

ARTICOLI E NOTE

© copyright

CRISTINA DE BENETTI*Corsi e ricorsi in tema di fondazioni non più bancarie e funzione di vigilanza*

Sommarario:

1. Le fondazioni già di origine bancaria quali fondazioni di matrice "legale";
2. Segue: In particolare la funzione di vigilanza (ex art.10 d.lgs. 153/1999)
3. La sentenza del TAR Lazio, Sez. III, n. 12532, del 4 dicembre 2009, in tema di spettanza della funzione di vigilanza (ex art. 10 d.lgs. 153/99);
4. L'art. 52 della legge n. 122 del 30 luglio 2010, quale norma di interpretazione autentica dell'art.10 d.lgs. 153/99;
5. Le fondazioni non più bancarie: fondazioni legali chiamate a realizzare il privato sociale in nome del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. Implicazioni in punto di vigilanza.

1. Due recenti interventi, rispettivamente, giurisprudenziale, il primo, e normativo, il secondo, hanno riportato il tema delle fondazioni già di origine bancaria al centro del dibattito giuridico, e non solo.

Invero, dopo il fitto contenzioso generato dalla cd. riforma Tremonti e culminato nelle note sentenze della Corte costituzionale n. 300 e 301 del 2003, il settore pareva vivere anni di - rara - certezza normativa, fondante sulla riaffermata natura giuridica delle fondazioni quali soggetti appartenenti all'organizzazione delle libertà sociali.

In particolare, nel non lontano 2003, le fondazioni già di origine bancaria hanno visto riconosciuta ad opera della Corte costituzionale la loro natura di persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, che perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, secondo quanto previsto dai rispettivi statuti. In altri termini hanno visto riconosciuta la loro natura giuridica come determinata dal legislatore "fondatore" del 1999, natura che, come sancito dalla Corte, era stata in parte tradita dal successivo legislatore nel 2001 (cfr. art. 11, L.448/2001).

1.1. A tal proposito giova rammentare come le cd. fondazioni di origine bancaria nascano "solo" nel 1999, allorché l'ordinamento ha imposto al settore una soluzione di continuità, distinguendo tra enti conferenti e, appunto, fondazioni di origine bancaria.

Come noto l'intera vicenda trae origine dalla legge delega 218/1990 e dal successivo decreto legislativo delegato 356/1990, a mente dei quali il legislatore, sulla spinta del processo di liberalizzazione e privatizzazione dell'economia imposto dalla Comunità Europea, ha dato avvio al processo di ristrutturazione del settore bancario, processo sfociato nella trasformazione delle banche pubbliche in società per azioni. Tale percorso ha visto lo scorporo delle aziende bancarie dagli enti creditizi e la scissione di questi ultimi in due soggetti distinti: gli enti conferenti e le società per azioni conferitarie. In particolare, gli enti conferenti sono stati chiamati a conferire le aziende alle società, nel mentre si è mantenuta in capo a tali enti la gestione del pacchetto azionario.

In tale disegno, dunque, la funzione principale degli enti conferenti era, di tutta evidenza, quella di amministrare la partecipazione azionaria nella banca conferitaria, e, dunque, forte era il legame sussistente tra i due soggetti originati dal processo di trasformazione.

E' poi seguita una ulteriore fase del processo di trasformazione, durante la quale gli enti conferenti sono stati chiamati a dismettere gradualmente le loro partecipazioni nelle società conferitarie.

Infine, con la legge delega 461/1998 ed il successivo decreto legislativo delegato 153/1999, recante la "Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461", gli enti conferenti hanno cessato di esistere, in favore di nuovi soggetti che il legislatore in quel momento è venuto a "fondare".

Dispone in tal senso l'art.2, comma 1, lett. l), della legge 461/1998, che gli enti conferenti cessano di esistere dal momento dell'approvazione delle modifiche statutarie imposte dal legislatore delegato, divenendo fondazioni ossia persone giuridiche private dotate di piena autonomia statutaria e gestionale.

Le fondazioni cd. di origine bancaria nascono, dunque, per volontà legislativa nel 1999, quali fondazioni legali di diritto privato. E, come sempre accade, il soggetto fondatore nel 1999, contestualmente al dar vita all'ente, imprime al medesimo uno scopo ed anche, in funzione del perseguimento di questo, un certo assetto organizzativo e specifiche modalità gestionali.

Quanto allo scopo, come già detto, la fondazione è chiamata a perseguire esclusivamente uno scopo di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, indirizzando la propria attività esclusivamente nei settori "ammessi" dal fondatore e, tra questi, in via prevalente nei settori qualificati "rilevanti" dal fondatore medesimo.

In tema di assetto organizzativo, il legislatore "fondatore" impone all'ente il rispetto di taluni principi, rimettendo poi alle autonome scelte statutarie ogni ulteriore articolazione del modello organizzativo. In particolare, il legislatore detta il modello della separazione organica delle funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo, per il tramite di un'individuazione minima delle competenze dei rispettivi organi preposti alla singola funzione. Ancora, il legislatore impone il rispetto di regole di professionalità, competenza ed esperienza per i componenti gli organi. Al di fuori di tali precetti l'autonomia statutaria è libera di articolare ulteriormente il modello organizzativo.

Infine, quanto ai profili gestionali, il legislatore (fondatore) richiama le fondazioni alle regole di sana e prudente gestione, all'obbligo di conservazione e di adeguata redditività del patrimonio, ed ancora contempla la possibilità per le fondazioni di esercitare imprese, nell'ambito dei settori rilevanti, purchè direttamente strumentali rispetto ai fini statuari.

In conclusione, nel disegno del legislatore "fondatore" del 1999, le fondazioni cd. di origine bancaria si connotano quali fondazioni di diritto privato di matrice legislativa, dotate di piena autonomia statutaria, nell'ambito di uno scopo e di un assetto organizzativo tratteggiato dal medesimo legislatore che le viene fondando.

Ciò che, allora, connota tali enti è proprio la matrice dalla quale traggono origine, non tanto un negozio fondativo, quanto piuttosto la volontà legislativa. Trattasi, dunque, di fondazioni persone giuridiche di diritto privato di origine legislativa, fondazioni legali in altri termini.

Va da sé, giova anticiparlo, che il modello legale imposto dal legislatore "fondatore" reca altresì un necessario - in nome del principio di legalità - momento di verifica del rispetto da parte del soggetto fondazionale dei tratti tipici della specie, imposti ex lege dal fondatore. Ed infatti, il legislatore fondatore nel 1999 non ha mancato di imporre tale momento di verifica del rispetto da parte di ciascuna fondazione del modello legale: trattasi della funzione di vigilanza, puntualmente disciplinata quanto a spettanza, finalità e modalità, ex artt. 10 e 11 d.lgs. 153/1999. Funzione sulla quale insistono i due interventi, giurisprudenziale e legislativo, oggetto della presente riflessione.

1.2. Ebbene, data la funzione fondativa che l'atto legislativo del 1999 ha esplicitato, si deve, dopo tale momento costitutivo, distinguere tra il legislatore "fondatore" del passato ed il legislatore "conformatore" del futuro.

Infatti, si noti fin d'ora, il legislatore che interviene successivamente al 1999 è chiamato a rispettare il nucleo essenziale della volontà del legislatore "fondatore", i cui tratti hanno radice nel disegno costituzionale, potendo apportare all'ordinamento "speciale" di cui al d.lgs.153/1999 esclusivamente quei profili "nuovi", ma conformi al modello legale, che, pertanto, non contrastino in maniera insanabile con la volontà del fondatore ossia con i caratteri tipici della specie fondazione legale. Pena, ove così non fosse, la censura di incostituzionalità dell'intervento legislativo, come del resto già accaduto per taluni tratti della cd. riforma Tremonti (cfr. C. cost. sentt. 300 e 301 del 2003).

Ed è in quest'ottica che veniamo, dunque, a leggere i due recentissimi interventi del Giudice amministrativo (TAR Lazio, Sez. III, sent. 12532/2009), da un lato, e del legislatore (art.52 L. 122/2010), dall'altro, i quali hanno rispettivamente sentenziato e legiferato in tema di funzioni di vigilanza ex art. 10 d. lgs. 153/1999.

2. Dopo questa sintetica ricostruzione delle origini dell'ordinamento speciale delle fondazioni legali oggetto di queste riflessioni, veniamo, ora, a porre in evidenza quel particolare profilo del medesimo ordinamento relativo alla funzione di vigilanza, oggetto dei due recenti interventi, giurisprudenziale e normativo, ai quali abbiamo già fatto cenno.

2.1. A riguardo va in particolare riscontrato come il legislatore "fondatore" nel 1999, nel dettare il nucleo essenziale del soggetto giuridico, abbia tracciato una netta separazione nell'ambito della vita futura di quest'ultimo, distinguendo a seconda che l'ente evolvesse in fondazione non più bancaria ovvero mantenesse in essere il cordone ombelicale con la società bancaria.

Il distinguo nell'evoluzione tra l'uno e l'altro caso è dato proprio dall'assetto della funzione di vigilanza.

In altri termini, decretata la nascita delle fondazioni il legislatore consente poi, nel prosieguo, a ciascuna fondazione tanto di rimanere titolare di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero di concorrere al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo, quanto di dismettere ogni forma di partecipazione di controllo ovvero di non concorrere comunque più a quest'ultimo.

Certo la scelta si riverbera sulla spettanza della funzione di vigilanza, rimessa per volontà del fondatore inderogabilmente al Ministero dell'economia e delle finanze solo nel primo caso, sul presupposto dell'assimilazione tra fondazioni (ancora) bancarie ed enti creditizi.

In tali termini infatti, seppur con formula letterale non troppo lineare, dispone l'art.10, intitolato "*Organi, finalità e modalità della vigilanza*", comma 1, del Decreto Legislativo 17 maggio 1999, n. 153. E giova riportarne fedelmente, appunto alla lettera, il testo: "*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, ed anche successivamente, finché ciascuna fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrerà al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo, la vigilanza sulle fondazioni è attribuita al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica*".

Dunque, il legislatore "fondatore" ha previsto, quanto a spettanza della funzione di vigilanza, che la medesima sia e debba essere in capo al Ministero dell'economia e delle finanze esclusivamente per quelle fondazioni che rimangano titolari di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrano al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo, e ciò - sia chiaro - tanto prima quanto dopo la (futura) riforma del Libro I Titolo II del codice civile, riforma che quindi, a riguardo, si profila irrilevante.

Questo, dunque, il nucleo essenziale della volontà espressa dal legislatore fondatore, il quale ha, poi, lasciato al successivo legislatore conformatore il compito di definire a chi spetti la funzione di vigilanza nell'altro caso.

Definire "a chi" spetti la funzione, ma non anche - si noti - definire i contenuti della medesima, tracciati nel loro profilo, tanto ordinario quanto straordinario, dal legislatore "fondatore" e, dunque, tipici e comuni per l'intera specie fondazione legale indipendentemente dal declinare della medesima tanto in fondazioni bancarie quanto in fondazioni non più bancarie.

2.2. In particolare, i contenuti tipici della funzione di vigilanza vengono a garantire, ex artt.10 e 11 d.lgs.153/1999, l'irrinunciabile rispetto del principio di legalità ossia il rispetto da parte di ciascuna fondazione legale, tanto nel momento dell'organizzazione quanto nel momento dell'azione, dei principi posti dal legislatore - a mezzo dell'atto costitutivo (d.lgs.153/1999) - a fondamento della specie legale. Irrinunciabile esigenza, questa, che deve, dunque, venire soddisfatta dall'intera specie fondazione legale ex d.lgs. 153, sia che la medesima declini in fondazione bancaria sia che la medesima declini in fondazione non più bancaria, in quanto è, comunque, tratto tipico dell'intera specie l'appartenere all'organizzazione delle libertà sociali, organizzazione chiamata ex Costituzione a dar voce al principio di sussidiarietà orizzontale.

E' così che, quanto a contenuti della funzione, a mente dell'art.10, comma 2 e 3, del d. lgs. 153/1999: "2. La vigilanza sulle fondazioni ha per scopo la verifica del rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti.

3. L'Autorità di vigilanza: a) autorizza le operazioni di trasformazione e fusione, escluse le operazioni dirette al mutamento della natura giuridica e degli scopi istituzionali delle fondazioni, come individuati all'articolo 2; b) determina, con riferimento a periodi annuali, sentite le organizzazioni rappresentative delle fondazioni, un limite minimo di reddito in relazione al patrimonio, commisurato ad un profilo prudenziale di rischio adeguato all'investimento patrimoniale delle fondazioni; c) approva, al fine di verificare il rispetto degli scopi indicati al comma 2, le modificazioni statutarie, con provvedimento da emanarsi entro sessanta giorni dal ricevimento della relativa documentazione; decorso tale termine le modificazioni si intendono approvate. Qualora siano formulate osservazioni il termine e' interrotto e ricomincia a decorrere dalla data di ricevimento della risposta da parte della fondazione interessata; d) può chiedere alle fondazioni la comunicazione di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti con le modalità e nei termini dalla stessa stabiliti. L'organo di controllo informa senza indugio l'Autorità di vigilanza di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire un'irregolarità nella gestione ovvero una violazione delle norme che disciplinano l'attività delle fondazioni; [e) emana, sentite le organizzazioni rappresentative delle fondazioni, atti di indirizzo di carattere generale aventi ad oggetto, tra l'altro, la diversificazione degli investimenti, le procedure relative alle operazioni aventi ad oggetto le partecipazioni nella Società bancaria conferitaria detenute dalla fondazione, i requisiti di professionalità e onorabilità, le ipotesi di incompatibilità e le cause che determinano la sospensione temporanea dalla carica dei soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione e controllo presso le fondazioni e la disciplina del conflitto di interessi, nonché i parametri di adeguatezza delle spese di funzionamento tenuto conto di criteri di efficienza e di sana e prudente gestione; i poteri di indirizzo sono esercitati in conformità e nei limiti delle disposizioni del presente decreto; ndr incostituzionale ex C. Cost. 301/2003]; f) può effettuare ispezioni presso le fondazioni e richiedere alle stesse l'esibizione dei documenti e il compimento degli atti ritenuti necessari per il rispetto di quanto previsto al comma 2; g) emana il regolamento di cui all'articolo 9, comma 5, relativo alle modalità di redazione dei bilanci; h) può 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 decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; i) stabilisce le forme e le modalità per la revisione sociale dei bilanci; j) quando non siano adottati dai competenti organi della fondazione, nei termini prescritti, i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 1, lettera j), provvede all'adozione dei provvedimenti stessi, anche su segnalazione dell'organo di controllo; k) cura l'istituzione e la tenuta di un albo delle fondazioni."

Questi, dunque, i contenuti ordinari della funzione di vigilanza; contenuti richiamati alla lettera proprio per porre in evidenza come scopo intimo della funzione sia un sindacato oggettivo sul rispetto da parte di ciascuna fondazione del nucleo essenziale della specie legale ossia del modello ex d.lgs. 153/1999.

Inevitabilmente, la funzione di vigilanza, necessita di completarsi altresì di un contenuto "straordinario", avente lo specifico scopo di riaffermare la valenza dei precetti del modello legale per quella fondazione che dovesse venire a porsi in irrimediabile contrasto con i precetti del modello medesimo.

E così, a mente dell'art. 11, titolato, "Provvedimenti straordinari dell'Autorità di vigilanza": "1. L'Autorità di vigilanza, sentiti gli interessati, può disporre con decreto lo scioglimento degli organi con funzione di amministrazione e di controllo della fondazione quando risultino gravi e ripetute irregolarità nella gestione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative e statutarie, che regolano l'attività della fondazione. 2. Con il decreto di scioglimento vengono nominati uno o più commissari straordinari ed un comitato di sorveglianza composto da tre membri. I commissari straordinari esercitano tutti i poteri degli organi sciolti; la loro attività e' controllata dal comitato di sorveglianza. 3. I commissari straordinari provvedono a rimuovere le irregolarità riscontrate e promuovono le soluzioni utili al perseguimento dei fini istituzionali ed al ripristino dell'ordinario funzionamento degli organi. Possono motivatamente proporre all'Autorità di vigilanza la liquidazione, ove si verificano le situazioni previste nel comma 7. 4. Ai commissari straordinari spetta l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti dei sciolti organi della fondazione, sentito il comitato di sorveglianza e con l'autorizzazione dell'Autorità di vigilanza. 5. L'indennità spettante a commissari straordinari e ai membri del comitato di sorveglianza e' determinata con provvedimento dell'Autorità di vigilanza ed e' posta a carico della fondazione. 6. Le funzioni dell'organo di indirizzo sono sospese per tutta la durata della gestione commissariale. 7. L'Autorità di vigilanza, sentiti gli interessati, può disporre con decreto la liquidazione della fondazione, in caso di impossibilità di raggiungimento dei fini statutarie e negli altri casi previsti dallo statuto. L'Autorità di vigilanza nel decreto di liquidazione, provvede a nominare uno o più liquidatori ed un comitato di sorveglianza. L'eventual

patrimonio residuo e' devoluto ad altre fondazioni, assicurando, ove possibile, la continuita' degli interventi nel territorio e nei settori interessati dalla fondazione posta in liquidazione. Si applicano le disposizioni dei commi 4, 5 e 6. 8. La liquidazione prevista dal comma 7 si svolge secondo le disposizioni del libro I, titolo II, capo II, del codice civile e relative disposizioni di attuazione, sotto la sorveglianza dell'Autorità di vigilanza. Quando ricorrono particolari ragioni di interesse generale l'Autorità di vigilanza può provvedere alla liquidazione coatta amministrativa. 9. L'Autorità di vigilanza può sospendere temporaneamente gli organi di amministrazione e di controllo e nominare un commissario per il compimento di atti specifici necessari per il rispetto delle norme di legge, dello statuto [e delle disposizioni ed atti di indirizzo di carattere generale emanati dalla stessa Autorità: ndr incostituzionale ex C. Cost. 301/2003], al fine di assicurare il regolare andamento dell'attività della fondazione."

Concludendo sul punto, il legislatore fondatore del 1999 ha inderogabilmente stabilito i contenuti tipici della funzione di vigilanza, eguali per le fondazioni bancarie e per le fondazioni non più bancarie, nonché a chi spetti la funzione di vigilanza sulle fondazioni ancora bancarie allora, nel 1999, ora ed in futuro: al Ministero dell'economia e delle finanze. Non così, invece, per le fondazioni divenute non più bancarie, per le quali il successivo legislatore è chiamato ad istituire altra Autorità di vigilanza. Fermi però - lo si ribadisce - i contenuti della funzione di vigilanza; funzione chiamata a verificare il rispetto da parte di ciascuna fondazione dei tratti tipici della specie fondazione legale, come voluti, nel loro nucleo essenziale, costituzionalmente garantito, dal legislatore "fondatore" ex d.lgs.153/1999.

3. Come abbiamo anticipato, sulla specifica tematica della spettanza della funzione di vigilanza rispetto alle fondazioni divenute non più bancarie è intervenuto, sul finire del 2009, il Giudice amministrativo, a ciò chiamato da una fondazione, appunto, non più bancaria.

In dettaglio, la Fondazione Roma ha impugnato avanti il TAR Lazio, Sezione III, la nota prot. n. 33621 del 25 marzo 2008 del Ministero dell'economia e delle finanze, con la quale si ribadiva che la fondazione ricorrente era ancora sottoposta alla vigilanza dello scrivente Ministero in base alla prima parte del comma 1 dell'art.10 d. lgs n. 153/1999.

3.1. La vicenda trae origine da una nota del 20 febbraio 2008, a mezzo della quale la Fondazione Roma ha comunicato al Ministro dell'economia e delle finanze che, "avendo da tempo dismesso ogni partecipazione di controllo diretto o indiretto in società bancarie e non concorrendo al controllo, diretto o indiretto di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato e accordi di qualunque tipo", aveva provveduto a modificare la propria denominazione statutaria da Fondazione Cassa di Risparmio di Roma in Fondazione Roma con il proposito di ulteriore modificazione dello statuto, così abrogando le previsioni contenute negli artt. 41, commi 6 e 7, e 45, nonché le ulteriori disposizioni che, in ragione di quanto introdotto dal D. lgs 17 maggio 1999 n.153, non sarebbero ulteriormente aderenti alla mutata situazione.

Secondo la ricorrente, il mutamento dei profili della Fondazione comporterebbe il passaggio al regime tutorio stabilito dal Libro I, Titolo II del codice civile, così portando a compimento il processo segnalato dalla sentenza n.300 del 2003 della Corte Costituzionale secondo la quale l'organismo andrebbe a collocarsi tra i soggetti "dell'organizzazione delle libertà sociali".

Senonchè, con l'impugnata nota del 25 marzo 2008, il Ministero dell'economia e delle finanze ha contestato la comunicazione della Fondazione, riaffermando in capo a sé medesimo la spettanza delle funzioni di vigilanza.

Avverso tale provvedimento la Fondazione Roma ha proposto ricorso innanzi al TAR Lazio, deducendo, quale unico motivo di gravame, la violazione e la falsa applicazione dell'art.10, comma 1, del d.lgs 153/1999 e del DPR 361/2000, anche in riferimento agli artt. 2, 3, 18 e 118 della Costituzione.

Secondo la ricorrente, infatti, il DPR 361/2000, "Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto", avrebbe modificato la disciplina civilistica del Titolo II del Libro I c.c., così realizzando il presupposto di cui all'art.10 del d.lgs 153/1999.

Inoltre, la posizione assunta dal Ministero sarebbe in contrasto anche con il dettato di cui alla sentenza 342 del 2001 della Corte costituzionale, in base alla quale, in mancanza della qualificazione di ente creditizio, "non vi sarebbe alcuna giustificazione della attribuzione di poteri allo stesso Ministero dell'economia e finanze".

La resistente amministrazione ha contestato tutte le censure mosse dalla Fondazione, e così in particolare la pretesa violazione dell'art.10, comma 1, del D.lgs. 153/1999, sostenendo che si deve ritenere sostanzialmente prorogato il regime originario di vigilanza, almeno fino alla riforma organica del settore; riforma che tuttora non può ritenersi intervenuta, laddove si consideri che il DPR del 2000, all'articolo 9, ha espressamente declinato la propria applicabilità rispetto alle istituzioni aventi regime speciale e, dunque, derogatorio di quello generale dal medesimo DPR recato. E così è, secondo il resistente Ministero, per le fondazioni legali già di origine bancaria.

Ebbene, brevemente riassunte le posizioni delle parti, il TAR Lazio, con sentenza 12532/2009, ha accolto il ricorso, e dunque le argomentazioni di parte ricorrente.

In particolare, il Giudice amministrativo, dopo aver ricostruito il quadro normativo in materia, ha così statuito: "La norma (art. 10 d. lgs. 153/1999), attraverso un dettato non del tutto organico sul piano letterale, ha dunque introdotto un preciso ed unico precetto, per il quale, le fondazioni che rispondano ai requisiti puntualizzati dall' art.10 cit. - ma evidentemente esse soltanto, dato che unicamente di esse è fatta menzione - devono considerarsi soggette al regime di vigilanza ministeriale, non solo per l'intero periodo di attesa della riforma della normativa incidente sulla autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al libro I titolo II del codice civile, ma altresì, anche "successivamente" ad essa.

La disposizione in esame quindi si caratterizza per il precetto che introduce, e secondo il quale, sia all'atto della emanazione del Dlgs. 153/ 1999, ma altresì - e si noti bene - anche dopo di esso, non possa essere introdotta, in alcuna sede normativa e quindi nemmeno nel contesto della emananda disciplina della autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile, nessuna disposizione dissonante rispetto al conferimento di

vigilanza al Ministero dell' Economia e Finanze, stabilita perciò , in via definitiva ed incontestabile , per tutte le fondazioni bancarie rispondenti ai presupposti di inerenza con l'ente conferitario e per tale ragione, divenute - esse - speciali rispetto alle ex bancarie ... omissis“.

Questa, dunque, l'interpretazione della norma offerta dal Giudice amministrativo, interpretazione che, si sottolinea, corrisponde fin qui in verità alla mera interpretazione letterale del primo comma dell'art. 10 del d.lgs.153.

Senonché, la sentenza si spinge oltre, giungendo ad affermare che le fondazioni non più bancarie sono del tutto assimilabili al genere delle fondazioni di diritto comune, con la conseguenza che, poiché secondo il Giudice amministrativo il DPR 361/2000 realizza l'attesa riforma del controllo sulle fondazioni di diritto comune, a tali fondazioni si debba applicare, ex art.10, comma 1, d.lgs.153/1999, la disciplina recata dal DPR medesimo.

Ne deriva, dunque - si noti bene - che le fondazioni non più bancarie, così come le fondazioni di diritto comune, sono sottoposte esclusivamente alla vigilanza prefettizia, secondo i contenuti di cui al DPR 361/2000.

In altri termini, con la sentenza in esame il Giudice amministrativo ritiene che per le fondazioni non più bancarie venga meno anche l'applicazione dei comma 2 e 3 dell'art.10, nonché l'art.11, del d.lgs.153/1999 ossia vengano meno in toto i contenuti tipici della funzione di vigilanza come voluti dal legislatore “ fondatore”, e non venga meno, invece, solo la mera spettanza della funzione in capo al Ministero dell'economia.

In tal senso si legge, infatti, nella sentenza in commento: *”Si può pertanto affermare che il legislatore del D.lgs. 153, non si era interessato al tema della vigilanza, se non al riguardo delle fondazioni bancarie che, all'epoca della sua emanazione, rispondevano ai fattori caratterizzanti di cui all'art.10, così consentendo implicitamente per ogni altra fondazione, anche se di pregressa origine bancaria , la sottoposizione ad altro regime di vigilanza che, benché imprecisato ed ancora da stabilirsi, non poteva indubbiamente ritenersi assegnato al Ministero dell' Economia e Finanze, essendo esso previsto - nel presente come per il futuro - per gli organismi individuati dall'art. 10 ma per essi soltanto.*

Ed infatti il disposto dell'art.10 , per quanto rileva ai fini della causa , si richiamava specificamente, non ad una nuova disciplina sostanziale delle fondazioni, fossero esse bancarie, ex bancarie o altro, ma specificamente ad una futura, generica individuazione della autorità di controllo sugli organismi contemplati nel libro I titolo II c.c.

Non si registra pertanto alcun riferimento ad altro che non a quel canone di vigilanza che sarebbe stato ivi previsto in via generale, dunque per tutte le fondazioni disciplinate dal codice civile , sempre restando inderogabile il dettato dell'art.10 in ordine agli enti in esso contemplati in ragione della permanenza del vincolo di collegamento con l' istituzione bancaria (e vedasi anche art. 2, lettera l), L. 23. 12. 1998 n.461).

La tutela da assegnare alle fondazioni estranee all'art. 10 sarebbe stata quindi coincidente con quella da istituire per le persone giuridiche di cui al c.c..

Per quanto detto, deve ritenersi che essendo intervenuto il DPR 10 febbraio 2000 n. 361, che ha recato le previste ed attese innovazioni sulle fondazioni alle quali il Libro I titolo II c.c. si riferisce, si sia esaurientemente realizzato quanto derivava dall'art.10 suddetto per la generalità delle fondazioni, comprese quelle “non più bancarie”.

Ma si deve considerare che anche tale sopravvenienza di diritto è finanche formalmente e sostanzialmente irrilevante per quanto riguarda il tema in esame, giacché l'art. 10 avendo ormai specificamente provveduto al riguardo delle fondazioni bancarie collegate agli enti conferitari e stabilito il loro regime tutorio , restava indifferente rispetto alla nuova disciplina della autorità di controllo sulle fondazioni di cui al titolo secondo del libro primo del codice civile.

Dunque a prescindere da quale potesse essere il futuro regime di vigilanza per gli enti di cui al titolo II del libro I c.c., con l'art 10 restava interdetta ogni possibile compromissione per le fondazioni contemplate in tale norma.

Sembra infatti certo che ove il legislatore avesse inteso assegnare al Ministero dell' Economia e Finanze una vigilanza indiscriminata su tutte le c.d. fondazioni bancarie (ed ex bancarie), lo avrebbe fatto nell'art. 10 citato ricomprendendole nella loro generalità , senza invece delimitarne l'ambito ad alcune soltanto, individuate in base a puntuali caratteri distintivi ed esclusivi di esse.

Restava dunque affidata al legislatore successivo , la previsione del futuro peculiare regime delle altre fondazioni ex bancarie , ormai del tutto assimilabili a quelle del c.c. e per le quali ha successivamente provveduto il regolamento 361/2000 , senza il quale le funzioni tutorie non sarebbero state esercitabili a causa di un vuoto legislativo.” La sentenza, infine, concludendo: *“Ed è pertanto assolutamente certo che l'autorevole vigilanza prefettizia, necessariamente sopravveniente, laddove non si intenda lasciare gli organismi in parola privi di tutela, è del tutto idonea a realizzare la necessaria sovrintendenza sulla gestione sull'attività delle fondazioni, quale che possa essere l'origine e derivazione dal passato”.*

3.2. Ebbene, la sentenza in commento è, certo, del tutto condivisibile laddove riconosce il nucleo essenziale stabilito dal legislatore “fondatore” in tema di inderogabile spettanza della funzione di vigilanza in capo al Ministero dell'economia e delle finanze per le fondazioni bancarie.

Non così automatica pare invece, a parere di chi scrive, l'attribuzione alle Prefetture della funzione vigilanza per le fondazioni non più bancarie secondo i contenuti di cui al DPR 361/2000. E ciò in quanto le fondazioni non più bancarie non appartengono al genere delle fondazioni di diritto comune, costituendo piuttosto una specie specifica, quella delle fondazioni legali ex d.lgs.153/1999, come del resto riconosciuto dalla Corte costituzionale, “specie” per la quale, dunque, non trova applicazione il DPR 361/2000 (e così ai sensi dell'art.9 del medesimo, che declina la propria applicabilità per le istituzioni a regime speciale).

In altri è più chiari termini, proprio la volontà espressa dal legislatore “fondatore” a mezzo dell'art. 10, comma 1, d.lgs. 153/1999, impone al successivo legislatore “conformatore”, una volta che sia compiuto il processo di dismissione delle partecipazioni nella società bancaria, da un lato, di attribuire ad altra Autorità - diversa dal ministero dell'Economia e delle finanze - la funzione di vigilanza delle fondazioni non più bancarie, dall'altro, di mantenere però anche per esse i contenuti tipici della funzione, come tracciati agli artt.10, comma 2 e 3, e 11 dal legislatore del 1999.

Certo, oggi, preso atto che delle ottantotto fondazioni già di origine bancaria, diciotto non detengono più partecipazioni

nelle banche conferitarie - mentre, per le rimanenti, cinquantacinque detengono una quota di minoranza e quindici (per esplicita autorizzazione legislativa ad hoc) una quota maggioritaria (dati ACRI settembre 2010) - l'applicazione dell'articolo 10, comma 1, viene a comportare un vuoto legislativo, vuoto che, quindi, il legislatore deve oggi riempire di contenuti, mantenendo però fede al regime speciale proprio ex d.lgs. 153 dell'intera "specie" delle fondazioni legali in esame. Dunque, se è certo che il legislatore, come correttamente statuito dal Giudice amministrativo, proprio in ottemperanza all'art. 10, comma 1, d. lgs. 153/1999, è oggi chiamato a legiferare, attribuendo la spettanza della funzione di vigilanza per le fondazioni non più bancarie ad apposita Autorità, altrettanto certo è che, anche per tali fondazioni, valgono quei contenuti tipici della funzione voluti dal legislatore fondatore ex comma 2 e 3 art.10, nonché art 11, d.lgs. 153. E ciò per il regime comunque speciale delle fondazioni già di origine bancaria ossia per quel loro appartenere all'organizzazione delle libertà sociali, organizzazione chiamata ad attuare il principio di sussidiarietà orizzontale. Principio, quest'ultimo, che, come meglio esporremo infra, impone non tanto la vigenza di strumenti elettivi di democrazia partecipativa, quanto piuttosto la verifica, a mezzo di uno stringente controllo di legittimità, del rispetto del principio di legalità, quale strumento, questo sì, di democrazia.

4. Senonché, il legislatore è successivamente intervenuto in materia, cogliendo l'occasione impropria della legge finanziaria per fornire una pretesa interpretazione autentica dell'art. 10, comma 1, d.lgs. 153/1999.

Invero, il legislatore pare aver frettolosamente - si noti che la sentenza supra richiamata nemmeno era in giudicato (sic!) - azzerato quella parte dell'art.10, comma 1, d.lgs.153/1999, che, per volontà del legislatore "fondatore", sottraeva le fondazioni divenute non più bancarie dalla sfera di vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze. Diversamente legiferando, con un intervento, certo, più organico e soprattutto nel pieno dovuto rispetto della volontà del fondatore, il legislatore ben poteva (e ancora ben può) attribuire ad apposita Autorità le funzioni di vigilanza sulle fondazioni non più bancarie, interpretando, così sì, autenticamente l'art.10, comma 1, d.lgs. 153/1999.

4.1. Ma andiamo con ordine e vediamo i contenuti della recente disposizione.

Ebbene, l'art.52, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*", titolato "*Fondazioni bancarie*", così dispone: "*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 Ministero dell'economia e delle finanze anche dopo l'istituzione dell'autorità di cui al primo periodo.*"

Seguono, lo si rileva per inciso, ai comma 1 bis, 1 ter, 1 quater e 1 quinquies, ulteriori disposizioni, rispettivamente, in materia di: estensione anche al 2010 dei criteri di valutazione dei titoli non immobilizzati di cui alla legge 2/2009; quota percentuale, pari al 15%, del patrimonio da investire in immobili diversi da quelli strumentali, ipotesi di incompatibilità fra esercizio di funzioni nella fondazione e nella banca conferitaria, relazione annuale dell'autorità di vigilanza al Parlamento avente ad oggetto l'attività svolta dalle fondazioni nell'anno precedente.

Dunque, come emerge dalla lettura della disposizione supra riportata, la pretesa interpretazione autentica dell'art.10, comma 1, d.lgs.153/1999, tale non è !

La "nuova" disposizione viene, invero, ad attribuire la funzione di vigilanza in capo al Ministero dell'economia e delle finanze sia per le fondazioni bancarie, come ex art.10 già era, sia per le fondazioni divenute non più bancarie, come secondo la lettera dell'art.10 - e, dunque, la volontà del "fondatore" - non era.

Disposizione transitoria, si dirà, in attesa della riforma del Titolo II del Libro I del codice civile.

Certo, ma comunque tale disposizione intanto nega il contenuto dell'art. 10, comma 1, del d.lgs. 153/1999, come voluto dal legislatore "fondatore", facendo sorgere di conseguenza qualche dubbio sulla legittimità costituzionale della medesima.

5. Dunque, la sentenza del Giudice amministrativo ha correttamente registrato come, nel rispetto del disposto originario dell'art.10, comma 1, d.lgs.153/1999, si sia creato un vuoto legislativo in merito alla spettanza della funzione di vigilanza sulle fondazioni divenute non più bancarie.

Vuoto che, secondo la medesima sentenza, risulterebbe colmato dal DPR 361/2000, sul presupposto che le fondazioni non più bancarie siano fondazioni di diritto comune.

Mentre, secondo il legislatore successivamente intervenuto ex art. 52, comma 1, legge 122/2010, il medesimo vuoto legislativo nemmeno sussisterebbe, e ciò in nome di una pretesa interpretazione autentica dell'art.10, comma 1, d.lgs. 153/1999 a mente del quale la vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze trova esplicitazione rispetto alla specie delle fondazioni già di origine bancaria, indipendentemente dalla circostanza che le medesime si qualificano oggi come bancarie ovvero come non più bancarie.

Senonché, ad opinione di chi scrive, così non è, tanto nell'uno quanto nell'altro caso.

E ciò in quanto è nel quadro della medesima fonte istitutiva - il d.lgs.153/1999 - che va ricercata la ratio che deve, secondo costituzionalità, guidare il legislatore nello stabilire a chi spetti la funzione di vigilanza, appunto, per le fondazioni non più bancarie; fondazioni legali di diritto speciale, per le quali, dunque, non si ritiene possa trovare applicazione il DPR 361/2000 (ex art.9 del medesimo). Ma per le quali nemmeno può sic et simpliciter perpetuarsi la spettanza della funzione di vigilanza

in capo al Ministero dell'economia e delle finanze, indipendentemente dal loro non essere più bancarie, tradendo così la lettera dell'art.10, comma 1, d.lgs.153/1999.

Ebbene, la ratio, che deve guidare il legislatore "conformatore" chiamato a colmare il vuoto legislativo, va ricercata nel loro essere "soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali" ossia soggetti che, superando la dicotomia pubblico/privato, danno voce al principio di sussidiarietà orizzontale, principio che, nel frattempo, la riformata Costituzione è venuta ad esplicitare, ma che, peraltro, da sempre il disegno costituzionale ospitava nei principi sanciti agli articoli 2, 3 e 18, anche se dapprima orientato secondo il carattere confessionale dello Stato, ed in seguito, dopo i Patti Lateranensi, riletto alla luce della laicità dello Stato.

Proprio la sussidiarietà orizzontale pare fornire la chiave di lettura del "caso" delle fondazioni non più bancarie, nella misura in cui tale principio impone di superare la netta distinzione pubblico/privato in favore di un terzo genere, il privato sociale.

E' così, infatti, che, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, a mente del quale il privato è chiamato ad affiancare l'amministrazione pubblica nel soddisfacimento delle esigenze collettive, il legislatore è legittimato a tracciare i confini (speciali) dell'esplicazione di quella attività che le fondazioni, soggetti privati (appunto speciali), sono chiamate a realizzare, nel rispetto però, entro quei confini, della libera autodeterminazione delle fondazioni medesime.

In tal senso, dunque, le libertà sociali vengono ad esplicarsi secondo il principio di sussidiarietà orizzontale. Di tal che l'autonomia privata viene a godere di un valore *legislativamente* aggiunto per il miglior soddisfacimento delle esigenze collettive.

Ulteriormente precisando, proprio in nome del principio di sussidiarietà orizzontale, il legislatore "fondatore" è legittimato ad indirizzare l'esplicazione dell'autonomia privata propria delle fondazioni verso la realizzazione di utilità generali.

Dunque, l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale non può, invero, leggersi come una mera estromissione del "pubblico" in favore del "privato" per il soddisfacimento di esigenze della collettività. Il "privato", a cui il principio fa riferimento, affonda le proprie radici in quella società civile che trova espressione, prima ancora che nel momento soggettivo inteso quale spontanea azione altruistica, nel momento oggettivo inteso come modulo organizzativo strumentale all'esplicazione di uno scopo, ossia di una funzione, di utilità sociale. In tal senso, allora, trattasi di "altro" privato: è un privato che, appunto, denominiamo sociale.

Ed in tal senso, lo Stato, ossia l'ordinamento generale, è legittimato a dettare talune regole (speciali) al fine di tracciare i profili propri del momento oggettivo dell'ordinamento singolare del privato sociale, lasciando poi in capo all'autonomia dell'ordinamento singolare l'esplicazione della specifica funzione di pubblica utilità che quell'ordinamento viene a darsi, ma non potendo mancare altresì, in nome del principio di legalità, di imporre un momento di controllo di legittimità espressione della democraticità dell'ordinamento speciale attribuito al soggetto.

Ecco, allora, che si impone un momento di controllo del rispetto da parte di ciascuna fondazione legale dei tratti tipici del regime speciale, ex d.lgs. 153/1999, alla quale la medesima inderogabilmente appartiene.

In via incidentale si rileva come trattasi, ovviamente, di controllo "esterno" di legittimità; rimando in capo alle fondazioni medesime la possibilità di darsi forme di controllo "interno" di merito, magari a mezzo della istituzione di apposita Consulta, organo emanazione della struttura associativa delle fondazioni stesse.

In altri termini, per le fondazioni non più bancarie, fondazioni legati a regime speciale, chiamate a realizzare "l'utilità sociale" voluta dal legislatore "fondatore", il dovuto rispetto del principio di legalità impone non tanto strumenti elettivi di democrazia partecipativa, propri degli enti espressione di sussidiarietà verticale, quanto strumenti di verifica esterna del rispetto da parte della fondazione delle regole dettate dal fondatore ossia delle regole di cui al d.lgs. 153/1999.

Ne deriva che, per le fondazioni non più bancarie, la spettanza della funzione di vigilanza dovrebbe essere attribuita ex lege ad una apposita Autorità indipendente - all'interno della quale potrebbe venir rappresentato anche il mondo associativo delle fondazioni stesse, magari per il tramite di un membro della suddetta Consulta, organo di controllo interno.

In tal modo il dovuto rispetto del principio di legalità troverà piena garanzia nei contenuti della funzione di vigilanza, come voluti dal legislatore "fondatore" ex art.10, comma 2 e 3, e art.11 d.lgs.153/1999.

Attendiamo, dunque: il "corso" del legislatore de jure condendo ovvero, come non ci si augura, eventuali "ricorsi" per verificare la legittimità dell'operato "interpretativo" del legislatore de jure condito.

(pubblicato il 22.11.2010)

