

XXI° CONGRESSO NAZIONALE ACRI
SIENA 10-11 GIUGNO 2009
INTERVENTO DEL PROF. GUSTAVO ZAGREBELSKY
PRESIDENTE EMERITO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Fondazioni bancarie

1. **(Uno sguardo d'insieme)** A dieci anni dalla “riforma Ciampi” e a sei dalle sentenze della Corte costituzionale che ne hanno, per così dire, stabilito il “posto costituzionale”, si può tentare, se non un bilancio, almeno qualche considerazione generale circa la corrispondenza tra l’essere e il dover essere delle fondazioni di origine bancaria: qualche considerazione generale destinata principalmente a formulare domande, la risposte alle quali sono di competenza – per le ragioni che si andranno a chiarire – di coloro che del modo d’essere e di operare delle fondazioni portano, a qualche titolo, la responsabilità

2. **(La nascita delle fondazioni bancarie)** Come si è giunti all’attuale quadro giuridico? La “riforma Ciampi” è intervenuta a seguito della ristrutturazione del sistema bancario avviato con la “riforma Amato” del 1990, il cui obiettivo era la “privatizzazione” degli enti creditizi pubblici tramite la loro trasformazione in società per azioni. Sullo sfondo dell’intera vicenda stava certamente il grande scandalo dell’Italcasse dell’inizio degli anni ’80, le cui conseguenze giuridiche (47 esponenti di primissimo piano del mondo finanziario, industriale e politico messi sotto processo, alcuni finiti anche in carcere) erano state amplificate dalla natura pubblicistica degli interessi in gioco. Questo è solo lo sfondo della “privatizzazione”. Essa veniva incontro a esigenze obiettive di rafforzamento, tramite fusioni, incorporazioni, razionalizzazioni del sistema bancario e creditizio, in un momento di trasformazioni di quadro anche internazionale.

Nell'essenziale, il procedimento giuridico, immaginato con la nota fantasia creativa del suo Autore, comprendeva tre passaggi: lo "scorporo" dell'azienda bancaria dagli originari enti creditizi; la scissione di questi in due soggetti, gli "enti conferenti", mantenuti nell'area del diritto pubblico, e le "società per azioni conferitarie", collocate nell'ambito del diritto commerciale; il "conferimento" dell'azienda bancaria alla società per azioni conferitaria da parte dell'ente conferente, ente cui era affidata la gestione del pacchetto azionario ch'esso deteneva nella società conferitaria. L'ente conferente, persa l'azienda, manteneva le funzioni tradizionali delle Casse di risparmio, nel campo della promozione dello sviluppo sociale, culturale ed economico della comunità territoriale di riferimento.

Questa procedura, nella fase di avvio della riforma, teneva fermo il legame sostanziale tra "enti conferenti" e società "conferitarie", pur distinti giuridicamente. Sebbene gli enti conferenti dovessero dedicare le risorse loro derivanti dalla partecipazione al capitale della società conferitaria a fini di interesse pubblico e utilità sociale, secondo i rispettivi statuti, il loro compito principale era l'amministrazione della partecipazione nella società per azioni conferitaria, al fine dell'attuazione della riforma, fino a quando ne fossero rimasti titolari. Veniva così stabilito un *nesso organico* che trovava conferma nella "continuità operativa" tra i due soggetti, assicurata, tra l'altro, dalla nomina di membri del comitato di gestione dell'ente conferente nel consiglio di amministrazione della società conferitaria. Ma la riforma, secondo il suo senso, doveva portare inevitabilmente all'uscita degli enti conferenti dalla gestione, diretta o anche indiretta, dell'azienda bancaria parallelamente alla "dismissione" delle loro partecipazioni al capitale delle società bancarie, partecipazioni che, messe sul mercato, avrebbero così

realizzato il progetto di “privatizzazione” e “liberalizzazione” del settore bancario e creditizio.

La “dismissione” è stata una vicenda protratta nel tempo, segnata da interventi legislativi contraddittori e di compromesso, su cui influivano anche considerazioni circa le condizioni del mercato azionario e le difficoltà di collocare le partecipazioni a condizioni non svantaggiose per gli offerenti. Ad ogni modo, era chiaro che l’esito sarebbe stato la separazione dell’ente conferente dal sistema bancario e creditizio e quindi la sua estinzione come soggetto di questo sistema, e la sua riqualificazione integrale come ente non commerciale, operante per lo sviluppo sociale, culturale ed economico delle collettività di riferimento con i proventi derivanti dall’impiego del proprio patrimonio. L’amministrazione di questo, a disegno compiuto, avrebbe rappresentato semplicemente l’attività strumentale, rispetto all’attività finale essenziale di promozione sociale delle comunità di riferimento. A questo punto, l’originaria natura pubblicistica degli enti conferenti, giustificata originariamente dal loro nesso genetico e funzionale con l’organizzazione del settore del credito e risparmio, non avrebbe più avuto ragione d’essere. Tali enti si dovevano trasformare in qualcosa di totalmente nuovo. È quanto avvenuto con la “riforma Ciampi” del 1999, sotto la cui vigenza siamo tutt’ora.

Gli originari “enti conferenti”, hanno cessato di esistere come tali, dal momento dell’approvazione delle modifiche statutarie necessarie per l’adeguamento alla nuova disciplina, essendo stati trasformati *ope legis* in “fondazioni”, persone giuridiche private senza fine di lucro, la cui dotazione patrimoniale consiste nei risultati economici dell’amministrazione dell’originaria partecipazione azionaria al capitale delle società bancarie conferitarie, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, che

“perseguono *esclusivamente* scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti”. Questi scopi sono assorbenti. Nulla residua, al di fuori di essi. Non solo la destinazione del reddito derivante dagli investimenti del capitale (le “erogazioni”), ma il capitale stesso è totalmente vincolato al perseguimento degli scopi statutari, e da questi scopi (salvo che si tratti di attività direttamente strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei cosiddetti “settori rilevanti”) sono radicalmente escluse le attività d’impresa o di finanziamento diretto o indiretto di attività d’impresa, compresa, per esplicita e diretta sottolineatura, l’attività creditizia (l’unica menzionata in negativo: “non è consentita”). L’origine bancaria dovrebbe dunque oggi essere solo il ricordo di una vicenda ormai chiusa, appartenente non alla storia ma alla preistoria delle fondazioni volute dalla legge Ciampi. Le “dismissioni” delle partecipazioni nel capitale delle società bancarie, una volta realizzate, avrebbero dovuto segnare, per l’appunto, la cesura tra preistoria e storia attuale.

3. (La “costituzionalizzazione” delle fondazioni) Su questo impianto normativo, sono intervenute le sentenze nn. 300 e 301 del 2003 della Corte costituzionale che hanno avuto come oggetto non la legge Ciampi ma alcune norme della legge finanziaria del 2002, la “legge Tremonti”, modificative di aspetti importanti della legge-base. In entrambi i casi, sotto aspetti diversi, in ultima istanza era in questione la natura delle fondazioni bancarie. Dalla definizione di tale natura dipendeva infatti la risoluzione dei problemi posti all’attenzione della Corte, innanzitutto la spettanza del potere legislativo, statale o regionale, in questa materia.

Si può dire che tutte le decisioni sugli aspetti particolari, per quanto in vario modo motivate, hanno sullo sfondo la definizione della legge Ciampi, delle fondazioni come “persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale”. Questo è lo sfondo, ma non si può dire che questa definizione sia stata anche assunta come parametro di valutazione della legittimità delle norme impugnate. Sarebbe stato un difetto grave di motivazione. I giudizi costituzionali devono fondarsi su premesse costituzionali e non (solo) legislative. Il quadro legislativo, di per sé, è infatti liberamente modificabile dal legislatore. Nella specie, se la definizione legislativa non avesse avuto un legame con principi costituzionali vincolanti, gli enti in questione, da persone giuridiche private, quali definite dalla legge, avrebbero potuto legittimamente essere oggetto di innovazioni nel senso di una nuova soggezione a un regime di tipo pubblicistico, come risultava da diverse norme della piccola riforma Tremonti.

I commentatori hanno talora lamentato una certa laconicità o, addirittura, reticenza, nelle argomentazioni della Corte. Altre volte, invece, lamentano un eccesso di apparato concettuale generale, più da trattato scientifico che da decisione con portata pratica. Insomma, non sono quasi mai contenti. Nel nostro caso, per esempio, ci si è stupiti della circostanza che non si sia fatto riferimento alle IPAB e alla vicenda che ha portato alla loro de-pubblicizzazione negli anni '80, senza considerare le differenze profonde che separano questi enti dai nostri, a iniziare dalla natura degli atti fondativi. In realtà si è trattato non di reticenza ma del *self-restraint* proprio delle pronunce giudiziarie. Si sono dati spunti, confidando che da essi potesse iniziare una riflessione sistematica per una ricostruzione d'insieme e le deduzioni e le induzioni che quegli spunti, *in nuce*, implicano: una riflessione che non è compito della giurisprudenza, ma di una scienza del diritto

consapevole dei propri compiti anche nei confronti del legislatore e degli stessi soggetti che operano nelle istituzioni.

Lo spunto principale è rappresentato certamente dalla definizione delle fondazioni – persone giuridiche private senza fini di lucro – come “soggetti della libertà sociale”. Si è attinto dalla giurisprudenza anteriore, nell’utilizzare questa espressione. Si sono lasciate da parte espressioni, pur correnti, come “terzo settore”, “privato sociale”; “società civile”; “no profit”; “pubblico libero”; “economia civile”: espressioni non coincidenti e, soprattutto, pregiudicate da studi e ideologie. “Libertà sociale”, oltre che appartenere al patrimonio lessicale della Corte, lascia maggiore libertà di concettualizzazione. La Corte si è limitata a porre una distinzione con le “funzioni pubbliche” e con la “pubblica amministrazione”, intesa in senso lato, e a sottolineare il carattere di “utilità sociale”, estraneo al fine di lucro, delle funzioni delle fondazioni.

Siamo in una dimensione della vita collettiva che non si lascia ridurre alla “grande dicotomia” di cui parlava Norberto Bobbio, tra il pubblico, come gestione autoritativa di interessi collettivi, e il privato, come perseguimento libero di fini d’interesse individuale. In breve, (a) soggetti giuridici privati, (b) espressione di auto-organizzazione sociale, (c) dotati di un proprio patrimonio, gestito in modo non speculativo, (d) operanti per la cura di interessi non politici ma, ugualmente, generali o collettivi delle comunità di riferimento, al di fuori di qualsiasi intento o scopo di lucro. *Né stato, né mercato ma socialità.*

Così, le fondazioni di origine bancaria sono venute a collocarsi in uno spazio che ha un preciso significato costituzionale cui si riferiscono gli artt. 2, 18, 41 e 43 della Costituzione, come ispirazione generale di una “democrazia

sociale”: ispirazione che è assurta a esplicito criterio di organizzazione delle funzioni di rilevanza pubblica, secondo l’art. 118, ultimo comma, nella formulazione datane dalla legge costituzionale n. 1 del 2001. E’ riconosciuto il diritto dei cittadini, singoli e associati, di svolgere attività di interesse generale, sulla base del *principio di sussidiarietà*, e si afferma il dovere dell’amministrazione pubblica di sostenere e di favorire l’autonoma iniziativa dei cittadini nel campo delle attività disinteressate rivolte al bene della società.

Questo è il fondamento costituzionale delle sentenze della Corte costituzionale, cui la legislazione attuale in tema di fondazioni di origine bancaria s’ispira e, in quanto a esso s’ispiri, è indisponibile da parte del legislatore ordinario ed è protetta contro le alterazioni di senso che dalla legge possano discendere.

4. (L’ambito della garanzia costituzionale delle fondazioni) Questo significa che le fondazioni di origine bancaria, quali sono venute configurandosi nella legislazione, sono protette nei confronti degli interventi legislativi alla stessa stregua - cioè in quanto espressione di autonomia privata - delle fondazioni-persone giuridiche di cui tratta il Titolo II del Libro I del codice civile? Non pare che si possa dire così.

Innanzitutto, l’espressione *Fondazione*, nel caso nostro, sembra essere una semplice definizione legale, con tutti i problemi circa l’efficacia normativa che le definizioni legali sollevano. L’art. 1 del D. Lgs. N. 153 del 1999 (*Definizioni*) stabilisce un’equivalenza di significato non con ciò che si ricava dalla normativa generale sulle persone giuridiche del codice civile, ma con “l’ente che ha effettuato il conferimento all’azienda bancaria”, a norma della legge-Amato. Il rinvio suppletivo alle norme del codice civile, del resto, sembra non

essere diverso da una clausola di stile. Più sostanzialmente – per quanto storicamente alcune di esse trovino nei secoli trascorsi radici di natura associativa, di cui restano tracce istituzionali – a differenza delle fondazioni civilistiche le fondazioni di origine bancaria, come altre venute alla luce di recente, quali le fondazioni-enti lirici - sono istituite *ope legis*, e non da atti di autonomia privata riconosciuti dall'ordinamento e, come tali protetti costituzionalmente. In secondo luogo, la base patrimoniale degli enti si distingue evidentemente da quella delle fondazioni civilistiche, derivante da atti di liberalità privata, vincolata a uno scopo dal privato stesso determinato. Si dirà che il patrimonio delle fondazioni è pur sempre il prodotto del risparmio di singoli soggetti, ma quando esso risulta dalla somma di migliaia o milioni di apporti, è difficile non scorgere una differenza qualitativa rispetto alla liberalità di singoli privati che dispongono del proprio. Quando la somma di tanti “privati” forma una sostanza delle dimensioni di cui si parla a proposito dei patrimoni delle fondazioni di origine bancaria, è difficile non scorgere un mutamento di sostanza, un passaggio dalla quantità alla qualità che genera un interesse che si differenzia da quello relativo ai singoli apporti: un interesse, per l'appunto “sociale”. Gli amministratori di tali patrimoni e del reddito che ne deriva sono conseguentemente, quanto a responsabilità verso la collettività di riferimento, in una posizione istituzionale molto diversa da quella degli amministratori delle fondazioni civilistiche, la cui responsabilità si qualifica essenzialmente come fedeltà alla volontà del fondatore. Insomma, un'altra cosa.

Queste considerazioni sono rilevanti quando si tratti di prendere posizione di fronte alle prospettive di riforma della disciplina codicistica delle fondazioni. L'auspicio di una disciplina uniforme ben si comprende con l'esigenza di difendere le fondazioni bancarie da incursioni legislative, tramite la loro ascrizione a categorie giuridiche sperimentate e, soprattutto, incardinate sul

principio dell'autonomia dei privati. Ma l'uniformità, in questo caso, farebbe torto alle peculiarità delle situazioni e si ritorcerebbe contro l'esigenza di discipline differenziate in ragione delle differenze di sostanza. Molto più giustificato, invece, è il ragionare sulle differenze, non come oggetto del capriccio del legislatore, eventualmente interessato a mutarne la natura per propri fini, ma come ragionevoli prese d'atto delle esigenze proprie dell'esplicazione delle libertà sociali che alle fondazioni d'origine bancaria fanno capo.

È su questa base che si può anche rispondere all'obiezione rivolta alla giurisprudenza costituzionale: se si tratta di fondazioni appartenenti integralmente all'ambito del privato, come si giustificano le regole legali che pongono limiti e divieti alla loro azione, ad esempio per quanto riguarda l'impiego del loro patrimonio, limiti e divieti indirizzati non solo all'ovvia e comune necessità di garantirne nel tempo la consistenza e la redditività? Non c'è qui un attentato alla autonomia privata, costituzionalmente protetta? Sarebbe probabilmente così, se le nostre fondazioni fossero integralmente riconducibili a quelle tradizionali, cui si riferiscono le norme del codice civile. Ma non è più così, una volta che se ne assuma la valenza sociale generale, che il legislatore deve proteggere con norme ragionevolmente finalizzate allo scopo loro proprio.

5. ***(Lo "spazio" istituzionale delle fondazioni d'origine bancaria)*** Le Fondazioni occupano dunque uno spazio che è tipico, ma è anche uno spazio precario perché esposto alle pressioni e alle tentazioni che vengono dai due lati dell'esposizione, l'economia e la politica. Il raggiungimento e la difesa dell'equilibrio sono tutt'altro che facili, in un contesto come il nostro, dominato da stretti legami tra politica e finanza, entro i quali le fondazioni sono chiamate a destreggiarsi.

La loro garanzia è l'autonomia, riconosciuta non perché la si comprometta su uno o su entrambi i lati suddetti, ma perché la si usi nel senso della loro propria ed esclusiva vocazione istituzionale. A questo proposito, particolare significato deve attribuirsi alla questione, che la Corte costituzionale ha affrontato e risolto con la sentenza n. 301, della composizione degli organi collegiali d'indirizzo. Tali organi sono espressione di una logica di "rappresentanza", anche se i loro componenti non sono, né devono 'sentirsi' "rappresentanti" in senso proprio dei soggetti che li hanno designati, rispetto ai quali sono in posizione di totale e assoluta indipendenza. Si tratta piuttosto di una "rappresentazione" del territorio, cioè di realtà sociali che non si lasciano semplificare dalla rappresentanza in senso politico. Per questo, la norma che imponeva nell'organo d'indirizzo la presenza prevalente di soggetti indicati dagli enti locali (regione, comuni e province) è stata ritenuta incostituzionale. Non tanto (o solo) perché con questo si sarebbero "pubblicizzati" enti che pubblici non sono, appartenendo all'ordinamento civile, quanto perché, in tal modo la "rappresentazione" della realtà locale sarebbe stata una falsa e dunque irragionevole rappresentazione. Si può aggiungere qui un interrogativo, con riferimento alla struttura di talune importanti fondazioni che quella presenza prevalente, anzi quasi totalizzante, prevedono nello Statuto: quel che è vietato alla legge di imporre, può essere l'esito di un atto di autonomia, l'autonomia statutaria? Può l'autonomia statutaria ciò che non può la legge?

Dietro gli schemi giuridici, tutti sanno che c'è la prosaica realtà di tutti i giorni e questa realtà contempla i tentativi delle forze politiche di "avere la propria banca". La "pubblicizzazione" delle fondazioni cui la Corte costituzionale ha posto un ostacolo, si è detto, avrebbe potuto mirare a questo scopo, al controllo politico della banca, attraverso il controllo delle fondazioni. Se lo si

fosse raggiunto, la ragnatela dei legami tra politica e finanza si sarebbe stretta sulle fondazioni, e ne avrebbe stritolata l'autonomia e ne avrebbe fatto la via per la scalata al potere finanziario del potere politico-amministrativo.

6. **(L'uscita dal sistema creditizio)** Si dirà: come sarebbe stato ciò possibile, quando la legge è particolarmente rigorosa nell'escludere che le fondazioni detengano partecipazioni di controllo in enti società che non abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali. Le banche non rientrano certamente in questa categoria, essendo esplicitamente escluso per le fondazioni l'esercizio di funzioni creditizie. Come sarebbe stato possibile, considerando l'enfasi che la legge Ciampi ha posto sulle "dismissioni" delle partecipazioni delle fondazioni nel capitale della società bancaria? Dall'originario obbligo di detenere transitoriamente il controllo delle banche conferitarie (legge Amato), si è passati (legge Dini), per favorire la diversificazione degli investimenti, al limite del 50% dell'incidenza delle partecipazioni bancarie rispetto al patrimonio delle fondazioni. La legge Ciampi, infine (ma è una fine per modo di dire), ha stabilito l'obbligo, da adempiere entro determinati tempi, oggetto di proroghe, di cedere le quote di partecipazione di controllo sulle banche conferitarie (obbligo da cui sono esentate le fondazioni di minori dimensioni e quelle con sede in Regioni a Statuto speciale).

Dai dati Acri 2008 si apprende che le partecipazioni attualmente detenute dalle Fondazioni nelle banche conferitaria rispettano le prescrizioni in materia di controllo. A parte le 15 Fondazioni che rientrano nell'esenzione e che dunque detengono più del 50% o la totalità del capitale azionario della banca, 18 non detengono più partecipazioni dirette nella conferitaria e 55 detengono una partecipazione inferiore al 50% del capitale azionario. Di

queste 55, 16 sono sotto il 5%, 16 stanno tra il 5 e il 20% e 23 tra il 20 e il 50%.

Per la percezione integrale della situazione si dovrebbe però guardare anche all'altro lato della situazione, cioè alla composizione complessiva del capitale di ciascuna banca, alla quale concorrono partecipazioni plurime di più d'un ente conferente. Le percentuali anzidette riguardano il lato dei singoli partecipanti, ma il lato dei partecipati mostrerebbe un intreccio finanziario molto complesso, da cui si dovrebbe probabilmente concludere che l'operazione di privatizzazione, funzionale alla ristrutturazione del sistema aziendale del credito e del risparmio, non ha coinciso però con la sua liberalizzazione. Ciò non è solo rilevante dal punto di vista della configurazione dei rapporti di potere nel mondo bancario ma ha anche un preciso significato dal punto di vista della configurazione giuridica degli enti conferenti – fondazioni nei confronti delle banche, come la vicenda cui si accenna qui di seguito dimostra.

7. (La “natura in concreto” degli enti conferenti: a. la Corte di giustizia)

La Corte di giustizia dell'Unione europea, nel 2006, in una causa che vedeva contrapposto il Ministero dell'Economia e delle Finanze, da un lato, e la Cassa di Risparmio di Firenze, la Cassa di Risparmio di San Miniato e la relativa Fondazione, dall'altro, si è pronunciata sulla natura degli enti conferenti. La pronuncia riguarda dunque il periodo compreso tra la legge Amato e la legge Ciampi. I problemi e le argomentazioni, però, sono tali da poter proiettarsi oltre tale periodo e riguardare così anche le fondazioni.

La Corte di giustizia, notoriamente, guarda più alla sostanza che alla forma delle cose. Si trattava della qualificazione come “impresa”, dal punto di vista del diritto comunitario, degli enti conferenti, ai fini dell'applicabilità del

divieto di “aiuti di Stato”, nella specie la riduzione dell’imposta diretta sui dividendi percepiti da tali enti, derivanti dalla loro partecipazione al capitale delle società bancarie. La difesa delle Casse di risparmio e relativa Fondazione sostenevano non trattarsi di ‘imprese’ soggette al divieto comunitario di aiuti di Stato, limitandosi gli enti conferenti a percepire i frutti delle proprie partecipazioni, nello stesso modo in cui il proprietario di un immobile riscuote i canoni dovuti in base al contratto di locazione. Il Governo sosteneva la tesi contraria, sulla premessa che le partecipazioni di controllo nelle società bancarie fossero indizio sufficiente della natura commerciale degli enti conferenti, stante il “legame genetico e funzionale” tra questi e il sistema bancario.

La Corte, dal canto suo, ha rifiutato di seguire l’impostazione, opposta nelle conclusioni, ma uguale nell’impostazione, delle parti in causa: ha cioè rifiutato l’impostazione generale e astratta della questione, come se ci si dovesse pronunciare sulla categoria “enti conferenti”, e non invece su questo o quell’ente conferente. Dopo aver rilevato che l’attività economica che qualifica l’impresa può essere svolta direttamente e anche indirettamente da un soggetto che controlla un altro soggetto, questo soltanto a contatto diretto col mercato, nell’ambito di un’unica unità economica, anche se giuridicamente suddivisa tra più soggetti, ha stabilito:

- a) che il semplice possesso di partecipazioni, anche di controllo, non è sufficiente a configurare impresa commerciale l’attività del soggetto detentore, quando tale possesso dà luogo solo all’esercizio dei diritti connessi alla qualità di azionista e alla percezione di dividendi, quali semplici frutti di proprietà;
- b) che, al contrario, un soggetto titolare di partecipazioni, che *eserciti effettivamente* il controllo partecipando direttamente o indirettamente alla

gestione della società, deve considerarsi partecipe dell'attività economica dell'impresa controllata.

c) che, pertanto, occorre distinguere le situazioni che si determinano *in concreto*, spettando al giudice nazionale valutare se un ente conferente-fondazione bancaria, agendo negli ambiti che le sono consentiti per legge, effettua operazioni finanziarie per influenzare indirettamente l'offerta di beni e servizi da parte della società partecipata. In tal caso, la qualifica di impresa è quella appropriata e a essa devono applicarsi le norme relative, comprese quelle che sono disposte per evitare alterazioni del mercato, tra le quali vi è il divieto di aiuti di Stato, comprendente le agevolazioni fiscali.

La decisione che così si è riassunta oscilla tra la considerazione della situazione normativa nazionale – la circostanza cioè che l'ingerenza nella partecipata sia consentita dalla legge - e la considerazione della realtà effettiva – la circostanza che l'ingerenza si verifichi concretamente. In questo secondo caso, si aprono valutazioni casistiche, da cui l'unitarietà delle definizioni legislative circa la natura dei soggetti partecipanti potrebbe essere compromessa dalla realtà dei fatti. Una “rivincita del fattuale”, dunque, sul normativo.

8. (... b. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione) A questa importante decisione della Corte di giustizia è seguita, nel mese di gennaio di quest'anno, un'altrettanto importante sentenza delle sezioni Unite dalla Corte di cassazione, sfavorevole alle Fondazioni, sempre in tema di privilegi fiscali. In sintesi, questa decisione, con la quale si intende porre fine a precedenti oscillazioni giudiziarie, si ribadisce l'estraneità degli enti conferenti *ex lege* Amato alla categoria di enti non commerciali in favore dei quali la legge prevede privilegi fiscali. La loro funzione primaria era infatti configurata dal legislatore come gestione della partecipazione nella società bancaria di nuova

istituzione: una funzione dunque costitutiva di un tutt'uno con l'attività d'impresa, propria di quest'ultima. La configurazione legislativa, tuttavia, rappresenta – nella motivazione della sentenza – solo una semplice presunzione legale di svolgimento, in forma indiretta, di attività imprenditoriale. Infatti, essa non esclude in via assoluta l'applicabilità delle agevolazioni fiscali agli enti conferenti, ma tale applicazione è subordinata alla prova, posta a carico del soggetto che invoca l'agevolazione, dell'effettivo perseguimento di scopi non imprenditoriali ma di beneficenza, educazione, studio e ricerca scientifica, rispetto ai quali la gestione di partecipazioni (nella specie, in impresa bancaria, ma anche in imprese d'altro genere) assuma un ruolo non prevalente e comunque strumentale alla provvista delle risorse economiche, necessarie allo svolgimento delle funzioni primarie. In una precedente decisione della Corte di cassazione del 2007 si legge che “anche la completa dismissione [della] partecipazione [nella banca conferitaria] non comporta automaticamente il venir meno dei [connotati d'impresa], quando le risorse da essa ricavate siano utilizzate per acquisire partecipazioni in altre imprese, anche non bancarie” La S.U. aggiungono che “la dismissione delle partecipazioni non equivale alla cessazione della attività dell'impresa bancaria, dal momento che non si tratta di una dismissione con perdita di proprietà ma di dismissione/conferimento, con l'effetto che la proprietà e la gestione dell'azienda non sono passate di mano, sono state soltanto cartolarizzate in titoli azionari, rimasti quasi completamente nelle mani degli stessi enti conferenti”.

In linea di principio, quindi, gli enti conferenti non sono esclusi dalle agevolazioni fiscali, “sempre che offrano la prova che in concreto abbiano svolto attività che possano essere riportate ai modelli” previsti dalla legislazione tributaria di favore. Dunque: attività d'impresa e non esenzione, in via di principio; attività non d'impresa ed esenzione, in casi particolari,

l'onere della prova della particolarità della situazione ricadendo sul soggetto interessato all'applicazione del beneficio.

9. (La natura in concreto delle fondazioni di origine bancaria) Diversa, naturalmente, è la situazione delle fondazioni dopo la riforma Ciampi. Esse possono esercitare attività d'impresa solo se direttamente strumentali ai fini statutari e, come detto, devono "dismettere" le partecipazioni di controllo già possedute in imprese non strumentali e non possono assumerne di altre. Su questa premessa si basa l'art. 12 del d. lgs, n. 153 dove stabilisce che le fondazioni che hanno adeguato i loro statuti al nuovo quadro normativo e non dispongono di partecipazioni di controllo in imprese, creditizie o d'altro genere, godono dei privilegi fiscali, quei privilegi di cui non godevano, in precedenza gli enti conferenti *ex lege* Amato. Lo stesso articolo, oltre a stabilire un regime transitorio, prevede che i benefici tributari cessino quando venga meno la natura di ente non commerciale della fondazione, quando cioè essa svolga attività d'impresa, in particolare quando essa sia titolare di partecipazioni di controllo in società commerciali.

La definizione di "partecipazione di controllo" è data dalla legge (art. 6) con il rinvio all'art. 2358 del codice civile che, oltre al criterio del controllo della maggioranza dei voti nell'assemblea dei soci, utilizza il concetto di "influenza dominante". Che cosa sia questa nozione, la legge Ciampi cerca di specificare, per esempio indicando il "potere di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori": "subordinare al proprio assenso? E' è chiaro che vasti margini di incertezza sono destinati a restare e che la moltiplicazione delle espressioni legislative rischia spesso di moltiplicare le incertezze. Margini e incertezze che aumentano quando il controllo è tale anche quando (come previsto dalla legge Tremonti, su questo punto passata indenne al controllo della Corte costituzionale) esso sia

esercitato da più fondazioni in base ad accordi di sindacato in qualsiasi forma stipulati tra loro. Senza contare, poi, che potrebbe assumere rilievo, accanto alla nozione di partecipazione di controllo, quella di “partecipazione rilevante” influente sull’attività dell’ente, nozione fissata al 5% del capitale della banca, in base alla quale il titolare di tale partecipazione si presume per legge svolgere “attività di banchiere”, anche ai fini dell’autorizzazione della Banca d’Italia prevista dal Testo unico bancario (art. 23).

Nella disciplina Ciampi delle fondazioni, il quadro sembra quindi rovesciarsi. Mentre, in precedenza, gli enti conferenti vivevano nella presunzione d’essere gestori (indiretti) d’attività imprenditoriale, salva prova contraria, oggi le fondazioni privatizzate vivono nella presunzione di non esserlo. Ma è una presunzione legale assoluta, *iuris et de iure*, o una presunzione relativa, *iuris tantum*? In altre parole, nella vigenza della legge Ciampi sarebbe possibile, tramite una prova in fatto, contraddire l’iscrizione di una fondazione specifica alla definizione legislativa di ente non commerciale, una prova il cui onere, questa volta, graverebbe sull’amministrazione finanziaria?

La questione diventa quella della prova circa l’insufficienza delle “dismissioni”, ai fini del venir meno della “partecipazione di controllo” o circa la sufficienza di nuove acquisizioni, ai fini dell’assunzione di una partecipazione di controllo, ovvero circa l’esistenza di patti di sindacato.

Anche nella situazione normativa attuale dunque, sia pure a onere probatorio invertito, la natura delle fondazioni, come enti commerciali o non commerciali non dipende esclusivamente e univocamente da una definizione legislativa. Dipende dall’adempimento, da parte delle fondazioni stesse, delle condizioni astrattamente previste dal legislatore: adempimento che può dirsi esistente in un certo momento, ma che può mancare in un altro. Così,

possiamo dire che, in conseguenza dell'elaborazione interpretativa della giurisprudenza, comunitaria e nazionale, la natura giuridica delle fondazioni non è data una volta per tutte, con le conseguenze, non solo quelle fiscali di cui si sono occupate le decisioni sopra menzionate, che possono derivare dal passaggio dal campo del commerciale a quello del non commerciale.

10. **(Una riflessione di sintesi)** A onta di un'indagine demoscopica di qualche anno fa, che assegnava alle fondazioni d'origine bancaria un alto grado di "gradimento", a me pare di percepire un'atmosfera, se non di sospetto, almeno di cautela di giudizio nei loro confronti, che fa torto, indubbiamente, ai meriti che esse stesse hanno maturato in questi anni nei confronti delle comunità di loro riferimento. Nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, ad esempio, si legge, a proposito dei "danti causa" delle odierne fondazioni, che gli "enti conferenti" "sono una "invenzione" del legislatore "di tipo assolutamente nuovo nel nostro panorama legislativo, difficile da classificare, comunque con caratteristiche che non si conciliano" con quelle di enti già conosciuti. Chi ha anche solo un poco di pratica di lessico giudiziario comprende il sospetto che spira in queste proposizioni. Le nostre fondazioni, poi - gli enti che sono succeduti a questa "invenzione" del legislatore - sono sistematicamente menzionate tra virgolette.

Presso l'opinione pubblica avvertita, che è quella che spesso risulta determinante tra i fattori di pre-comprensione che guidano anche gli atteggiamenti dei giudici in materie dove dominano fattori tecnici, come quello di cui ci stiamo occupando, non risultano facilmente giustificabili, alla luce della posizione e dei compiti che sono attribuiti alle nostre fondazioni - oggi si dice della loro *mission* - comportamenti che sembrano pregiudicare negativamente la loro posizione sui due versanti rispetto ai quali essa si gioca

e nei confronti dei quali deve preservarsi la loro autonomia. Noi non ignoriamo affatto che sempre, e particolarmente in un momento come è l'attuale di crisi economica dalle pesanti conseguenze sociali, tutti gli attori istituzionali devono cooperare per non disperdere le energie e per concentrare le scarse risorse esistenti, in vista di un interesse comune che li trascende tutti. Ma questo deve avvenire nel rispetto dell'originalità dei ruoli rispettivi.

Così, presso quell'opinione pubblica avvertita, non giovano le contese politiche che accompagnano la vita delle fondazioni nei momenti di formazione dei loro organi e nei momenti importanti della loro attività, da cui viene talora accreditata l'impressione ch'esse siano talora concepite come enti strumentali delle amministrazioni pubbliche locali, da occupare con i propri uomini. D'altra parte, non giovano nemmeno i coinvolgimenti con le politiche finanziarie delle banche da cui, pur al di là del rispetto formale delle norme di legge, sembra risultare la perduranza di intrecci d'interesse con i quali le fondazioni dovrebbero ormai avere sciolti i propri legami, secondo la logica del diritto vigente. Queste impressioni alimentano l'idea che l'amministrazione di grandi patrimoni delle fondazioni serva ad altro che a fornire le rendite migliori per alimentare le proprie attività erogative, attività per le quali anche la struttura organizzativa e funzionale – la *governance*, si dice oggi – adatta, e che l'autonomia di cui gli enti gestori godono non sia, in pratica, giustificata dalla loro particolare legame di responsabilità sociale nei confronti delle comunità di cui essi devono essere la rappresentazione ma possa essere uno schermo per scelte politico-amministrative e imprenditoriali sottratte alla responsabilità ora della politica, ora del mercato.

Per le fondazioni, si tratta di non disperdere, anzi consolidare il patrimonio di credito ch'esse hanno acquisito a partire dalla riforma della fine degli anni '90 e che ha rappresentato la base del riconoscimento dello loro *status* costituzionale, nelle decisioni del 2003. Resta aperto un vasto territorio di riflessione teorica e d'impegno pratico, che chiama in causa le responsabilità del legislatore, da un lato, e l'esercizio dell'autonomia delle fondazioni, dall'altro.

11. **(Problemi aperti)** La strada per consolidare l'autonomia delle fondazioni, riempirla di significato conforme alla democrazia in senso sociale e sottrarla a quello che è stato definito il pericolo della loro "autoreferenzialità" non può che essere di stabilire nessi e collegamenti circolari di affidabilità e ricettività con l'ambiente in cui esse operano, dove circolino informazioni, si esprimano bisogni, si formulino progetti e domande, entro un sistema di "libertà sociali" accompagnate a "responsabilità sociali". I due concetti di *libertà* e *responsabilità* sono naturalmente correlati e la loro correlazione è condizione per poter parlare delle fondazioni come soggetti appartenenti alle comunità territoriali di riferimento e per far sì che le prime vengano sempre più percepite come elementi portanti delle seconde. Non sovrappiù, aggiunte, sovrapposizioni, ma parti integranti, anzi integratrici. L'autonomia delle fondazioni ha questo primario obiettivo, di formazione e tenuta del tessuto sociale.

In questa direzione, può concorrere la pubblicità dei progetti delle fondazioni, alla cui realizzazione siano chiamati a concorrere tutti i soggetti interessati, la selezione tra quali sia fatta con criteri di trasparenza, oggettività e imparzialità, secondo procedure che assicurino forme di *partecipazione cooperativa*; il diritto degli interessati alla *motivazione delle decisioni di diniego*, utile particolarmente nel caso del concorso di pluralità di

domande d'accesso al medesimo finanziamento; procedure di rimostranza presso organi dotati di autonomia funzionale, da attivare in caso di decisioni che si ritengano discriminatorie (negli anni passati, si è perfino ipotizzata l'eventualità, a prima vista alquanto dissonante rispetto alla logica della "responsabilità sociale", di un ricorso all'autorità giudiziaria, assimilando la posizione dei soggetti che entrano in rapporto con le Fondazioni a quella di titolari di interessi legittimi nei confronti degli atti della Pubblica Amministrazione); la pubblicità preventiva dei progetti di finanziamenti di rilevante importo i quali, per ciò solo, sono ostativi di altre destinazioni delle erogazioni; procedure di coordinamento degli interventi tra fondazioni e tra fondazioni e altri soggetti pubblici e privati operanti nei medesimi ambiti, in luoghi istituzionali riconoscibili dagli interessati; l'istituzione di una *Autorità indipendente* - eventualmente, in assenza di iniziativa legislativa, anche per determinazione autonoma del sistema stesso delle fondazioni -, garante della legalità e della trasparenza e, eventualmente, della "buona gestione" - nell'interesse dei soggetti terzi - delle attività istituzionali delle Fondazioni e della gestione dei loro patrimoni.

Sono soltanto alcuni spunti che indicano quanti e quanto importanti passi possono essere fatti lungo il cammino che porti anche nel nostro Paese al radicarsi della democrazia partecipativa, aperta a forme di gestione sociale degli interessi collettivi.