblica degli enti conferenti nel regime anteriore al d.lgs. 153/1999 (o meglio alla approvazione degli statuti sulla base di tale legge) E. BELLI-F. MAZZINI, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto (comm.)*, Torino, 2000, 296; A. PISANESCHI, *Brevi osservazioni sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie in Banca, impresa, società*, 2000, 129; A. NIGRO, *Fondazioni bancarie quale futuro?*, ivi, 1995, 432; S. CASSESE, *Da fondazioni bancarie a enti "non profit"?*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 479; A. GENTILI, *"Enti conferenti" e gestione della partecipazione bancaria*, in *Dir. banc.*, 1994, I, 32; in giurisprudenza v. TAR Abruzzo, L'Aquila, 7 gennaio 1998, n. 1.

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, stabiliti 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, 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 le ragioni poi espressamente enunciate dall'art. 5 d.l. 15 aprile 2002 n. 63, conv. in l. 15 giugno 2002, n. 112, per giustificare il regime definito privatistico speciale delle fondazioni di origine bancaria, tanto che la normativa del codice civile si applica loro in via residuale e in quanto applicabile (v. art. 5 d.l. 15 aprile 2002 n. 63 cit.). Sono dunque, ammesse prescrizioni che incidano sull'autonomia organizzativa della fondazione più intense di quelle che si ravvisano nelle fondazioni "ordinarie". Invero, nello scrutinare tali limitazioni si deve anche tener presente che 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 o comunque cos erano qualificati per legge, ed enti pubblici economici erano definiti le Casse di Risparmio e gli istituti di diritto pubblico, da cui per conferimento sono sorte le s.p.a. creditizie, c.d. società bancarie conferitarie), e che sono un numero chiuso: nel senso che non possono che essere quelle nate da Casse di Risparmio e degli istituti di diritto pubblico, e nulla più. Anche per questo sono una categoria speciale. Si consideri poi che la trasformazione in soggetti privati è stata gestita dal Ministero per l'Economia e le Finanze (MEF), che ha prima, attraverso un atto di indirizzo, dettato i criteri circa i contenuti dagli 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). Non è invece invasiva dell'autonomia o comunque tale da contraddirla in radice

(sì appunto da comprimerne il contenuto essenziale) la eteroindicazione dei fini, i quali appunto devono essere ricompresi tra i “settori ammessi”, e ciò sia per l’estrema latitudine di tali settori, come del resto ha rilevato la Corte Costituzionale quando ha osservato che si tratta di un elenco che per “ampiezza e varietà” di fatto ricomprende “tutte le possibili attività proprie e caratteristiche delle fondazioni”, sia perché comunque tra di essi non mancano i fini originari delle Casse di Risparmio e degli Istituti di diritto pubblico, cioè quei fini “moralì”¹² cui dovevano essere destinati i proventi dell’attività creditizia: v’è quindi una espressa salvezza della autonomia originaria, che poi è quella che ha dato luogo alla (se non imposto la) “privatizzazione”. E’ vero che poi le fondazioni devono selezionare nell’ambito dei settori ammessi fino ad un massimo di cinque settori rilevanti anche appartenenti a più di una delle categorie dei settori ammessi (v. art. 2, comma 2°, d.m. 18 maggio 2004 n. 150, regolamento di attuazione dell’art. 11, comma 2°, l. 28 dicembre 2001, n. 446): ma si tratta di scelte sempre modificabili (previa semplice segnalazione all’autorità di vigilanza), e comunque la legge impone di operare in via prevalente (ma non esclusiva) nei settori rilevanti (v. ancora art. 2, comma 2°, d.lgs. 153/1999 e art. 3, comma 2°, d.m. 18 maggio 2004, n. 150).

¹² Per lo più erano rappresentati da finalità di beneficenza, in correlazione con l’originaria funzione tipica delle Casse di Risparmio di tutelare e incrementare il risparmio delle classi meno abbienti: v. F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000, spec. 45 ss.

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. Da più parti è stato infatti osservato che la disciplina in questione si pone al limite con i precetti costituzionali legati al principio di autodeterminazione della volontà privata e di sussidiarietà sancito all'art. 118, 4° comma. 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 può impingere su tale autonomia solo nei limiti della proporzionalità e ragionevolezza, nonché del rispetto della riserva di legge *ex* art. 41 Cost.¹³. 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 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 è

¹³ v. Cons. Stato, Sez. atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354.

particolarmente rafforzata dagli artt. 2 e 18 Cost.¹⁴ (cfr. in particolare il paragrafo II.5 del parere). Le fondazioni svolgono “liberamente” attività a favore “*di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità*”. Di talché si può dire che la loro attività *rappresenta “l’espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell’uomo, derivante dall’originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l’individuo alla comunità degli uomini. Essa è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un’autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l’originaria connotazione dell’uomo uti socius, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, dall’art. 2 della carta costituzionale”*¹⁵. Da ciò ne consegue ulteriormente che sia i limiti legislativi quanto i controlli previsti devono avere una giustificazione in preminenti interessi pubblici di rilievo costituzionale e devono rispettare il nucleo essenziale di libertà privata in cui consiste l’attività delle fondazioni. Le finalità che potrebbero giustificare limiti o ingerenze esterne e cioè le finalità di “protezione” del

¹⁴ 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*, cit.; v. altresì nello stesso senso A. BARBERA, *Sul regime delle Casse di risparmio a base associativa*, *ibidem*, 148 ss., che ebbe a parlare di un diritto di tali fondazioni alla “depubblicizzazione”.

¹⁵ Così Corte Cost., 28 febbraio 1992, n. 75.

patrimonio e le finalità di tener conto del radicamento locale con le realtà locali possono essere raggiunte, la prima attraverso la previsione di norme di contabilità (circa la tenuta dei bilanci, la presenza di sindaci revisori, e anche circa la determinazione dei rapporti tra le varie poste di bilancio, per assicurare una prudente gestione) e la seconda attraverso la previsione della individuazione a livello locale degli enti “designatori” dei componenti gli organi nonché delle finalità assegnate all’art. 7 d.lgs. 153/1999 circa l’impiego del patrimonio in maniera tale da assicurare il collegamento con lo sviluppo del territorio. Ogni ulteriore limitazione non solo non ha alcun ancoraggio costituzionale, ma si traduce in una lesione del contenuto essenziale del diritto di associazione che si esprime nella formazione sociale; è evidente infatti la tutela dell’autonomia delle fondazioni trova fondamento nell’art. 2 Cost. Si deve del resto tener presente, come ha avuto modo di rilevare la Corte Costituzionale proprio con riferimento agli enti creditizi scorporanti, quando venivano qualificati enti pubblici, che la legge deve rispettare *“in modo sufficientemente equilibrato l’ambito della autonomia decisionale e statutaria degli enti (...) senza un’eccessiva compressione quantitativa e di gestione degli stessi”*¹⁶ 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 funzionali alla tutela del patrimonio, in quanto

¹⁶ Corte Cost. 31 dicembre 1993, n. 500.

patrimonio altrui (e per di più preordinati a finalità di pubblico interesse)¹⁷ perché è questo il solo fine che può consentire deroghe al primato della autonomia privata, oltre poi alle prescrizioni funzionali alla tutela degli scopi (dovendosi rispettare la volontà del fondatore, per principio generale dell'ordinamento). Alla luce di queste considerazioni sono da ritenersi principi organizzativi riconducibili alla tutela del patrimonio e alla sua destinazione a scopi sociali le regole circa le caratteristiche dei componenti l'organo di indirizzo e circa l'equilibrio nella composizione di tale organo; il rapporto di separazione e di non rappresentanza tra tali componenti e i soggetti che li hanno nominati, il divieto a che gli enti designanti e i componenti gli organi delle fondazioni bancarie siano portatori di interessi riferibili ai destinatari delle fondazioni stesse, 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 e il potere di azionare la loro responsabilità, l'obbligo di prevedere requisiti di professionalità e onorabilità (v. art. 4, comma 1°, lett. g e lett. h, d.lgs 153/1999), la presenza forte tra i soggetti designatori in coerenza con le finalità e le origini storiche della fondazione, di soggetti esponenziali pubblici o privati della società locale, la incompatibilità tra amministratori delle fondazioni e amministratori della banca conferitaria (per la ragione che l'attività della impresa bancaria deve essere guidata solo da ragioni di mercato, il che a sua volta si riflette sulla redditività della

¹⁷ M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie Dalla holding creditizia all'ente non profit*. Bologna, 2001, 121 e G. ALPA, *Il patrimonio delle fondazioni bancarie*, in S. AMOROSINO-F.CAPRIGLIONE (a cura di), *Le fondazioni bancarie. Dalla legge n. 218/90 al d.lgs. 153 del 1999*, Padova, 1999, 42: nonché più diffusamente quanto osservato più avanti al § 5.

conferitaria e di riflesso sul patrimonio della fondazione, nonché per evitare che scelte strutturali in ordine alla conferitaria siano condizionate da interessi personali), l'obbligo che la gestione del patrimonio sia svolta con modalità organizzative interne idonee ad assicurarne la separazione dalle altre attività della fondazione oppure sia svolta da intermediari abilitati (v. art. 4, comma 2° d.lgs. 153/1999), nonché – come è evidente – tutte le previsioni in punto di destinazione e amministrazione del patrimonio (art. 5 d.lgs. 153/1999): diversificazione del patrimonio (art. 7, d.lgs. 153/1999) destinazione del reddito (art. 8, d.lgs. 153/1999). Come pure è da ricondurre alla fine di tutelare il patrimonio (e nello stesso tempo al perseguimento degli scopi statutari) la previsione dell'art. 6 d.lgs. 153/1999 secondo cui le fondazioni possono detenere partecipazioni di controllo solamente in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali.

Prescrizioni legislative che invece non abbiano la finalità, diretta o indiretta, di tutela del patrimonio e con esso dello sviluppo del territorio (richiamato dall'art. 7, comma 1°, d.lgs. 153) 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 461/1998, dall'art. 2 d.lgs. 153/1999 laddove proclama la loro piena autonomia statutaria¹⁸. E' pertanto non in linea con questi criteri e dunque di dubbia costituzionalità la determinazione rigida degli organi necessari e ciò anche alla luce del *tertium comparationis* rappresentato dal diritto societario, che consente

¹⁸ Su cui v. S. FORTUNATO, *L'autonomia statutaria delle fondazioni bancarie*, in *Banca borsa*, 2003, 16 ss.

varie forme di governo della persona giuridica, sicché la gestione del patrimonio può avvenire in maniera efficace e corretta anche con una organizzazione più snella (o più complessa). Né è rilevante ai fini della tutela del patrimonio, la previsione (v. art. 4, comma 1°, lett. f) che nell'ambito degli organi collegiali delle fondazioni la cui attività è indirizzata a specifici ambiti territoriali (come è di norma nelle fondazioni "minori"), sia assicurata la 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). Ciò che rileva è che negli organi di indirizzo vi sia una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti pubblici e privati espressivi delle realtà locali¹⁹. Del pari 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 vera rappresentanza stante la previsione dell'art. 4°, comma 2°, d.lgs. 153) 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. Infatti tali criteri possono essere rispettati anche qualora le assemblee, che costituiscono l'"essenza" stessa delle fondazioni associative e l'espressione precipua della loro autonomia e della loro storia, vadano a designare oltre il 50% dei componenti l'organo di indirizzo.

¹⁹ Così Corte Cost. 29 settembre 2003, n. 301.

E' poi da ritenere affetto da incostituzionalità il divieto di più di due mandati consecutivi, 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. 150²⁰). Tale divieto appunto incide su uno dei

²⁰ Da avvertire tuttavia, che in una lettura sistematica, tale non computo o “abbuono” del primo mandato riguarda gli enti che sono stati costretti a adeguare lo Statuto così come previsto dal 1° comma dell'art. 7, come confermato del resto dal successivo comma 3°: solo in tal maniera, del resto, appare giustificabile la deviazione rispetto al *dictum* legislativo ad opera del regolamento. Del resto, la Corte Costituzionale, nella sentenza 29 settembre 2003, n. 301, nel ritenere conforme a Costituzione l'art. 11, comma 14° l. 448/2001 che restringeva l'attività consultiva delle fondazioni alla sola ordinaria amministrazione, metteva in luce come presupposto della norma sia costituito dalla necessità di operare le ipotizzate modifiche statutarie relative alla composizione degli organi delle fondazioni e come, pertanto, la decadenza censurata non sia riferibile alle fondazioni cosiddette associative, nelle quali resta in ogni caso immutata la composizione dell'organo di indirizzo, ed a quelle istituzionali, per le quali l'attuale composizione degli organi risulti conforme alla nuova disciplina introdotta dall'art. 11, comma 4, della legge n. 448 del 2001, nella formulazione datane dalla presente sentenza. Per le altre fondazioni, nelle quali fosse necessario introdurre una nuova composizione dell'organo di indirizzo, la decadenza degli attuali organi non appare, come si è detto, costituzionalmente censurabile, essendo la conseguenza non irragionevole delle modifiche che dovessero intervenire nella struttura delle fondazioni in ossequio alla legge in esame, così come non appare incostituzionale, trattandosi di un profilo rientrando nella discrezionalità del legislatore, la limitazione, disposta dalla stessa norma, fino alla ricostituzione degli organi, della attività delle fondazioni alla ordinaria amministrazione”. Ed infatti il Consiglio di Stato, Sez. consultiva atti normativi, parere 2 marzo 2004, ha ritenuto legittima la disposizione regolamentare *de qua* osservando: “Tale norma, riprodotta dopo quasi due anni da quella precedente, pur comportando il mancato computo di un consistente periodo di permanenza negli organi di indirizzo, appare giustificata dalla estrema incertezza del regime che ha caratterizzato il periodo in questione, nonché dalla limitazione – ritenuta costituzionalmente legittima dalla sentenza n. 301 – dell'attività di questi organismi ai soli atti di ordinaria amministrazione”. E' allora dunque da ritenere che la “integrazione” regolamentare in punto di mandato valga solo con riguardo alle fondazioni con organi di indirizzo con composizione non conforme all'art. 4, comma 1°,

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 rieleto 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 F.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, anche se 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

lett. c), e che dovevano quindi dare luogo ad una ricostituzione degli stessi. Del resto solo così si spiega lo stesso passo citato dal Consiglio di Stato, che parla di periodo consistente, lasciando così intendere che si tratti di un periodo e non di tutto il mandato in quanto appunto entro i 90 giorni si doveva procedere all’adeguamento degli Statuti e poi alla ricostituzione degli organi secondo le previsioni statutarie. Ma appunto ciò riguardava solo le fondazioni che dovevano “adeguare i propri statuti”, quelle fondazioni cioè i cui organi dovevano al più presto essere ricostituiti per adeguarli alle previsioni di legge, non quelle che invece erano già in linea con la legge.

sottoporre a scrutinio stretto *ex art. 51 Cost.* Ma soprattutto va rilevato che 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 tramite delega o “avvalersi” degli enti locali). Ma soprattutto le disposizioni sopra richiamate valgono con riguardo agli enti pubblici: mentre con riguardo alle persone giuridiche private, devono essere quest'ultime – e solo esse – 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 infatti 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 investirebbe 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 mandato²¹.

Un altro forte dubbio di costituzionalità per irragionevolezza è dato dalla 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 nella (sola) banca conferitaria, nelle ipotesi in cui la fondazione abbia una partecipazione minima nella conferitaria o addirittura nulla. A tale risultato si poteva giungere in via interpretativa, ritenendo la limitazione di capacità una eccezione, talché 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, ma il Consiglio di Stato ha ritenuto di seguire la interpretazione letterale²².

La invasione della autonomia è talvolta rinvenibile negli stessi 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

²¹ Altro problema è quello del computo o meno del mandato, nel caso non sia stato espletato per intero. La materia è sicuramente rimessa agli statuti. In caso di silenzio degli statuti, è da ritenere che trovi applicazione il principio di cui all'art. 51 T.U. enti locali (d.lgs. 18 aprile 2000, n. 267), il quale dopo aver vietato (v. 2° comma) più di due mandati consecutivi (della durata ciascuno di 5 anni), stabilisce che “è consentito un terzo mandato consecutivo se uno dei due mandati precedenti ha avuto durata inferiore a due anni, s ei mesi e un giorno, per causa diversa dalle dimissioni volontarie”.

²² v. Cons. Stato, Sez. atti normativi, 26 marzo 2004, n. 2680/04 secondo cui la locuzione “società partecipate” di cui all'art. 4, 3° comma, d.lgs. 153/99 deve essere intesa nel senso della sufficienza della detenzione da parte di una fondazione di origine bancaria di una (semplice) partecipazione nella società per l'operatività delle incompatibilità stesse.

fondazione. Si tratta di previsione che era stata dettata dall'atto di indirizzo a carattere generale in materia di adeguamento degli statuti delle fondazioni alle disposizioni della l. 23 dicembre 1998, n. 461 e del d.lgs. 17 maggio 1999 n. 186. Tale atto stabiliva 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 (art. 41 Cost.) considerato che 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 nelle delibere 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 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 MEF. 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)²³, e che, anche in virtù del principio di gerarchia delle fonti, non è suscettibile di superare la speciale disciplina sulla vigilanza delle fondazioni bancarie²⁴. 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): e comunque ora la tesi del TAR Lazio è stata respinta con legge di interpretazione autentica²⁵. Tra l’altro l’autorità di

²³ La tesi è stata sostenuta in dottrina particolarmente da B. CARAVITA di TORITTO, *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, in *federalismi.it*, ma una prima anticipazione (se pur in forma dubitativa) e riferendosi alle fondazioni che operano a livello regionale, è già in R. COSTI, *Gli aspetti civilistici, della nuova disciplina*, in C. BOTTARI (a cura di), *Riforma costituzionale*, cit. 69 ss.

²⁴ v. in tal senso A. ANGIULI, *Natura giuridica ed autonomia delle fondazioni bancarie: l’intervento della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto privato* n. 3/2004, 651.

²⁵ v. art. 52 d.l. 31 maggio 2010, n. 78 “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”, intitolato “*Fondazioni bancarie*”, il quale dispone che “l’articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, si interpreta nel senso che, fino a che non è istituita, nell’ambito di una riforma organica, una nuova autorità di controllo sulle persone giuridiche private disciplinate dal titolo II del libro primo del codice civile, la vigilanza sulle fondazioni bancarie è attribuita al Ministero dell’economia e delle finanze, indipendentemente dalla circostanza che le fondazioni controllino, direttamente o indirettamente società bancarie, o partecipino al controllo di esse tramite patti di sindacato o accordi in qualunque forma stipulati. Le fondazioni bancarie che detengono partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrono al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso patti di sindacato o accordi di qualunque tipo continuano a essere vigilate dal

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 annullamento delle deliberazioni gravemente viziate, i poteri di ispezione e di richiesta di dati o documenti, che sono consustanziali al potere di vigilanza). Sono appunto 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**)²⁶, il potere regolamentare, di cui all'art. 9, comma 5°²⁷, il potere, 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 (art. 10, comma 3°, art. 4), nonché di stabilire le forme di modalità per

Ministero dell'economia e delle finanze anche dopo l'istituzione dell'autorità di cui al primo periodo”.

²⁶ Anche se non qualificato dalla legge come tale siamo di fronte ad un atto di indirizzo, volto appunto a stabilire criteri prudenziali di investimento.

²⁷ 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 redditività”.

la revisione sociale dei bilanci (v. art. 10, comma 3°, lett. g), 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, esigenza – come più sopra rilevato – assolutamente primaria sia per l’entità che per l’origine del patrimonio stesso. Tuttavia l’interpretazione secondo Costituzione li deve ricondurre entro i confini del sindacato di sola legittimità. A ciò si può pervenire già secondo i principi generali. Difatti la loro definizione quali persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, il riconoscimento del carattere dell’utilità sociale degli 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. Ne deriva che l’autorità di vigilanza è titolata ad intervenire in relazione alla violazione di disposizioni giuridiche tra cui *in primis* quelle in ordine al perseguimento degli scopi statutarî: ogni valutazione in punto di merito è precluso alla luce del principio consolidato afferente le persone giuridiche private, alle quali la pubblica Amministrazione non può imporre direttive per la realizzazione dei fini pubblici”²⁸. Invero, nei confronti delle fondazioni “ordinarie” è acquisito che nell’attuale sistema “è venuto meno

²⁸ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1990, 327.

ogni superstite carattere tutorio del sistema preesistente, abilitante un sindacato di merito dell'atto di autonomia privata"²⁹. Ma soprattutto va rilevato come la Corte Costituzionale, nella sentenza 301/2003, nel censurare l'attribuzione in capo all'Autorità di vigilanza di poteri di indirizzo abbia 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 d.lgs. 153/1999 in una con il successivo art. 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 sussidiarietà³⁰.

²⁹ F. GALGANO, *Personae giuridiche*, 2^a ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, continuato da F. Galgano, Bologna-Roma, 2006.

³⁰ V. altresì per analoghe conclusioni, nel senso che anche in considerazione alla elisione ad opera della Corte del potere di indirizzo generale il controllo di merito si è andato evolvendo in controllo di legittimità, G. NAPOLITANO, *I controlli amministrativi sulle fondazioni bancarie*, in G. PONZANELLI (a cura di) *Le fondazioni bancarie*, Torino, 2005, 134.

La tesi circa l'assenza di un potere di controllo nel merito deve tuttavia 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. Del resto è risaputo che la giurisprudenza, sia della Corte Costituzionale che della Corte di Cassazione, ha costantemente rilevato come il principio di legalità sia invero quando si tratta di norme “confacenti al particolare ambito tecnico - specialistico cui si riferiscono”³¹. Al punto che, addirittura con riguardo alla disciplina di sanzioni amministrative (quindi a stretta legalità), si è affermato che è ammissibile nella normativa regolamentare “una certa «elasticità nella

³¹ V. Cass., Sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 770.

puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili», purché «esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata»³²; specialmente «quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma ... è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli»³³. Di conseguenza, con riguardo alle istruzioni di vigilanza, espressione del potere regolamentare di Banca d'Italia, si è messo in luce che la loro rispondenza al principio di legalità nasce dal fatto che si muovono entro criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario³⁴. Ne deriva che con riguardo alle istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia, ma anche ai regolamenti Consob o Isvap, si deve ritenere che laddove si debbono determinare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto materie di carattere tecnico come l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione contabile ed i controlli interni, soccorrono specifiche regole tecniche che nascono dalla dottrina, dalla pratica, dai principi deontologici, i quali contribuiscono a dettare criteri volti a garantire la cosiddetta “raffrontabilità”³⁵. Ne deriva, di rimando, che tali criteri sono oggettivizzabili, in quanto riconducibili alla “regolazione tecnica del settore bancario o comunque confacenti al particolare ambito

³² V. Corte Cost. 24 luglio 1995, n. 356. in *Giur. cost.*, 1995, I, 2631.

³³ V. Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, 1981, I, 843.

³⁴ V. Cass., Sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amm. CdS*, 2004, 679.

³⁵ V. in argomento quanto rilevato in G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007, spec. 599 ss.

tecnico-specialistico” e dunque le valutazioni circa la correttezza o no di tali criteri attengono alla legittimità, in quanto riscontro rispetto ad un parametro. Se dunque tali parametri tecnici sono idonei a inverare il principio di legalità, di rimando ogni indagine circa la conformità o meno a tali parametri rientra nello spettro della pura legittimità.

Quanto alla sana e prudente gestione (sub **b**), “valore” (e terminologia) di derivazione dai criteri di vigilanza di Banca d’Italia (v. art. 5 comma 1, t.u.b.), non possiamo disconoscere che la dottrina³⁶ ha più volte rilevato come detto criterio si configuri come un *passerpartout* idoneo a debordare in controllo di merito³⁷, nel senso che costituirebbe una clausola abilitante la Autorità di vigilanza a svolgere la *eterodirezione* delle fondazioni bancarie³⁸. Si tratta però di rilievi anteriori alla acquisita natura privata e alle sentenze della Corte Costituzionale 300 e 301 del 2003. Mentre oggi tutti i poteri che impingono sull’autonomia devono essere oggetto di interpretazione tale da garantire *quam maxime* tale natura. Abbiamo già rilevato come la *ratio* di tale sistema di controlli, più intenso rispetto a quello di cui alla disciplina del codice civile, sia rappresentata dalla finalità di tutelare il patrimonio che è sì di proprietà delle fondazioni, ma che ha un

³⁶ F. MERUSI, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 718.

³⁷ V. in tal 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 F. ROVERSI-MONACO (a cura di) *Le fondazioni casse di risparmio*, 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.

³⁸ S. AMOROSINO, *I poteri pubblici di vigilanza*, in S. AMOROSINO-F. CAPRIGLIONE (a cura di) *Le fondazioni bancarie*, Padova, 1999, 172.

radicamento morale nella collettività che ha contribuito a formarlo ed incrementarlo.

Ne deriva che anche 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 del pari 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, di cui l'Autorità di vigilanza invece non dispone. Talché la verifica della sana e prudente gestione si esplica solo con i provvedimenti sopra ricordati³⁹. 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,

³⁹ Non dissimili le considerazioni di F. VELLA, *La missione delle fondazioni bancarie*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2001, I, 459, laddove osserva che il ruolo della clausola della sana e prudente gestione in questione si risolve sul piano della necessità di coerenza dell'operatività delle funzioni con i principi di "economicità della gestione" e di "adeguata redditività del patrimonio" indicati dalla legge (rispettivamente: art. 3, comma 1°, e art. 5, comma 1°, d.lgs. n. 153 del 1999).

dalle fondazioni ordinarie, dalle società di capitali, dagli enti pubblici etc. e che sono riconducibili a parametri offerti dalla tecnica⁴⁰. Alle stesse conclusioni circa la estraneità al merito delle valutazioni in punto di sana e prudente gestione si è giunti considerando i seguenti argomenti, e cioè che a) i settori di attività, ovvero il campo di operatività e l'assetto organizzativo, ovvero la ripartizione delle competenze degli organi e i rispettivi ambiti di autonomia, sono stabiliti in sede legislativa e statutaria; b) l'attività patrimoniale è indirizzata al “perseguimento degli scopi statutari; c) il patrimonio, deve essere amministrato attraverso criteri prudenziali di rischio «in modo da conservare il valore ed ottenere una redditività adeguata» (art. 5, comma 1°), ed attraverso criteri di diversificazione del rischio di investimento, in modo che lo stesso risulti impiegato «in modo da ottenerne una adeguata redditività» (art. 7, comma 1°); d) il reddito prodotto, deve essere destinato alla tutela del patrimonio⁴¹. Sicché tutta l'attività dell'Autorità di vigilanza si risolve nel verificare la coerenza con la legge e con lo statuto⁴².

⁴⁰ Che poi tali criteri possano rivelarsi errati alla prova dei fatti, è una constatazione comune. Quello che conta 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.

⁴¹ V. in proposito C. GRIPPA, *Sulla “sana e prudente gestione” delle fondazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.* I, 2007, 5., 574 ss. la quale, pur dopo aver rilevato assonanze tra il criterio *de quo* e il merito, conclude nel senso che la verifica della sana e prudente gestione assume un ruolo marginale rispetto alla preponderanza del momento della verifica della legge e dello statuto da parte dell'Autorità.

⁴² Molto puntuali sono le osservazioni di L. TORCHIA, *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata*, in *Fondazioni bancarie tra autonomia privata e guida pubblica* (il, Ponte, maggio 2003), che giunge alla stesse nostre conclusioni: l'Autrice infatti puntualizza che dalla natura privata del soggetto controllato deriva un primo limite alla

5) Le procedure di erogazione

L'attività delle fondazioni può essere 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 erogativo⁴³.

conformazione del controllo pubblico quanto al fine: *“il parametro del controllo può essere individuato in una norma o regola, ma non una politica e tantomeno un indirizzo o comando politico ulteriore rispetto a quello ipostatizzato nella norma”*. Il controllo è infatti finalizzato, a verificare il rispetto dei limiti esterni posti all'autonomia privata e non può tradursi, in una conformazione delle scelte che il soggetto controllato può operare o in una sostituzione della volontà del controllore alla volontà, riconosciuta appunto come autonoma, del soggetto controllato. E ancora *“La garanzia di questa necessaria limitatezza dei poteri di controllo nei confronti di soggetti privati si trova per un verso nella precisa configurazione a essi data nelle norme, che indicano in dettaglio i casi in cui il controllo si può attivare, gli oggetti del controllo, i criteri di giudizio, gli esiti possibili e le conseguenze del controllo stesso e, per altro verso, nella stessa natura amministrativa del controllo, con il conseguente richiamo dei principi che in generale si applicano nel nostro ordinamento all'attività amministrativa”*: *“Ne deriva, e qui sta un secondo limite caratteristico dei controlli sull'autonomia privata, che il potere di controllo in esame è necessariamente un potere tipizzato e basato su specifiche previsioni ed esercitabile quindi soltanto per le ragioni e nell'ambito definiti da quelle previsioni. Un regime giuridico speciale dell'autonomia privata non può consistere, quindi, in una mera deroga alle regole ordinarie senza una contestuale determinazione delle regole specifiche e tali regole non possono che essere di stretta interpretazione, proprio in ragione della loro specialità”*.

⁴³ 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*

La l. 153/1999 (v. art. 3, comma 2°) stabilisce che negli statuti vanno determinati le modalità e i criteri che presiedono 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 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 come la trasparenza, la motivazione delle scelte, la efficienza (migliore 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 dall'art. 3 l. 241/1990; mentre la trasparenza e la pubblicità, costituiscono principi fondamentali dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1, comma 1°, stessa l. 241/1990 (e inverte in tante disposizioni di legge). Quanto alla previa predisposizione dei criteri cui informare le erogazioni, essa riecheggia la previsione dell'art. 12 l. 241/1990, ai sensi del quale: "1. la concessione di sovvenzione contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti

fondazioni di origine bancaria, Milano, 2005, par. 4.

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 dismissione 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 resi necessari 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 abrogato e sostituito dal d.m.

150/2004), 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", ovverosia 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 sociale⁴⁴. Per cui, in quanto attività funzionalizzata e dunque 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 che tendono alla cura di interessi non meramente individuali. 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 conferenti⁴⁵. Infatti il patrimonio è sempre quello formatosi attraverso il risparmio della collettività di riferimento e le

⁴⁴ Taluni hanno accostato il regime del patrimonio alle fondazioni bancarie al regime dei beni patrimoniali indisponibili: G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie*, Milano, 2004, 182,. Non vi è dubbio che vi sono talune assonanze specie sotto il profilo della funzionalizzazione, ma resta una differenza dirimente in ordine al regime di alienabilità (e di esecuzione forzata).

⁴⁵ Così B. CARAVITA di TORITTO, *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, cit.

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 istituti di credito di diritto pubblico e 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 può essere sottoposto sulla base di previsione di legge e *in parte qua*, cioè per la parte di attività ritenuta di rilevante interesse pubblico, al regime tipico degli enti pubblici o a questo accostabile. Il fenomeno riguarda vari soggetti: ad es. le federazioni sportive nazionali 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 ed ha del resto una espressa 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 qualificare tale situazione 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 statuari, 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 al perseguimento degli scopi strumentali⁴⁶. 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 talché l'erogazione viene a configurarsi come un atto vincolato. In pratica però i criteri possono condurre ad atti vincolati ai fini 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 a garantire l'erogazione al pretermesso. Questo perché, in attività in cui si deve valutare la meritevolezza di iniziative culturali o assistenziali, o la rilevanza

⁴⁶ v. in tal senso F. GALGANO, *Delle persone giuridiche private*, cit., 238.

di progetti di ricerca o di tutela di categorie deboli 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 margini 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 (non di rado eccessiva) dei concorsi universitari, così anche nei concorsi di progettazione nel settore dei contratti pubblici o nei finanziamenti da parte del CNR o del Ministero dell'Università di progetti di ricerca, o nelle concessioni di finanziamenti alle imprese da parte del Ministero dello sviluppo economico delle Regioni o nei contributi ad enti *no profit* erogati da enti pubblici. In sostanza 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 vincolata 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.

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: o ad es. se c'è un intervento che richiede iniziative immediate (edificio storico pericolante), o 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 nelle ipotesi sopra descritte si fa 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, ma 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"⁴⁷. 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 tali istituti sono ritenuti cedevoli a fronte di valori ritenuti di maggiore rilievo. Comunque sia, dalla evocazione di taluni principi propri del diritto amministrativo non è certo

⁴⁷ V. in tal senso le considerazioni e la casistica esposte da A. PISANESCHI-M. PERINI, *Fondazioni e musei. Il ruolo delle fondazioni bancarie: dal finanziamento alla gestione*, in G. MORBIDELLI-G.CERRINA FERONI, *I musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Torino, 2010, 35 ss..

ricavabile una conseguenziale applicazione di tutte le regole del diritto amministrativo. Anzi, considerato che si tratta sempre di eccezioni alla piena espansione della autonomia privata, tali principi “limitativi” non possono che essere di stretta interpretazione.

Né è possibile giungere a conclusioni diverse invocando la categoria degli enti di interesse pubblico cui sarebbero riconducibili le fondazioni di origine bancaria: enti privati cioè, ma che per ragioni di interesse pubblico (*in primis*, la tutela del patrimonio destinato a scopi sociali), hanno un regime particolare⁴⁸. Questa infatti è una nozione meramente descrittiva (anche se talvolta ha ricevuto riconoscimento legislativo: v. ad es. DPR 31 luglio 1980, n. 613 circa la Croce Rossa Italiana, ora peraltro qualificato espressamente ente pubblico)⁴⁹. La natura è sempre privata, le deroghe e i

⁴⁸ E' la tesi, peraltro finemente sostenuta, di G. SALA, *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, cit., spec. 47 ss., ma v. già prima F. ROVERSI MONACO, *Introduzione*, in C. BOTTARI (a cura di) *Riforma costituzionale*, cit., 44.

⁴⁹ Del resto lo stesso A.M. SANDULLI (cui si deve la elaborazione teorica della nozione di ente di interesse pubblico: v. *Enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico*, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1943 (e in *Scritti giuridici*, IV, Napoli 1990, 509 ss.), *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, XV ed., 200, riconosce che sono comunque enti privati. In altre parole, tale terminologia può essere impiegata per descrivere certe “devianze” o influssi di pubblicità in enti privati: i quali però rimangono sempre tali, e le devianze dal regime privatistico sono di stretta interpretazione. E' appena il caso di aggiungere che nulla hanno a che vedere con la tematica in questione gli enti qualificati espressamente di interesse pubblico dall'art. 16 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 – *Attuazione della direttiva 2006/43/CE, relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che modifica le direttive 78/660 e 83/349/CEE, e che abroga la direttiva 84/253/CEE*, che appunto qualifica come tali le banche, le imprese di assicurazione di cui all'art. 1, comma 1°, lett. u), del codice delle assicurazioni private; le società di gestione dei mercati regolamentati; le società che gestiscono i sistemi di compensazione e di garanzia; le società di gestione accentrata di strumenti finanziari; le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, gli intermediari finanziari di cui all'art. 107 del T.U.B.: la qualificazione è ivi infatti funzionale ad un peculiare e severo regime di controlli contabili previsto per le società

controlli additivi rispetto alle persone giuridiche “ordinarie” sono di stretta interpretazione, sicché tali enti non producono atti amministrativi (a meno che la legge non lo stabilisca espressamente, come può avvenire per le stesse fondazioni ove stipulino contratti di appalto di lavori avvalendosi di finanziamenti pubblici nei termini e per le finalità di cui all’art. 32, comma 1°, lett. d), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, Codice dei contratti pubblici).

7) Contro una amministrativizzazione delle fondazioni bancarie

Si è ritenuto di dedicare particolare attenzione a questo profilo, anche per contrastare tesi autorevoli sostenute dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la quale invece ha recentemente auspicato ⁵⁰un 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*, debbano predisporre chiari criteri per la nomina degli stessi organi di *governance* delle fondazioni, ispirati a obiettivi di oggettività e trasparenza; d) vengano 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.

che operano nel settore del risparmio

⁵⁰ V. AGCM, avente ad oggetto (AS 496), 2 febbraio 2009, *Interventi di regolazione sulla governance di banche ed assicurazioni*, in bollettino 3/2009.

Va premesso che di tutto questo non c'è traccia nella legge. Ed infatti AGCM propone interventi 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 istituzioni private pur definiti dalla Corte Costituzionale istituzioni di libertà, soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali. Non v'è dubbio, se non altro perché la trasparenza è un valore anche per chi vi è assoggettato, che le fondazioni debbano stabilire regole conformanti a tale valore 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 alla attività diretta in campo sociale, alla attività di istituzione e controllo di imprese strumentali etc. e alla stessa designazione di amministratori o revisori nelle società o enti controllati. Ciò però non può essere oggetto di una disciplina generale ed astratta sono da valutare caso per caso in quanto può essere che determinate decisioni in punto di investimento siano dettate da ragioni non esternabili per esigenze 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 materie di *privacy*). D'altra parte spesso nel delicato settore delle nomine vi sono ragioni ontologiche di fiduciarità che rifuggono da regole come quelle divise da AGCM e si è visto anzi – in un recentissimo quanto clamoroso caso – che l'eccessiva attenzione mediatica e conseguente pubblicità non contribuisce certo ad una gestione serena della società conferitaria e quindi del patrimonio della fondazione. 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. Ma soprattutto la amministrativizzazione per legge impedirebbe in radice le espressioni di autonomia in quanto 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 che sono riferibili a tutta la collettività: qui appunto la tutela del patrimonio) è quella 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”⁵¹.

Si è infatti sostenuto, con analogie più “impressionistiche” che di sostanza (come quella con ANAS S.p.a.) 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 e a nulla rileva che le fondazioni gestiscano o assicurino benefici sociali⁵². 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

⁵¹ Cfr. in particolare le considerazioni e gli argomenti addotti da A. POLICE, in *Fondazioni bancarie, imprese strumentali e diritto amministrativo*, in Aedon, 2009.

⁵² Così invece POLICE, *op.ult.*, cit.

prospettiva della conferma potrebbe condizionare l'indipendenza⁵³. Resta però il fatto che la legge esclude in radice un rapporto di mandato e non sono consentite, trattandosi di limitazioni all'autonomia contrattuale, interpretazioni estensive, che si fondano per di più su prospettive o aspettative. Del resto, se così fosse, la stessa categoria degli amministratori indipendenti nelle S.p.a. quotate andrebbe messa in discussione, essendo anche essi confermabili⁵⁴. Senza contare che a seguire questa tesi si dovrebbe andare a distinguere nelle fondazioni tra amministratori nel primo e nel 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, Sez. I, 31 luglio 2007, n. 7283 (seguito dal TAR Emilia Romagna, 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. 153/1999⁵⁵, 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

⁵³ G. SALA, *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, cit., 31.

⁵⁴ Secondo il Codice di autodisciplina approvato dal Comitato per la Corporate Governance della Borsa Italiana S.p.a., l'indipendenza dell'amministratore viene meno solo con la nomina in tre esercizi consecutivi v. 3.c.1.

⁵⁵ v. parere 1 luglio 2002, n. 1354, § 3, 8; tesi poi ripresa nel parere della stessa sezione consultiva per gli atti normativi, n. 4751/2002 reso in data 13 gennaio 2003, (§ 3).

rappresentano tali enti né ad essi rispondono, di talché manca il presupposto della disciplina sull'organismo di diritto 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. A parte il fatto che il potere di designare “si esaurisce con il suo esercizio e che non comporta alcun vincolo di mandato a carico dei soggetti nominati, i quali agiscono e devono agire in assoluta e totale indipendenza dell'ente che li ha nominati”⁵⁶, viene meno in radice la “transitività” che fa sì che la nomina da parte pubblica degli amministratori “colori” di pubblicità l'ente⁵⁷, non opera affatto il principio per cui l'ente ricorrente, può revocare il proprio rappresentante ove venga meno il rapporto di fiducia⁵⁸. Del resto già prima del d.lgs.153/1999, proprio con riguardo alle nomine degli enti conferenti, la giurisprudenza aveva osservato che la nomina non dà luogo ad un rapporto fiduciario, in quanto manca il rapporto di strumentalità⁵⁹.

⁵⁶ v. in tal senso Corte cost., sent. n. 301/2003, § 8 del *Considerato in diritto*

⁵⁷ v. sul punto le considerazioni critiche nei confronti del parere del Consiglio di Stato F. MERUSI, *Le fondazioni bancarie sono organismi di diritto pubblico?* in *Giornale di diritto amministrativo*, 11/2002, 1144/5552, laddove mette in luce che “La nomina da parte di soggetti pubblici non avviene nell'interesse del nominante, bensì nell'interesse del nominato, secondo la logica, non della rappresentanza interorganica, bensì della rappresentanza di interessi. Quasi tutti gli statuti specificano questo principio con la clausola che la nomina non comporta rappresentanza del nominante. Principio ora espressamente ribadito dalla stessa legge (art. 4, comma 2°, d.lgs. n. 153)...”.

⁵⁸ v. in tal senso art. 50, comma 8, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 264 T.U. enti locali: per una recente applicazione di tale potere di revoca, v. ad es. TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 8 luglio 2010, n. 2478. Sui limiti di tale potere di revoca v. invece TAR Lazio, 8 febbraio 2010, n. 1648, e Cons. Stato, Sez. V, 12 agosto 2004, n. 5552.

⁵⁹ TAR Toscana, 21 giugno 1995, n. 343, con riguardo a Monte dei Paschi di Siena TAR Piemonte, Sez. II, 21 novembre 1995, n. 616, con riguardo a Compagnia San Paolo.

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 le fattispecie dell'art. 3, comma 26, d.lgs. 163/2006, in virtù del fatto che le fondazioni sono sottoposte alla Vigilanza del MEF. 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) ai sensi dell'art. 25 Codice civile 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 approvata dal CIPE, 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* è stata risolta nel senso qui propugnato 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 coinvolti⁶⁰.

⁶⁰ Va altresì precisato che laddove la legge prevede procedure competitive, come nel caso dell'art. 25, comma 1-*bis*, d.lgs. 153/1999, ai sensi del quale "la partecipazione nella società bancaria conferitaria può essere affidata ad una società di gestione del risparmio che la gestisce in nome proprio, secondo criteri di professionalità e indipendenza e che è scelta nel rispetto di procedure competitive", non vuol dire che si tratta di procedure di evidenza pubblica di cui al codice dei contratti, e tantomeno che le relative determinazioni abbiano carattere di provvedimento amministrativo (così invece F. ROVERSI MONACO-A. MALTONI, *Fondazioni e interessi generali in Italia*, in *Atti del*

9) 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, della sua propensione al risparmio. A tale finalità di garanzia sono dedicate le regole in punto di controlli e in punto di organizzazione, le quali tuttavia devono essere interpretate in senso funzionale alla finalità stessa, 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, e lo svolgimento ad opera dei privati di attività di interesse generale è il *proprium* della sussidiarietà orizzontale (v. artt. 118 Cost., comma 4° Cost.).

Le considerazioni di cui sopra non solo consentono di depurare il d.lgs. 153/1999 e la normativa derivata (regolamenti o statuti) da incrostazioni pubblicistiche *ultra vires*, ma anche di ritenere incostituzionali eventuali normative le quali pretendano di addossare alle fondazioni oneri o impegni. Questo infatti 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

XVIII convegno dei professori italo-spagnoli di diritto amministrativo, Bologna, 27-28-29 maggio 2010, dattiloscritto): non solo perché la legge non richiama la normativa pubblicistica, ma richiede solo procedure comparative, ma anche perché, attesa la natura privata, la sottoposizione al regime amministrativo seppur in parte *qua* deve essere oggetto di espressa e univoca previsione legislativa. Si tratta ancora una volta di una disciplina, come quella in punto di motivazione o di criteri preventivi che evoca istituti pubblicistici, ma che non li fa propri nel regime.

ad 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 le 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 della Corte Costituzionale n. 300/2003⁶¹. E' vero che, come hanno dimostrato in tantissime occasioni, le

⁶¹ v. nello stesso senso G. PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie: diritto privato, diritto pubblico e controllo di costituzionalità*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Napoli, 2006, 479-480, laddove osserva che "*con il suo*

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 Spa), però resta il fatto che le loro attività è in *toto* di diritto privato, anche quando, per ragioni di tutela del patrimonio, si deve spiegare secondo moduli procedurali 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 fondazioni⁶², ma sempre regime giuridico privatistico.

dp/rel/Le attivitàdellefondazionibancarietestodefinitivo29luglio2010

intervento, la Corte Costituzionale ha contribuito a offrire maggiori certezze istituzionali, ponendo d'ora in poi le fondazioni bancarie al riparo dai tentativi del legislatore di collocarle nuovamente nell'orbita pubblica (dello Stato o anche delle Regioni) e di considerare le ingenti risorse di cui dispongono sostanzialmente quali poste attive nella contabilità dello Stato".

⁶² Vale ancora richiamare il parere del Consiglio di Stato n. 1354 del 2002, ove si legge che, "a seguito del processo di privatizzazione che ha interessato le fondazioni bancarie, «non si è avuto un ritorno alla disciplina civilistica tout court: il legislatore continua ad assegnare il dovuto rilievo agli aspetti che sono propri delle attività destinate a soddisfare peculiari interessi collettivi, pur ritenendoli compatibili con l'abbandono del regime pubblicistico in favore di una disciplina di diritto privato»

