

# LE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA AL VAGLIO DEL GIUDICE DELLE LEGGI: ENTI PRIVATI A « STATUTO SPECIALE »

Corte cost., 29 settembre 2003, n. 300, e Corte cost.,  
29 settembre 2003, n. 301,  
(pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 1° ss., n. 40, dell'8 ottobre 2003)

di  
ANDREA MALTONI  
(dell'Univ. di Ferrara)

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Da enti pubblici conferenti ad enti aventi natura giuridica privata. – 3. Le fondazioni di origine bancaria: soggetti dell'organizzazione delle « libertà sociali ». – 4. *Segue:* enti privati che non sono organismi di diritto pubblico. – 5. *Segue:* perdita della qualifica di enti costitutivi dell'ordinamento creditizio come conseguenza della trasformazione in persone giuridiche private. – 6. Alcune questioni di costituzionalità attinenti al tema delle limitazioni ammissibili all'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni di origine bancaria. – 7. *Segue:* altre rilevanti dichiarazioni della Corte di accoglimento e di rigetto, che contribuiscono a lumeggiare i contorni dell'autonomia statutaria e gestionale riconosciuta a tali enti fondazionali. – 8. Le fondazioni di origine bancaria: enti privati a « statuto speciale ». – 9. *Segue:* sono enti privati di interesse pubblico?

1. – Con le sentenze in epigrafe la Corte costituzionale torna ad occuparsi della vicenda delle fondazioni di origine bancaria dopo che in argomento era, di recente, nuovamente intervenuto il legislatore <sup>(1)</sup> per modificare l'impianto normativo che si riteneva avesse conferito una definitiva sistemazione alla materia <sup>(2)</sup>. Si tratta, per vero, di due decisioni da tempo attese <sup>(3)</sup>, che finalmente fanno luce su alcune tra le più controverse questioni riguardanti la tormentata disciplina delle fondazioni di origine bancaria <sup>(4)</sup>.

Non vi è dubbio, infatti, che al di là delle importanti ma limitate dichiarazioni di incostituzionalità – considerata la mole delle questioni di legittimità costituzionale sollevate – pronunciate dal giudice delle leggi, tali decisioni hanno il pregio di chiarire l'interpretazione conforme a Costituzione di alcune piuttosto oscure disposizioni del d.lgs. n. 153/99, in seguito alle modifiche e integrazioni allo stesso apportate dall'art. 11 della l. n.

<sup>(1)</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'art. 11 della l. n. 448/01.

<sup>(2)</sup> Com'è noto tale *corpus* normativo è costituito dalla l. n. 461/98 e dal d.lgs. n. 153/99.

<sup>(3)</sup> Per un primo commento a tali decisioni v.: NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine bancaria nell'« ordinamento civile »: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1576 s.; CLARICH e PISANESCHI, *Fondazioni bancarie: ultimo approdo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1264 s.

<sup>(4)</sup> Su cui, di recente, v. anche COSULICH, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato. Due questioni di fine secolo*, Milano, 2002.

448/01 (legge finanziaria per il 2002). Occorre avvertire che si tratta per lo più di giudizi con cui si dichiara la non fondatezza di questioni di costituzionalità ascrivibili al tipo delle pronunzie interpretative di rigetto, che, com'è noto, vincolano soltanto il giudice *a quo* e la cui più ampia portata è condizionata al fatto che i giudici comuni si adeguino all'interpretazione accolta dalla Corte.

È però il caso di sottolineare che ancorché, in non pochi casi, le disposizioni impugnate siano salvate dalla declaratoria di incostituzionalità, l'interpretazione proposta dalla Corte se ha il pregio di delimitare in modo più preciso il contenuto semantico delle stesse disposizioni, rende di fatto superabili o quanto meno ridimensiona i dubbi di costituzionalità sollevati al riguardo.

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

Dal punto di vista metodologico, nell'economia del presente commento, ci si soffermerà soltanto sulle diverse questioni di costituzionalità esaminate dalla Consulta, in un caso, in sede di giudizio in via d'azione e, nell'altro, nell'ambito di un giudizio in via incidentale – non anche su quelle sollevate dalle parti che non hanno superato il vaglio del giudice *a quo*, incentrato sui presupposti della rilevanza e della non manifesta infondatezza – raggruppandole per ordine di attinenza ai temi toccati, in modo da rendere più intelligibile la portata delle statuizioni dei giudici di costituzionalità. Verranno, pertanto, considerate le censure esaminate nella prima decisione (la n. 300) congiuntamente a quelle affrontate nella seconda (la n. 301), accomunate in ragione degli argomenti trattati.

Deve altresì avvertirsi preliminarmente che, considerata la laconicità di alcuni passaggi argomentativi, contenuti nelle pronunzie che qui si annotano, al fine di ricostruire *funditus* il contesto all'interno del quale si collocano le soluzioni accolte dalla Corte con riferimento alle varie questioni sottoposte al controllo di costituzionalità – si noti, al riguardo, che sono state respinte, nella sent. n. 301, tutte le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Avvocatura di Stato occorre attentamente esaminare alcuni dei percorsi motivazionali seguiti dai giudici di rinvio nelle ordinanze di rimessione alla Corte.

Ciò permesso, va osservato che tre sono, in particolare, i temi, che si presentano peraltro correlati, attorno a cui ruota la prima decisione, nonché alcune delle questioni esaminate con la seconda: la natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria; la sussistenza o meno di un vincolo genetico e funzionale tra tali soggetti e le società bancarie conferitarie, dopo la loro trasformazione in persone giuridiche private, allorché continui a permanere una partecipazione rilevante nelle medesime società; la determinazione del/i soggetto/i istituzionale/i (Stato e/o regioni) cui spetta la competenza legislativa in materia.

Nella pronunzia n. 301 viene inoltre affrontata un'altra serie di questioni che possono ricondursi al tema dell'autonomia statutaria e gestionale riconosciuta a detti enti fondazionali, tra cui, limitandosi a quelle di maggior rilievo, possono segnalarsi: la delimitazione dei poteri di controllo attribuiti all'autorità di vigilanza; la nozione di controllo sulle società bancarie conferitarie, allorché esso sia esercitato congiuntamente da un pluralità di fondazioni; il concetto di enti rappresentativi delle diverse

realtà locali; il divieto per i soggetti cui spettano compiti di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo presso la fondazione di esercitare poteri di amministrazione, direzione o controllo presso le società bancarie conferitarie, o altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo.

2. - Com'è noto, la riforma Amato-Carli, realizzata con la l. 30 luglio 1990, n. 218, e il decreto di attuazione 20 novembre 1990, n. 356, che interessò tutti gli enti pubblici creditizi - segnatamente gli Istituti di credito di diritto pubblico (Banco di Napoli, Banco di Sicilia, Banca Nazionale del Lavoro, Istituto Bancario S. Paolo di Torino, Monte dei Paschi di Siena <sup>(5)</sup> e Banco di Sardegna <sup>(6)</sup>), le Casse di Risparmio, gli Istituti di credito e le Sezioni di credito speciale di natura pubblica <sup>(7)</sup> - indusse soltanto una parte di essi a seguire il procedimento di scorporo dall'ente pubblico creditizio e di conferimento dell'azienda bancaria in una società conferitaria, che, benché non potesse comportare la scomparsa dell'ente originario, determinò la perdita dei caratteri di ente pubblico economico, sicché questo venne ad assumere la nuova veste di ente conferente e, in seguito, di fondazione di origine bancaria.

Vi è da osservare, a questo riguardo, che con la l. n. 218/90 - il cui ambito di applicazione riguardava gli enti pubblici creditizi operanti sia nel breve che nel lungo e medio termine, a struttura associativa e istituzionale, e persino le casse comunali di credito agrario e i monti di credito su pegno di seconda categoria <sup>(8)</sup> - si posero le premesse per consentire,

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

<sup>(5)</sup> V. l'art. 25 della l. 7 marzo 1938, n. 141, di conv. in legge con mod. del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375.

Per un'analisi delle vicende storiche degli istituti di credito di diritto pubblico v.: ROFFI, *Contributo allo studio degli istituti di credito di diritto pubblico di cui all'art. 25, comma 1° della legge bancaria*, in *Dir. economia*, 1968, p. 284 ss.; RATTI, voce « Banca Nazionale del Lavoro », in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, p. 7 ss.; CAPOBIANCO, voce « Banco di Napoli », *ivi*, p. 16 ss.; SAVAGNONE, voce « Banco di Sicilia », *ivi*, p. 20 ss.; MAZZARELLA, voce « Banco di Sicilia », in *Novissimo Digesto it., App.*, Torino, 1980, p. 707 ss.; JONA, voce « Istituto Bancario San Paolo di Torino », in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 64 ss. Sul Monte dei Paschi di Siena, v. BONADUCE, *Dell'autonomia normativa degli istituti di credito di diritto pubblico*, Milano, 1984, spec. p. 65 ss.; ESPOSITO, voce « Monte dei Paschi di Siena », in *Enc. del dir.*, XXIV, Milano, 1975, p. 905 ss.

<sup>(6)</sup> V. l'art. 15 del d.lgs. 28 dicembre 1944, n. 417.

<sup>(7)</sup> Sul processo di riforma che ha coinvolto anche questi istituti di credito pubblici, v. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994, p. 227 ss. Più in generale, sulle sezioni di credito speciale v.: PALMIERI, *Sulla soggettività degli Istituti di credito e delle loro Sezioni*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1976, II, p. 142 ss.; OPPO, *Sulla « autonomia » delle Sezioni di credito speciale*, *ivi*, 1979, I, p. 1 ss.; COSTI, *Sulla nozione di crediti speciali*, in *Le Istituzioni finanziarie degli anni '80*, Bologna, 1984, p. 189 ss.; GALGANO, *Sezioni di credito speciale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 959 ss.

<sup>(8)</sup> Nell'ambito della eterogenea categoria degli enti pubblici creditizi possono peraltro distinguersi quattro tipologie: gli enti pubblici-fondazione in senso proprio, quelli costituiti in forma associativa - « che dell'associazione non hanno la sostanza ma soltanto la forma, la veste esterna », come le Casse di risparmio che hanno una compagine sociale -, quelli con fondo di dotazione a composizione associativa, come ad es. la BNL e l'IMI,

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

senza imposizioni ma con incentivi soprattutto fiscali <sup>(9)</sup>, operazioni di fusione con altri enti creditizi, nonché di trasformazione diretta degli enti con fondi di dotazione a composizione associativa e di conferimento totale o parziale dell'azienda bancaria nel caso degli enti di tipo istituzionale <sup>(10)</sup> in società per azioni esercenti il credito <sup>(11)</sup>. In particolare, la trasformazione diretta degli enti pubblici creditizi in società per azioni, nei casi in cui ciò era possibile, presupponeva la trasformazione delle quote di partecipazione al capitale delle banche pubbliche in partecipazioni azionarie e comportava il venir meno della possibilità di far sopravvivere, ancorché sotto mutate spoglie, l'originario ente pubblico creditizio. Tale scomparsa non si verificava, come si è anticipato, nel procedimento di scorporo e di conferimento dell'azienda bancaria, atteso che in questa ipotesi si aveva, come nella gemmazione <sup>(12)</sup>, una sorta di fuoriuscita dall'ente pubblico dell'azienda bancaria, che veniva conferita in una società per azioni, già

nonché, infine, di « enti pubblici del primo e del secondo tipo con partecipanti, proprietari di quote di partecipazione o di risparmio ». Tuttavia, secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 356/90, mentre quelli dei primi due tipi potevano « solo scorporare e conferire l'azienda bancaria a una società per azioni », quelli del terzo tipo potevano « trasformarsi o fondersi » e quelli del quarto tipo dovevano « convertire le quote in azioni », così CASSESE, *Il disegno dei provvedimenti di ristrutturazione delle banche pubbliche*, in *Banca impr. soc.*, 1991, p. 199.

<sup>(9)</sup> Per questo motivo la legge Amato-Carli era da includere tra le leggi « incentivo », v. sul punto PORZIO, *Appunti sulla « legge Amato »*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 805.

<sup>(10)</sup> Sulle operazioni per realizzare la ristrutturazione delle banche pubbliche v., ampiamente, DESIDERIO, *Le operazioni di trasformazione, fusione e conferimento per la ristrutturazione degli enti pubblici creditizi*, in AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica, Banca d'Italia*, gennaio 1992, p. 77 ss.

<sup>(11)</sup> Secondo la dottrina maggioritaria la società per azioni risultante dal processo di ristrutturazione doveva ritenersi una S.p.A. di diritto comune, cui era applicabile la disciplina generale di diritto societario, per quanto occorresse riconoscere che « la portata derogatoria, o se si vuole eccezionale » del regime normativo a cui risultava sottoposta tale tipo di società consisteva nella circostanza che fossero consentite operazioni che determinavano « il passaggio da ente pubblico economico a società per azioni », così FERRO LUZZI, *Da ente pubblico a società*, in ABI, *La ristrutturazione degli enti creditizi pubblici*, Roma, 1991, p. 129 ss.; in senso conforme anche, COSTI, *Le innovazioni del settore creditizio e societario*, in *Società*, 1991, p. 433 ss. Tuttavia, altra parte della dottrina dubitava che procedure di diritto speciale potessero « partorire istituzioni di diritto comune », sia perché alla luce del d.lgs. n. 356/90 venivano create società per azioni partecipate al livello di controllo da enti pubblici, il che si rifletteva, « nel sistema della normativa, sul regime di trasferibilità delle azioni », sia per il fatto che potevano avanzarsi perplessità sulla transitorietà delle eccezioni previste dalla legge di riforma rispetto alla disciplina codicistica, da individuarsi essenzialmente nella possibilità: di realizzare « fusioni «iper-eterogenee» fra enti pubblici e società bancarie », di costituire una società con atto unilaterale, nonché « di emettere (...) azioni di risparmio da parte di società non quotate », così BELLI, *Appunti sulla trasformazione per scorporo*, in AA.VV., *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni. Commento sistematico alla L. 218/90*, a cura di Rispoli Farina, Napoli, 1993, p. 142 ss.

<sup>(12)</sup> L'espressione è di MERUSI, *Tre obiettivi per un cannone: la c.d. privatizzazione delle banche pubbliche in Italia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, pp. 446-447. In altri termini, mentre nella trasformazione diretta degli enti pubblici creditizi in società per azioni si aveva un mero « cambiamento di forma e non di sostanza », nell'operazione di conferimento - possi-

esistente o creata con atto unilaterale. Con tale procedimento residuava dunque un ente pubblico che diveniva *holding*, avente come oggetto la gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie dirette e indirette e uno scopo che si doveva ispirare alle finalità originarie dell'ente creditizio. Divenne però chiaro con l'art. 12, comma 1°, lett. b), del d.lgs. n. 356/90, con cui si statuí il divieto per gli enti conferenti di esercitare in via diretta l'impresa bancaria, nonché di possedere partecipazioni di controllo nel capitale di imprese bancarie e finanziarie diverse dalle società conferitarie – ma non di acquisire e cedere partecipazioni di minoranza al capitale di altre imprese bancarie e finanziarie<sup>(13)</sup> – che veniva meno la possibilità, in tal modo contravvenendo al dato letterale della l. n. 218/90, che si costituissero *holding* miste<sup>(14)</sup> in funzione di capogruppo di un gruppo polifunzionale<sup>(15)</sup>. Il fatto poi che il d.lgs. n. 356/90 utilizzasse la locuzione « amministrazione » al posto di « gestione » (cui faceva riferimento la leg-

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

bile anche per gli enti il cui fondo di dotazione fosse a composizione associativa – si veniva a creare due soggetti anche se non si scioglieva « il rapporto di immedesimazione fra ente pubblico e banca ». Osservava, inoltre, l'A., che ad eccezione degli istituti di credito di secondo grado – come ad esempio quelli che esercitavano il credito agrario – il processo di ristrutturazione passava inevitabilmente attraverso lo scorporo dell'azienda bancaria e il conferimento della stessa in una società per azioni, in quanto tale procedimento permetteva la rivalutazione dei beni aziendali « e perciò l'aumento, attraverso l'aumento del patrimonio di riferimento, dei coefficienti di solvibilità utilizzati dalle autorità di vigilanza bancaria, e dal fondo interbancario di garanzia dei depositi ». Sulla riforma delle banche pubbliche in Italia, v. anche CAMMARANO, *La riforma bancaria del 1990: un'analisi della sua preparazione*, in AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica, Banca d'Italia*, gennaio 1992, in partic. p. 44 ss.

<sup>(13)</sup> Si interpretò tale disposizione ritenendo legittimo il possesso di partecipazioni di minoranza che non fossero di controllo, atteso che anche partecipazioni di minoranza in una *holding* di banche, ogni qual volta siano connesse ad un sindacato di voto, devono considerarsi di controllo *ex art. 2359 c.c., v.*, sul punto: PREDIERI, *La legge Amato nel processo di riassetto normativo dei mercati creditizi e finanziari*, in AA.VV., *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge n. 218/90*, a cura di Amorosino, Milano, 1991, pp. 189-190.), in senso conforme anche GENTILI, « *Enti conferenti e gestione della partecipazione bancaria* », in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1994, p. 49.

<sup>(14)</sup> Il fatto che nella legge Amato-Carli, *ex art. 2, comma 1°, lett. c)*, si statuisse che oggetto dell'ente conferente doveva essere « la gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette e indirette », non poteva, invero, indurre ad escludere che si costituissero anche *holding* miste oltre che pure. Un tale assunto trovava fondamento anche nella disposizione di cui all'art. 2, comma 1°, lett. a), di tale legge, che rimetteva ai decreti di attuazione la previsione di norme dirette a consentire agli enti creditizi pubblici il conferimento dell'azienda, « anche ripartendolo in più fasi, e di continuare eventualmente attività residue ».

<sup>(15)</sup> Cfr. ROVINI, *Le operazioni di ristrutturazione e gli enti conferenti*, in AA.VV., *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, cit. p. 166 ss. Tale dissonanza tra la legge Amato-Carli e il d.lgs. n. 356/90, faceva, peraltro, « sorgere dei dubbi di legittimità costituzionale del decreto stesso », così PORZIO, *op. cit.*, p. 806. *Contra* RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia. Dalla « rivoluzione silenziosa » alla legge Amato*, *ibidem*, cit., p. 35, nt. 73, la quale rilevava che, poiché nello schema, allegato alla Relazione al d.d.l. Amato-Carli, della Commissione finanze della Camera dei deputati, si configurava l'ipotesi che l'ente conferente non fosse mai al vertice del gruppo creditizio, ma semplicemente detenesse partecipazioni nella *holding* capogruppo del gruppo creditizio, non poteva ravvisarsi alcuna contraddizione tra tale d.d.l., la l. n. 218/90 e il d.lgs. n. 356/90.

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

ge di delegazione) della partecipazione nella società bancaria conferitaria, indusse autorevole dottrina a configurare l'ente conferente come ente *rentier* (16), taglia-cedole delle partecipazioni azionarie in suo possesso, considerato che non poteva più svolgere un ruolo di *holding* del gruppo bancario (17). Pur condividendo, nella sostanza, tale impostazione si evidenzia altresì che, nell'ambito del concetto di amministrazione della partecipazione maggioritaria, dovevano adeguatamente considerarsi gli effetti conseguibili mediante l'esercizio dei diritti inerenti al pacchetto azionario di controllo. Occorreva, infatti, riconoscere che l'ente conferente assumeva, di fatto, il ruolo di *holding* sostanziale del gruppo creditizio, essendo sufficiente « ad integrare un fenomeno di gruppo, l'influenza dominante che il soggetto controllante esercita sulla controllata semplicemente avvalendosi dei poteri "istituzionali" di socio di maggioranza » (18). In tale pro-

(16) Cfr. CASSESE, *La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti*, in AA.VV., *La legge 30 luglio 1990*, n. 218, Roma 1991, p. 30. Contra CUOCOLO, *Aspetti giuridici delle Fondazioni Casse di Risparmio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 358 ss.

(17) Cfr. CASSESE, *Il disegno dei provvedimenti di ristrutturazione delle banche pubbliche*, in AA.VV., *La ristrutturazione degli enti creditizi pubblici*, Roma, 1991, p. 123; PORZIO, *op. cit.*, p. 807; ROVINI, *op. cit.*, p. 172 ss.; MERUSI, *Metamorfosi degli enti pubblici creditizi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 9-10, secondo il quale poiché nell'amministrazione del pacchetto azionario di maggioranza necessaria doveva farsi rientrare anche la nomina degli amministratori - « ed è noto che per esercitare le funzioni di *holding* è certo più efficace l'immedesimazione organica che non il potere di emanare direttive » - poteva ritenersi che « la dissociazione fra ente pubblico e società bancaria » sarebbe divenuta « un fatto organizzativo puramente formale », tale da rendere vana ogni disquisizione se l'ente pubblico scorporante acquistasse o meno la funzione di *holding*.

(18) Così MAZZINI, *Gli enti pubblici conferenti: « taglia-cedole » o « holdings sostanziali » dei gruppi bancari?*, in AA.VV., *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, cit., pp. 186-187, il quale osservava, inoltre, che se « la direzione unitaria », caratterizzante il concetto di gruppo, poteva considerarsi « un elemento ulteriore rispetto al rapporto di controllo e qualificabile in termini di "effettività" di quella influenza dominante che il controllo rende solo potenziale o, comunque, che l'esistenza del gruppo presupponga un tipo di collegamento qualitativamente diverso dal controllo stesso, richiedendo che quest'ultimo imponga una ingerenza che non sia limitata alla scelta dei componenti gli organi gestori delle società controllate (...) ma investa fondamentali momenti dell'attività di queste (quali la formulazione delle strategie generali, l'adozione delle più rilevanti decisioni operative, la scelta dei dirigenti, ecc.) », non era da escludersi, almeno a priori, che l'ente pubblico assumesse il ruolo di *holding*. In senso conforme, in ordine alla possibilità che l'ente conferente potesse indirizzare le scelte della società conferitaria bancaria, in quanto titolare della partecipazione maggioritaria, anche: MACCARONE, *Il procedimento e le società risultanti dalle operazioni di ristrutturazione*, in AA.VV., *La l. 30 luglio 1990*, n. 218. *Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle Banche del Monte*, a cura dell'ACRI, Roma, 1991, p. 43 ss.; CAPRIGLIONE, *Evoluzione del sistema finanziario italiano e riforme legislative. Prime riflessioni sulla legge « Amato »*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 53. Secondo CUOCOLO, *op. cit.*, p. 353 ss., anche in considerazione del fatto che la legge n. 218/90, all'art. 2, comma 1°, lett. c), distingueva tra oggetto - da individuarsi nella « gestione delle partecipazioni bancarie e finanziarie dirette e indirette » - e finalità dell'ente, doveva prendersi atto che l'amministrazione di un pacchetto azionario di maggioranza, ancorché non interferisse « con l'autonomia gestionale della Banca e con la sua autonomia allocativa » comportava che l'azionista, proprietario dell'azienda, era chiamato in assemblea ad esprimere valutazioni e a dettare indirizzi ai quali l'azienda bancaria doveva necessariamente adeguarsi, né d'altra parte poteva-

spettiva, veniva dunque a riconoscersi, nei rapporti tra ente conferente e società bancaria conferitaria, rilievo decisivo all'esercizio doveroso dei poteri sociali derivanti dalla partecipazione di controllo – non differendo in nulla l'amministrazione della quota « dalla fenomenologia comune a qualsiasi azionista di maggioranza » – in quanto la titolarità della stessa attribuisce « non il controllo sull'impresa, consistente nel potere di gestirla, ma sulla società » (19).

Giova al riguardo rilevare che, secondo la dottrina dominante e la giurisprudenza, potevano rinvenirsi nella disciplina positiva - si tenga presente che questa subirà negli anni successivi alcuni aggiustamenti e, soltanto nel 1998-1999, verrà sottoposta ad un ampio e incisivo processo di riforma – una serie di indici di pubblicità dell'ente conferente, tra cui in particolare: la qualificazione operata dalla legge che, al titolo III del d.lgs. n. 356/90, li definiva come enti pubblici conferenti, assegnando ad essi piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato (art. 11, d.lgs. n. 356/90); l'approvazione governativa degli statuti e del bilancio, il perseguimento di fini di interesse pubblico e di utilità sociale; la sottoposizione alla vigilanza del Ministero del tesoro nel cui ambito era possibile individuare ben otto forme di controllo (20).

Con riferimento a tale profilo la situazione muta significativamente, come ricorda la stessa Consulta, soltanto con la l. 23 dicembre 1998, n. 461 e il decreto di attuazione 17 maggio 1999, n. 153, dal momento che vengono, per la prima volta, individuati i requisiti e le condizioni, da recepirsi a livello statutario, che devono condurre al mutamento della natura giuridica: gli enti pubblici conferenti cessano, infatti, « di esistere come

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

no « obliterarsi gli altri poteri spettanti all'assemblea ordinaria e a quella straordinaria in materia di atto costitutivo », (cit., pp. 359-360).

(19) Così GENTILI, *op. cit.*, p. 53, il quale accoglie, su questo punto, la tesi di ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, pp. 116-117.

(20) In tal senso, *ex multis*, v. CASSESE, *La ricostruzione delle banche pubbliche e gli Enti conferenti*, cit., p. 34 ss.; CAMMARANO, *op. cit.*, p. 53 ss.; GALANTI, *Appunti sugli Enti conferenti*, cit., p. 50; MERUSI, *Natura, funzionamento e obiettivi delle fondazioni*, in *Il Risparmio*, 1994, p. 84 ss.; CUOCOLO, *op. cit.*, p. 356 ss.; CERULLI IRELLI, *Intervento in Atti del convegno, organizzato dall'ACRI, a Roma il 31 gennaio 1995*, su « Gli enti conferenti tra il pubblico e il privato: contributi e proposte », Roma, 1995, p. 90 ss.; LAMANDA, « *L'attuazione della direttiva Dini: tempi e procedure* », in *Atti del convegno di Lerici del 15-16 settembre 1995* su « La privatizzazione delle Casse di Risparmio », Lerici, 1995, p. 93 ss.; CLARICH, *Le fondazioni bancarie tra regole di diritto privato e disciplina del procedimento amministrativo*, in *Bancaria*, 1996, p. 22 ss. Si vedano poi in senso conforme a questo orientamento dottrinale: T.a.r. Lazio, sez. I, 26 luglio 1994, n. 1184, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995; II, p. 132 ss., con nota di GALANTI; Cons. St., sez. III, 28 maggio 1996, parere n. 771, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 1067 s.; Corte cost. sentt. nn. 500 del 1993, e 163 del 1995, rispettivamente in *Giur. it.*, 1994, I, c. 322 ss., con nota di NAPOLITANO, *La « crisi d'identità » delle Fondazioni Casse di Risparmio di fronte al giudice costituzionale*, e in *Foro it.*, I, 1996, c. 814 ss., con nota di PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie tra passato, presente e futuro*. Per tale qualificazione, anche dopo la riforma Ciampi, v. MERUSI, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 718; CLARICH e PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, 2001, p. 89; CAVALLO, *La natura giuridica delle fondazioni bancarie*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 613.

tali, dal momento dell'approvazione (...) delle modifiche statutarie rese necessarie per l'adeguamento alle nuove disposizioni e vengono trasformati in "fondazioni", "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 nei rispettivi statuti" » <sup>(21)</sup>.

A ben vedere, l'affermazione dell'avvenuta trasformazione in enti privati, in seguito all'approvazione ministeriale delle modifiche statutarie, è da ricollegare al riconoscimento che gli ex-enti conferenti sono enti istituiti con fonte legislativa. Come si legge anche nell'ordinanza di rimessione alla Corte del T.a.r. Lazio dell'8 febbraio 2003, n. 803, che ha occasionato il giudizio conclusosi con la decisione n. 301, « la stessa genesi e la natura attribuita a detti soggetti sono il risultato di una precisa (e libera) scelta del legislatore operata in virtù di un incontestato potere, che si sostanzia nella definizione del quadro normativo di principio, entro il quale le fondazioni stesse sono legittimate ad agire » <sup>(22)</sup>.

A conferma di tale rilievo può osservarsi che se il legislatore del '90 non avesse contemplato tra i procedimenti di trasformazione anche quello dello scorporo dell'azienda bancaria dall'originario ente pubblico creditizio – che, per alcuni tipi di enti pubblici creditizi, come si è detto, è divenuto l'unico praticabile – con la conseguenza di determinare la sopravvivenza di un ente pubblico conferente non più creditizio, nel nostro ordinamento non sarebbe comparsa tale particolare figura fondazionale, come, del resto, è ben dimostrato dal fatto che gli enti creditizi, aventi fondi di dotazione a composizione associativa, sono stati sottoposti a un processo di trasformazione che ha consentito di passare direttamente dalla forma dell'ente pubblico economico a quella della società per azioni bancaria.

Se ciò è esatto, può rilevarsi la sussistenza di un duplice nesso: da un lato, tra la loro genesi su base legislativa e la qualificazione come enti pubblici, e, dall'altro, tra questi due elementi-presupposto e la trasformazione degli enti conferenti in persone giuridiche private, ancorché sottoposte ad un regime di carattere speciale, in ragione della particolare conformazione legislativa della loro autonomia, che si giustifica in quanto tali enti sono tenuti a perseguire in via esclusiva fini di utilità sociale (nel cui ambito possono, invero, considerarsi assorbiti anche quelli di promozione dello sviluppo economico) in determinati settori, sicché possono ora annoverarsi tra i soggetti « dell'organizzazione delle "libertà sociali" » <sup>(23)</sup>. Tale

<sup>(21)</sup> V., sul punto, Corte cost. sent. n. 300 del 2003, § 5 del *considerato in diritto*.

<sup>(22)</sup> V., sul punto, T.a.r. Lazio, sez. III, ord. 8 febbraio 2003, n. 803, anche in *Appendice a Riforma costituzionale e nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di Bottari, Rimini, 2003, p. 181. Sottolinea tale profilo anche la ricorrente Regione Emilia-Romagna, come si desume dal § 5.3. del *ritenuto in fatto* della sent. n. 300/03, in cui si riporta che, ad avviso della stessa, le fondazioni « non sono entità create dalla legge utilizzando patrimoni privati, ma sono il portato di scelte legislative di modificazione del regime giuridico di preesistenti enti pubblici, il che rende pienamente legittimo che la legge regoli i fini, l'organizzazione e l'utilizzazione del patrimonio di queste strutture ».

<sup>(23)</sup> In questi termini si esprime il giudice delle leggi nella pronuncia n. 300/03.

sequenza è, del resto, ben espressa, in un altro passaggio argomentativo del medesimo giudice rimettente, in cui si riconosce che « alla legge, conseguentemente e coerentemente con la natura privatistica che essa stessa attribuisce alle fondazioni bancarie, va riconosciuto il potere di dettare le regole che facciano da cornice al libero esplicarsi dell'autonomia delle persone in questione, in funzione, appunto, del raggiungimento degli scopi, di rilievo sociale, ad esse attribuiti, regole che costituiscono (...) l'essenza della loro specialità » (24).

3. - Per vero, di non facile decodificazione è il riferimento al concetto, enucleato di recente dalla giurisprudenza costituzionale, della « libertà sociale », la cui garanzia troverebbe fondamento - almeno secondo quanto statuito dai giudici di costituzionalità nella sent. n. 50/98 - segnatamente negli artt. 2, 17 e 18 Cost. (25).

Non va però trascurato che tali coordinate costituzionali non sono più richiamate in modo espresso nella decisione n. 300/03, mentre viene sottolineato il collegamento con il principio della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4°, Cost. Tenendo conto di tale importante attenzione, sembra potersi riferire il concetto in parola a quanto di recente riconosciuto dal Consiglio di Stato in un importante parere reso proprio in materia di disciplina delle fondazioni di origine bancaria (26). Ci si riferisce, in particolare, all'affermazione secondo cui il principio della sussidiarietà orizzontale « produce implicazioni non meno rilevanti in tema di formazioni sociali, consentendo una lettura evolutiva dell'art. 18 Cost. che rispetto ai singoli, esse sono in grado di produrre mediante il potenziamento e la previsione di organizzazioni articolate e complesse, capaci di avvalersi dell'apporto diretto e/o indiretto degli associati o di terzi, per l'affermazione dei valori collettivi di cui si fanno portatrici » (27). Tale sarebbe, infatti, il portato dell'estensione dell'ambito di incidenza del citato principio alle disposizioni del titolo I, parte I, della Costituzione. A questo riguardo, rileva, in particolare, il processo di adeguamento interpretativo a cui viene sottoposto l'art. 18 Cost., che porta a riconoscere che

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

(24) V. ancora T.a.r. Lazio, sez. III, ord. 8 febbraio 2003, n. 803, in *Appendice, cit.*, p. 194.

(25) È noto, infatti, che l'unica decisione (richiamata anche nella sent. n. 300/03) in cui si fa riferimento a tale concetto è la pronunzia n. 50 del 1998. Si tratta, come osservano i commentatori di tale decisione (v., a tal riguardo, PACE, *Violazione della « libertà sociale » o, piuttosto, restrizione irrazionale della « libertà individuale »*, e GUZZETTA, *Considerazioni su di una sentenza in tema di c.d. « libertà sociale » in rapporto agli artt. 16, 17, 18 e 21 Cost. ed al regime costituzionale dei diritti di libertà*, in *Giur. cost.*, 1998, I, p. 583 ss.), di una libertà che non trova un espresso riferimento in Costituzione e che appare di difficile decifrazione, ancorché si tenti di ricercarne la matrice nelle coordinate costituzionali indicate dallo stesso giudice delle leggi.

(26) V., sul punto, Cons. St., 1° luglio 2002, sez. cons. atti normativi, parere n. 1354, riguardante lo schema di d.m. recante « Regolamento ai sensi dell'articolo 11, comma 14°, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, in materia di disciplina delle fondazioni bancarie », in *Corr. giur.*, 2003, p. 121 ss.

(27) Così Cons. St., 1° luglio 2002, sez. cons. atti normativi, parere n. 1354, *cit.*, § II.3.2.

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

le formazioni sociali, proprio in quanto organizzazioni sociali articolate e complesse, sono portatrici di un « valore aggiunto », rispetto ai singoli individui, nell'affermazione di valori collettivi. La sentenza in commento (la n. 300) sembra aver fatto propria tale prospettazione per due differenti ordini di ragioni. Innanzitutto, la Corte, ancorché sul punto non richiami espressamente tale parere, mostra, laddove si occupa di altra q.l.c., di averne tenuto conto. Sotto altro profilo, l'indicata connessione tra il postulato dell'inclusione di tali enti fondazionali tra i soggetti dell'organizzazione delle « libertà sociali » e il principio della sussidiarietà orizzontale è da porsi in relazione alla chiara indicazione della loro conquistata esclusione dal novero degli enti pubblici. Sottolinea tale aspetto la Consulta laddove, da un lato, definisce le fondazioni di origine bancaria come persone giuridiche private, che non possono farsi rientrare in una nozione, « per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo » e, dall'altro, precisa, riprendendo il dettato normativo di cui all'art. 2, comma 1°, lett. a), della l. n. 461/98, che, quali che siano le attività effettivamente esercitate da detti enti fondazionali, « restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni », tra cui, segnatamente, gli enti pubblici <sup>(28)</sup>.

Tale ricostruzione trova, invero, conferma anche nell'altra pronuncia che si annota (la n. 301), ove si valorizza il nesso tra natura privatistica e « carattere non pubblicistico delle attività delle fondazioni », posto che queste svolgono soltanto quelle attività « socialmente rilevanti, diverse, pur se complementari e integrative, da quelle demandate ai pubblici poteri » <sup>(29)</sup>, da cui ne consegue, in definitiva, che proprio perché vengono in rilievo attività di interesse generale, non può non riconoscersi la piena compatibilità del mutato ruolo di tali enti col principio della sussidiarietà orizzontale. Con ciò non sembra porsi in contraddizione, ma, per converso, è da ritenere che ne costituisca il logico completamento, l'assunto secondo cui, in seguito alla costituzionalizzazione di detto principio, poiché la nozione di autonomia privata assume portata prioritaria anche quando essa persegue utilità generali – « configurando spazi autonomi di tutela per "attività strumentali" » – la primazia del privato rispetto al pubblico – come sottolinea il Consiglio di Stato – potrà svilupparsi « anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi » <sup>(30)</sup>.

Siffatta impostazione, che colloca dunque tali enti nello spazio in cui già operano, e che in futuro potrà ampliarsi, i soggetti dell'organizzazione delle « libertà sociali », per vero, se appare coerente col fatto che è il procedimento di scorporo e conferimento dell'azienda bancaria che ha portato alla loro nascita, non sembra tener conto che mentre alcune hanno struttura istituzionale, altre sono a base associativa. Che tale diversità non potesse essere trascurata fu chiaro, del resto, già col d.lgs. n. 356/90, in

<sup>(28)</sup> V. sul punto Corte cost. sent. n. 300 del 2003, § 7 del *considerato in diritto*.

<sup>(29)</sup> V. sul punto Corte cost. sent. n. 301 del 2003, § 4 del *considerato in diritto*.

<sup>(30)</sup> Così Cons. St., 1° luglio 2002, parere n. 1354, *cit.*, § II.3.2.

seguito è stata riconfermata dall'art. 4, comma 1°, lett. d), del d.lgs. n. 153/99 e, da ultimo, addirittura esaltata con l'art. 11, comma 4°, della l. n. 448/01<sup>(31)</sup>. Tale dato è da porsi in relazione al fatto che le Casse di Risparmio sorsero per iniziativa di libere associazioni di cittadini, ovvero di pie istituzioni, di autorità ecclesiastiche ed anche di autorità pubbliche locali e centrali<sup>(32)</sup>. Dall'eterogeneità dei soggetti fondatori derivò, in particolare, la bipartizione delle Casse di Risparmio in Casse a base associativa e Casse a struttura istituzionale-fondazionale<sup>(33)</sup>. Dal punto di vista strutturale, com'è noto, soltanto quelle a base associativa presentavano un'assemblea di soci che nominava i componenti del consiglio di amministrazione, mentre in quelle istituzionali tale organo era formato da membri designati dai soggetti fondatori. In realtà, tale diversità tipologica era da ricollegarsi al modo in cui avevano avuto origine: specifico rilievo assumeva, in particolare, il fatto che quelle a base associativa erano state costituite per iniziativa, libera, di cittadini, con capitali interamente privati. Dato, questo, decisivo, come riconobbe proprio la Corte costituzionale nell'importante pronuncia n. 396/88 sulle IPAB, per affermare che un regime normativo, che impone la qualificazione pubblicistica a « organizzazioni espressive dell'autonomia dei privati che hanno conservato caratteri propri dell'organizzazione civile anche dopo la loro formale pubblicizzazione », è incompatibile col principio pluralistico, contemplato tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, essendo i fini di assistenza e beneficenza né « esclusivi delle strutture pubbliche », né tali da non poter essere perseguiti dallo Stato e dagli altri enti pubblici « attraverso proprie strutture »<sup>(34)</sup>.

Non si mancò, peraltro, di porre in rilievo che, alla luce di tale innovativo orientamento della giurisprudenza costituzionale, laddove si fosse individuata una « sostanza privatistica » in quegli enti espressione di ini-

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

(31) L'art. 11, comma 4°, l. n. 448/01 sostituisce la lett. c) del comma 1° dell'art. 4 d.lgs. n. 153/99, che qui si riporta: « c) previsione, nell'ambito dell'organo di indirizzo, di una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'articolo 114 della Costituzione, idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione, fermo restando quanto stabilito per le fondazioni di origine associativa dalla lettera d), (...) ».

(32) In base, infatti, alla l. 15 luglio 1888, n. 5546, le Casse di Risparmio venivano « fondate da associazioni di persone » (art. 2) o « da istituzioni di beneficenza o da altri corpi morali » (art. 4).

(33) Per una attenta ricostruzione storica della vicenda delle Casse di Risparmio, v. CLARICH, *Le Casse di Risparmio. Verso un nuovo modello*, Bologna, 1984. Sull'evoluzione della disciplina delle Casse di Risparmio v. anche INGROSSO, voce « Casse di Risparmio », in *Novissimo Digesto it.*, Torino, 1958, II, p. 1021 ss.; SENIN, voce « Cassa di Risparmio », in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1960, p. 427 ss.; CAMARDI, *Le Casse di Risparmio. Banche pubbliche e modello societario*, Milano, 1988; ZUELLI, *Considerazioni sulla natura delle Casse di Risparmio*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, c. 550 ss.; MAZZARELLA, *Appunti a proposito dei controlli esercitati sulle casse di risparmio prima della L. 15 luglio 1888, n. 5546*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 211 ss.; ID., voce « Cassa di Risparmio », in *Novissimo Digesto it., App.*, Torino, 1980, p. 1062 ss.

(34) Così Corte cost. sent. n. 396 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, I, pp. 1753-1754.

ziative di gruppi sociali o di privati individui – ai quali non poteva non attribuirsi « il diritto ad “una qualificazione giuridica conforme alla propria effettiva natura” » – doveva riconoscersi, in armonia col dettato costituzionale, « il carattere necessariamente privato di ogni ente sorto nell'ambito dell'autonomia sociale, e non solo quando questo agisca in campo assistenziale »<sup>(35)</sup>.

Come ben si comprende, tali enunciati, ancorché fossero stati occasionati dalla vicenda della pubblicizzazione delle IPAB, erano riferibili anche agli enti conferenti a struttura associativa, assimilabili alle prime per modalità costitutive, natura delle finalità perseguite e imposizione di una veste pubblicistica. In tali enti conferenti era, infatti, rinvenibile la presenza di quel complesso di requisiti<sup>(36)</sup>, individuati dall'art. 1, comma 3°, del d.p.c.m. del 16 febbraio 1990<sup>(37)</sup>, la cui emanazione si rese necessaria in seguito alla decisione della Corte costituzionale (sent. n. 396 del 1988), la cui cumulativa presenza rivelava l'esistenza di istituzioni promosse ed amministrate da privati. Poteva così ritenersi che la ricorrenza dei suddet-

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

<sup>(35)</sup> Così FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, spec. pp. 453-454.

<sup>(36)</sup> Tra i quali, in particolare: il fatto che l'atto costitutivo o la tavola di fondazione fosse stato posto in essere da privati; l'esistenza di disposizioni statutarie che rimettevano la designazione di una quota significativa dei componenti dell'organo decisionale ad associazioni o a soggetti privati; il patrimonio fosse prevalentemente costituito da beni risultanti dalla dotazione originaria o dagli incrementi e trasformazioni della stessa ovvero da beni conseguiti in forza dello svolgimento dell'attività istituzionale.

<sup>(37)</sup> Sulla valenza di principi generali dell'ordinamento dei criteri di riconoscibilità della natura privatistica delle I.P.A.B. regionali ed infraregionali, indicati dal suddetto d.p.c.m., – e ciò a prescindere dalla natura regolamentare o di circolare interpretativa di tale atto governativo – si è espressa anche la Suprema Corte, la quale ha riconosciuto che la natura giuridica pubblica o privata delle Ipab, a seguito della sentenza n. 396 del 1988, va accertata caso per caso dal giudice ordinario « in base ai principi generali individuanti i criteri di distinzione fra enti pubblici e privati (riprodotti, peraltro, nel d.p.c.m. 16 febbraio 1990) », così Cass., Sez. un., 6 giugno 1995, n. 6342, in *Enti pubbl.*, 1996, p. 691 s. In senso conforme v. inoltre: Cass., Sez. un., 15 giugno 1992, n. 7298, in *Mass. Giur. it.*, 1992, vol. LXII; Cass., Sez. un., 14 dicembre 1992, n. 13201, *ivi*; Cass., Sez. un., 11 febbraio 1993, n. 9830, in *Mass. Giur. it.*, 1993, vol. LXIII; Cass., Sez. un., 14 aprile 1994, n. 3479, in *Mass. Giur. it.*, 1994, vol. LXIV. Per vero, la Suprema Corte anche prima dell'emanazione della direttiva del 1990, aveva individuato una serie di criteri di distinzione tra Ipab-enti pubblici e Ipab aventi natura privatistica, tra cui, in particolare: « il tipo di organizzazione esistente per lo svolgimento delle attività, i fini perseguiti, i poteri esercitati e le prerogative godute, nonché l'eventuale inserimento nell'organizzazione della pubblica amministrazione, desumibile a sua volta da una serie di indici, quali la costituzione ad opera dello Stato, l'ingerenza esercitata dai suoi organi nel processo di formazione della volontà, la natura pubblica di coloro che finanziano le attività svolte o ad esse partecipano », così Cass., Sez. un., 13 luglio 1989, n. 3283, in *Foro it.*, 1990, I, c. 577. Conformemente, v. anche: Cass., Sez. un., 29 marzo 1989, n. 1545, in *Foro it.*, 1990, I, c. 221; Cass., Sez. un., 28 aprile 1989, nn. 2007 e 2008, in *Mass. Foro it.*, 1989, c. 307; Cass., Sez. un., 23 giugno 1989, n. 2995, in *Giust. civ.*, 1989, p. 2276 ss., con nota di SOTGIU, *Il rientro delle I.P.A.B. nell'orbita del diritto privato*; Cass., Sez. un., 26 ottobre 1989, n. 4403, in *Mass. Foro it.*, 1989, c. 628 ss.; Cass., Sez. un., 3 dicembre 1990, nn. 11564 e 11565, in *Mass. Foro it.*, 1990, c. 1271.

ti requisiti negli enti conferenti a struttura associativa se, da un lato, consentiva di ravvisarne la « sostanza privatistica », dall'altro, induceva a considerare tali enti, in ragione della particolare struttura organizzativa, che presentava connotati ibridi, non inquadrabili né nel modello dell'associazione né, invero, in quello della fondazione <sup>(38)</sup>.

Non si era, tuttavia, mancato di rilevare che agli enti conferenti a base associativa – che, dopo la riforma del '90 assumevano la configurazione di enti pubblici di assistenza e beneficenza a disciplina speciale – in quanto istituzioni promosse ed amministrate da privati, sicché potevano annoverarsi tra le formazioni sociali, come tali tutelate ai sensi degli artt. 2 e 18 Cost. <sup>(39)</sup>, doveva altresì riconoscersi « una sorta di diritto alla “depubblicizzazione” » <sup>(40)</sup> e per essi era ipotizzabile un *iter* simile a quello indicato per la privatizzazione delle IPAB.

In conclusione, possiamo ritenere che, nella prospettiva indicata, le fondazioni di origine bancaria a base associativa <sup>(41)</sup> potevano annoverarsi, ancor prima che con la riforma Ciampi si definisse la cornice per la trasformazione « fondativa » della personalità privatistica <sup>(42)</sup>, tra i soggetti dell'organizzazione delle « libertà sociali ».

4. – Si è già osservato che la Consulta, con l'intento di sgombrare il campo da ogni equivoco circa l'avvenuta trasformazione in enti privati degli enti conferenti, ha rimarcato la loro estraneità, anche con riguardo all'attività esercitata, rispetto alla nozione « di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo ». Va subito avvertito che se, in linea di principio, tale affermazione appare corretta, non sembra però cogliere in tutte le sue pieghe la multiforme attività che tali enti fondazionali possono espletare.

A questo riguardo, occorre richiamare le ragioni di ordine giuridico che indussero, erroneamente, il Consiglio di Stato a qualificare le fonda-

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

<sup>(38)</sup> In tal senso MORBIDELLI, *Sulla natura degli enti conferenti a struttura associativa e sul grado di autonomia costituzionalmente garantita agli stessi*, in *Le fondazioni casse di risparmio*, a cura di Roversi Monaco, Rimini, 1998, spec. p. 115.

<sup>(39)</sup> Come si è evidenziato in dottrina (v. BARILE, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, p. 329 ss., BARTOLE, *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, Milano, 1970, p. 9 ss., PACE, *Commento all'art. 18*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *Rapporti civili (artt. 13-20)*, Bologna-Roma, 1977, p. 119 ss.), poiché nell'art. 18 Cost. non viene enunciato in modo preciso che cosa debba intendersi per associazione, è da ritenere che tale disposizione costituzionale sia riferibile anche a fenomeni collettivi diversi dalle associazioni vere e proprie.

<sup>(40)</sup> L'espressione è di BARBERA, *Sul regime delle Casse di risparmio a base associativa*, in *Le fondazioni casse di risparmio*, cit., p. 148.

<sup>(41)</sup> In tema v., da ultimo, ROVERSI MONACO, *Poteri regionali e Fondazioni bancarie nate dalle Casse di Risparmio*, in *Riforma costituzionale e nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, cit., p. 41 ss.

<sup>(42)</sup> Utilizza tale concetto riferendolo alla presenza nelle fondazioni di origine bancaria, ancorché entro i « binari delle norme inderogabili », « di taluni dei caratteri propri dell'autonomia che l'ordinamento riconosce al fondatore », ZOPPINI, *L'autonomia statutaria nelle fondazioni di origine bancaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, I, p. 404.

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

zioni di origine bancaria di tipo istituzionale come organismi di diritto pubblico. Ad avviso della sezione consultiva per gli atti normativi erano, infatti, rinvenibili tanto i presupposti oggettivi – segnatamente attività classificabili come « servizi bancari e finanziari », ai sensi del punto 6, lett. b), dell'allegato 1 del d.lgs. n. 157/95 e s.m.i. – quanto quelli soggettivi per l'applicazione della normativa di matrice comunitaria (recepita nell'ordinamento interno col d.lgs. n. 157/95 e s.m.i) a cui gli enti in parola risultano peraltro sottoposti nel procedimento di scelta della società di gestione del risparmio (s.g.r.) Osservava, in particolare, tale Collegio che gli enti fondazionali istituzionali, ancorché avessero acquisito natura privatistica, presentavano tutti i requisiti per essere qualificati come organismi di diritto pubblico<sup>(43)</sup>, di cui all'art. 2, comma 1°, lett. b), del d.lgs. n. 157/95 e s.m.i.: la personalità giuridica, il perseguimento di interessi generali non economici (*id est* non aventi carattere industriale o commerciale) e, poiché, ai sensi dell'art. 4, comma 1°, lett. c), del d.lgs. n. 153/99, nell'ambito dell'organo di indirizzo si prevede debba esserci una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'art. 114 Cost., era da ritenersi rispettato anche l'ulteriore connotato costituito dalla designazione da parte di soggetti pubblici di almeno la metà dei componenti degli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza<sup>(44)</sup>.

A prescindere da ulteriori considerazioni in merito alla presenza di più della metà dei componenti dell'organo di indirizzo, la cui designazione stando al dato letterale, era attribuita, in via esclusiva, ad enti pubblici ter-

<sup>(43)</sup> Sulla nozione di organismo di diritto pubblico, v., *ex multis*, RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 347 ss.; GAROFOLI, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb e app.*, 1997, p. 960 ss.; *Id.*, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, nota a Corte giust. Ce, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, *Mennesmann Anlagenbau Austria AG c. Strohal Rttationdruck GmbH*, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 133 s., nonché a commento della stessa pronuncia GRECO, *L'organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 725 ss.; *Id.*, *Organismo di diritto pubblico: atto secondo: le attese deluse*, nota a Corte giust. Ce, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Gemeente Amhem e Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 157 ss., nonché a commento della stessa decisione MAMELI, *Le S.p.a. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di giustizia risolve i dubbi interpretativi*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 139 ss.; SANTORO, *Glossario italo-comunitario dei soggetti aggiudicatori degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1301 ss.; CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 13 ss.; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, Spisa, 2000, p. 7 ss.; E. CHITI, *Cala il sipario sull'Ente Fiera di Milano*, nota a Corte giust. Ce 10 maggio 2001, in cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano/ Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. e Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 900 ss.; CARANTA, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, nota a Corte giust. Ce, 27 febbraio 2003, in causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH – Bestattung Wien GmbH*, in *Giur. it.*, 2003, c. 1687 ss.; MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.

<sup>(44)</sup> V. sul punto Cons. St., 1° luglio 2002, n. 1354, parere, *cit.*, § III.8.3.

ritoriali – su cui, come si dirà, si è pronunciata anche la Corte con effetti dirompenti sull'impianto normativo prefigurato dalla riforma Tremonti – vi era da dubitare che potesse ravvisarsi l'ultimo requisito che si è indicato, necessario per poterli qualificare come organismi di diritto pubblico, laddove fosse dimostrabile che il rapporto tra nominante e nominato non esprimeva una « dominanza » del primo (*id est* l'amministrazione pubblica) sul secondo <sup>(45)</sup>.

Non mancò, infatti, la giurisprudenza amministrativa, già sotto il precedente regime normativo, di chiarire che non si realizza alcun rapporto fiduciario tra nominante – in specie il Comune – e nominati, negli enti conferenti, che abbia rilevanza esterna, posto che l'elemento della fiducia « opera solo nella fase genetica della scelta », e pertanto configura una « rappresentanza di tipo istituzionale (...) che esclude anzitutto l'imperatività del mandato ad operare con vincoli precostituiti », nel senso che « non può impegnare minimamente gli eletti all'osservanza delle istruzioni e delle direttive che ad essi siano eventualmente impartite dalle autorità nominanti » <sup>(46)</sup>. Tale indirizzo ha poi trovato puntuale conferma in diritto positivo <sup>(47)</sup>. In argomento è, infine, intervenuto anche lo stesso giudice delle leggi con la sent. n. 301/03 per sottolineare che all'ente nominante spetta un potere di designazione dei componenti dell'organo di indirizzo della fondazione di origine bancaria « che 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 dall'ente che li ha nominati » <sup>(48)</sup>. La Corte, peraltro, con riguardo ad altra questione, precisa che anche l'art. 11, comma 4°, ultimo periodo, l. n. 448/01 deve interpretarsi – in conformità al principio di ragionevolezza – nel senso che, mentre alle fondazioni è fatto divieto di esercitare la loro attività a vantaggio diretto dei componenti dei propri organi, così

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

<sup>(45)</sup> V. anche MERUSI, *Sull'incerta natura delle fondazioni bancarie*, commento al d.m. 2 agosto 2002, n. 217, recante « Regolamento ai sensi dell'articolo 11, comma 14°, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, in materia di disciplina delle fondazioni bancarie » in *Giorn. dir. amm.*, 2002, spec. pp. 1145-1146.

<sup>(46)</sup> Così T.a.r. Toscana, sez. I, 21 giugno 1995, n. 343, in *T.a.r.*, 1995, I, spec. pp. 3743-3744. In senso analogo anche T.a.r. Piemonte, sez. II, 21 novembre 1995, n. 618, *ivi*, 1996, I, spec. pp. 93-94, in cui dopo aver sottolineato che la relazione tra ente nominate – il Comune – e nominati si esaurisce con l'atto di designazione, si esclude che l'ente comunale « solo perché può nominare due componenti del consiglio di amministrazione sia titolare di una posizione di interesse legittimo rispetto agli atti con i quali la Compagnia ha stabilito di modificare la propria struttura interna, avvalendosi dei propri poteri di autorganizzazione ».

<sup>(47)</sup> V., al riguardo, l'art. 4, comma 2°, del d.lgs. n. 153/99, ai sensi del quale: « i componenti dell'organo di indirizzo non rappresentano i soggetti esterni che li hanno nominati né ad essi rispondono » e l'art. 4, comma 1°, lett. c), del medesimo decreto, come sostituito dall'art. 11, comma 4°, l. n. 448/01, laddove si prevede che « (...) i soggetti ai quali è attribuito il potere di designare componenti dell'organo di indirizzo e i componenti stessi degli organi delle fondazioni non devono essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni ».

<sup>(48)</sup> V. Corte cost., sent. n. 301/03, § 8 del *considerato in diritto*.

come di coloro che li hanno nominati, « a garanzia dell'imparzialità e della correttezza dell'azione delle fondazioni stesse », sono da ritenere consentiti gli interventi di detti enti fondazionali volti « a soddisfare quegli interessi, generali o collettivi, espressi dagli enti ai quali è statutariamente attribuito il potere di designare i componenti dell'organo di indirizzo ».

Pertanto, se le fondazioni di origine bancaria di tipo istituzionale non sono organismi di diritto pubblico, in quanto non è ravvisabile un controllo sulla gestione da parte di enti pubblici o altri organismi di diritto pubblico, da esercitarsi mediante atti di indirizzo, resta da chiarire come possa conciliarsi l'assenza nell'ente di una « sostanza pubblicistica » col rispetto di una normativa quale quella di cui al d.lgs. n. 157/95 e s.m.i., – richiamata dall'art. 8, comma 5°, del d.m. 2 agosto 2002, n. 217 del Ministero dell'economia e delle finanze – cui le stesse risultano sottoposte nella scelta della società di gestione del risparmio, che sembrerebbe, invero, presupporla.

Deve, al riguardo, rilevarsi che, da un lato, il Ministero, nel citato regolamento, sebbene si sia riferito a tale disciplina di recepimento della direttiva 92/50/CEE soltanto con riguardo alle fondazioni di tipo istituzionale, ha altresì previsto che anche quelle a base associativa o le società bancarie conferitarie, nel caso di controllo indiretto, siano tenute ad esperire « procedure competitive nel rispetto di principi di pubblicità e di parità concorrenziale », e dunque ad osservare regole di evidenza pubblica, nella scelta della s.g.r. D'altra parte, si tenga presente che proprio la norma di fonte primaria (v. il comma 1°-bis, dell'art. 25 del d.lgs. n. 153/99, aggiunto dal comma 13° dell'art. 11, l. n. 448/01) nel prevedere la possibilità di affidare la gestione della partecipazione di controllo nelle società conferitarie bancarie ad una s.g.r., impone agli enti fondazionali o alle stesse società conferitarie di compiere la scelta della società affidataria nel rispetto di procedure competitive <sup>(49)</sup>. Ma vi è di più. Nella medesima disposizione regolamentare richiamata si aggiunge, e la previsione sembra riferibile ad entrambi i tipi di ente fondazionale <sup>(50)</sup>, che « il servizio viene affidato in base ai criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e della qualità complessiva del servizio offerto » <sup>(51)</sup>. Giova al riguardo rilevare che se nella scelta della s.g.r. la fondazione di origine bancaria o la società bancaria conferitaria è comunque tenuta al rispetto di regole di

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

<sup>(49)</sup> Le procedure competitive o concorsuali ordinarie previste dal nostro ordinamento sono essenzialmente l'asta pubblica e la licitazione privata, cui la p.a. può ricorrere alternativamente sulla base di una scelta discrezionale, v., al riguardo, CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, pp. 278 e 281.

<sup>(50)</sup> Si osservi, infatti, che nelle procedure dell'asta pubblica e della licitazione privata i criteri di aggiudicazione possono essere tanto quello del prezzo più basso quanto quello del prezzo economicamente più vantaggioso. Risulta pertanto evidente che si è inteso vincolare tali enti aggiudicatori al rispetto di quest'ultimo criterio.

<sup>(51)</sup> Conferma di tale rilievo sembra potersi trarre, ancorché indirettamente, dal fatto che gli aspetti qualitativi appaiono connaturati alla gestione della partecipazione in entrambi i casi, il che giustifica la possibilità di giusta causa di revoca, ex art. 8, comma 7°, d.m. n. 217/02, allorché « la s.g.r. affidataria non rispetti i criteri di svolgimento del servizio di gestione ».

evidenza pubblica – siano o meno di origine comunitaria – devono ritenersi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 6, l. n. 205/00, tutte le controversie concernenti le procedure di affidamento di tali servizi.

Si potrebbe però obiettare che la natura privatistica di tali enti, dal punto di vista sia formale che sostanziale, non potrebbe risultare conciliabile con il loro assoggettamento a procedure di evidenza pubblica per la scelta della s.g.r. In realtà, non può certo sostenersi che, nel nostro ordinamento, questo costituirebbe un caso del tutto isolato. Non mancano, infatti, altre fattispecie in cui la normativa nazionale sottopone l'attività di soggetti privati al rispetto di regole di evidenza pubblica con l'effetto di procedimentalizzarla, basti pensare a tutti quegli enti privati (tra cui anche gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti che ricevono un contributo da enti pubblici o organismi di diritto pubblico che superi il 50% dell'importo dei lavori da realizzare<sup>(52)</sup>) che agiscono come stazioni appaltanti e, in tale qualità, sono tenuti ad applicare le procedure di affidamento disciplinate dalla l. n. 109/94 e s.m.i., che impone come regola la gara pubblica<sup>(53)</sup>. Analogamente può dirsi per i sogget-

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

<sup>(52)</sup> La giurisprudenza amministrativa (v. Cons. St., sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, in *Giur. dir. amm.*, 1999, 1057 s., T.a.r. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 23 marzo 1999, n. 133 e T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 24 marzo 1999, n. 834, in *Urb e app.*, 1999, p. 993 s., Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2000, n. 2681, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 1185 ss.) ritiene, infatti, che gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, beneficiari di contributi pubblici nella misura indicata, siano da includere tra i soggetti indicati dall'art. 2, comma 2°, lett. c), l. n. 109/94 e s.m.i.

<sup>(53)</sup> Del resto, può osservarsi che la legge quadro in materia di lavori pubblici ha sottoposto all'applicazione delle regole di evidenza pubblica alcuni soggetti privati ben oltre i limiti derivanti dall'attuazione delle disposizioni comunitarie (v. l'art. 2, comma 2° lett. b) e c), l. n. 109/94 e succ. modif. e integr., (sulle modifiche apportate dalla l. n. 415/98, c.d. *Merloni-ter*, v. per tutti: CARINGELLA, (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, Milano, 1999; GIAMPAOLINO, SANDULLI e STANCANELLI (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla « Merloni-ter »*, Milano, 1999; CARULLO e CLARIZIA, (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 2000). Dopo la modifiche apportate dalla l. n. 166/2002 – su cui v. il commento di DE NICTOLIS, *La nuova riforma dei lavori pubblici*, in *Urb. e app.*, 2002, p. 1271 ss. e di MONTEDORO, *Il collegato infrastrutture e la legge obiettivo fra federalismo e diritto comunitario*, *ivi.*, 2003, p. 16 ss. – la l. n. 104/94 e s.m.i. risulta comunque applicabile, ancorché non in tutte le sue parti, ai sensi dell'art. 2, comma 2°, lett. b), in quanto enti aggiudicatori: ai concessionari di lavori e di servizi pubblici; ai soggetti di cui al d.lgs. n. 158/95 e s.m.i.; alle società di cui agli artt. ex 113, 113-bis, nonché agli artt. 15 e 116 del d.lgs. n. 267/00, alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o di servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza. Inoltre, in base all'art. 2, comma 2°, lett. c), della stessa legge, tale disciplina speciale, con alcune eccezioni, si applica anche a quei soggetti privati che, in relazione a lavori di cui all'allegato A del d.lgs. n. 406/91, nonché ai lavori civili relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici ed universitari, edifici destinati a scopi amministrativi ed edifici industriali di importo superiore ad un milione di euro, per la cui specifica realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti indicati dall'art. 2, comma 2°, lett. a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei lavori.

ti privati che sono assoggettati – in virtù dell'art. 2, comma 5°, l. n. 109/94, come sostituito dall'art. 7, l. n. 166/02 – al rispetto delle procedure di gara previste dalla direttiva 93/37/CEE nell'affidamento dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione, a scomputo dei relativi oneri dovuti all'Amministrazione, che gli stessi sono tenuti a realizzare, in virtù di condizioni apposte al provvedimento di concessione edilizia ovvero a convenzioni accessive a piani attuativi, quando l'importo di ogni singola opera superi la soglia comunitaria <sup>(54)</sup>.

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

Risulta in tal modo evidente che il legislatore nazionale ha esteso, in alcuni casi, senza essere vincolato dal diritto comunitario, l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina di gara a privati non qualificabili come organismi di diritto pubblico. Si potrà allora sostenere, con riguardo alle fondazioni di origine bancaria e alle società bancarie conferitarie, che la scelta legislativa di pubblicizzare l'attività inerente alla selezione della s.g.r. affidataria, non appare sorretta da alcun fondamento logico-razionale, e, per tale via, ipotizzare l'illegittimità costituzionale della previsione *de qua*, ma non sembra che i soggetti privati non possano essere sottoposti, in via legislativa, ai vincoli dell'evidenza pubblica <sup>(55)</sup> <sup>(56)</sup>. Si tenga

<sup>(54)</sup> In argomento v. BASSANI, *Quando i privati devono bandire gare pubbliche per l'esecuzione di opere di urbanizzazione*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 5 ss.; CORRETTI, *Opere di urbanizzazione a scomputo e gara nella legge 166/02*, *ivi*, 2003, p. 625 ss.; NAPOLETANO, *Il regime delle opere di urbanizzazione alla luce della Merloni Quater*, in *Contr. Stato ed enti pubblici*, 2003, p. 195 ss., che si esprime in senso critico circa la decisione del legislatore di non estendere tale vincolo anche con riguardo alle opere il cui importo non superi la soglia comunitaria.

<sup>(55)</sup> D'altra parte, come rileva Cons. St., Sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, *cit.*, p. 1061, deve ormai prendersi atto che « i soggetti privati sono coinvolti, mediante una molteplicità di schemi procedimentali e convenzionali, nell'esercizio di funzioni di interesse generale, che comportano l'applicazione di regole concepite, in origine, solo per gli enti formalmente pubblici ».

<sup>(56)</sup> Sulle ragioni della pubblicizzazione dell'attività dei soggetti privati come conseguenza della sottoposizione, *ope legis*, degli stessi al rispetto di regole di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti pubblici, v.: Cons. St., Sez. V, 1° aprile 2000, n. 2078, Cons. St., Sez. VI, 4 aprile 2000, n. 1948, e Cons. St., Sez. VI, 1° aprile 2000, n. 1885, tutte in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 528 ss., con nota di CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa* e inoltre v. Cons. St., Sez. VI, 1° marzo 2001, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 499, con le quali oltre a confermarsi il già richiamato orientamento del massimo organo di giustizia amministrativa si sottolinea, da un lato, che deve rigettarsi la tesi della neutralità delle procedure di gara – essendo volte a garantire ad esempio « un utilizzo corretto ed imparziale del denaro pubblico » o « la tutela della libera concorrenza negli assetti di mercato » – e, dall'altro, che gli atti provenienti da soggetti privati, che debbono attenersi alle regole di evidenza pubblica, hanno rilievo pubblicistico. In questi termini, anche: T.a.r. Lazio, Sez. III-ter, 12 febbraio 2002, n. 917, in <http://giust.it>, 3/2002, e Cons. St., Sez. IV, 15 febbraio, 2002, n. 934, in [www.giust.it](http://www.giust.it), 2002, in cui si afferma che il modello dell'evidenza pubblica trova fondamento nell'esigenza di realizzare gli obiettivi fissati dal legislatore comunitario, (come ad esempio il corretto e imparziale utilizzo del pubblico denaro o la tutela della concorrenza), giacché che nella conduzione della gara e nella scelta dell'aggiudicatario si esercitano poteri di matrice autoritativa che incidono sulla posizione dei partecipanti, i quali « sono garantiti proprio grazie all'applicazione di un modulo procedimentale pubblicistico, improntato alla tutela della *par condicio* ».

altresì conto che si tratta di un regime transitorio, in quanto l'affidamento in gestione alle s.g.r. non potrà protrarsi oltre il terzo anno successivo alla scadenza fissata per la dismissione delle partecipazioni di controllo, (che è il 31 dicembre 2005), e che tale disciplina risulta ispirata all'esigenza di garantire che le s.g.r. gestiscano le partecipazioni bancarie in piena indipendenza rispetto alle fondazioni e alle società bancarie conferitarie affidanti. Si è dunque ritenuto che tale risultato fosse conseguibile anzitutto – ulteriori prescrizioni sono rinviate alla fonte regolamentare <sup>(57)</sup> – mediante l'applicazione di regole che garantiscono il rispetto dei principi di trasparenza, di pubblicità e di concorsualità nella scelta della s.g.r. Per vero, ciò che desta forse maggiori perplessità è la disciplina regolamentare che prevede due differenti regimi di affidamento, in corrispondenza alle due tipologie di ente fondazionale, a fronte, però, della previsione, contenuta nella fonte di rango primario, che detta un regime unitario per la scelta della s.g.r., disponendo che avvenga « nel rispetto di procedure competitive ». Del resto, tale incongruenza era stata rilevata anche nel citato parere del Consiglio di Stato, laddove, in particolare, da un lato, si segnalava che l'applicabilità alle fondazioni di tipo istituzionale della disciplina comunitaria, comportava « una rilevante disparità di disciplina con le fondazioni di origine associativa », e, dall'altro, si invitavano i redattori del regolamento a coordinare, con riguardo a questo aspetto, « l'esigenza attuativa della legge n. 448 con la disciplina di origine comunitaria » <sup>(58)</sup>.

Né, sotto altro profilo, ci si può nascondere che stenta a intravedersi un valido criterio discrezionale nella previsione – di cui al comma 3°-bis dell'art. 25 del d.lgs. n. 153/99, aggiunto dall'art. 4 del d.l. 24 giugno 2003, n. 143, conv., con mod., nella l. n. 212/03 – che sembra prestare il fianco a qualche rilievo di incostituzionalità, che riferisce l'obbligo di dismissione, a cui si correla la possibilità di affidare in gestione la partecipazione di controllo non oltre il 31 dicembre 2008 ad una s.g.r., solamente alle fondazioni di origine bancaria con un patrimonio netto contabile, risultante dall'ultimo

---

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALTONI

---

<sup>(57)</sup> Su tali profili v. anche GALANTE e LUCCARELLI, *La SGR di partecipazioni bancarie: gestore o « holding creditizia »?*, in *Società*, 2002, spec. p. 296 e p. 300, che, peraltro, osservavano che diverse erano le soluzioni che, sotto il profilo organizzativo, potevano ipotizzarsi, tra cui anche quelle che prevedessero la partecipazione al capitale della s.g.r. di una fondazione o di più fondazioni in « condominio » tra loro, a condizione però che la stessa non configurasse una situazione di controllo ex art. 6 d.lgs. n. 153/99. Tale rilievo ha trovato conferma nel disposto dell'art. 7, comma 6°, del d.m. 2 agosto 2002, n. 217, in base al quale qualora la fondazione, o la società conferitaria, intenda « affidare la partecipazione ad una s.g.r. di cui ha promosso la costituzione o della quale essa o la società bancaria conferitaria detiene una partecipazione superiore al 5%, la procedura competitiva è rivolta alla ricerca di uno o più soci che assicurino il rispetto di quanto previsto dal presente articolo e dal regolamento indicato al comma 1° ». Peraltro, al comma 3° del medesimo articolo, si prevede che « in caso di controllo congiunto di più fondazioni, ai sensi dell'articolo 7, ciascuna fondazione, o la società bancaria conferitaria, procede all'affidamento della partecipazione ad una s.g.r. affidataria, che può essere scelta anche di comune accordo, nel rispetto di quanto previsto dai commi 5° e 6° ».

<sup>(58)</sup> Così Cons. St., 1° luglio 2002, n. 1354, § III.8.4.

bilancio approvato, non superiore a 200 milioni di euro, nonché a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale <sup>(59)</sup>.

5. – Il tema attorno a cui ruotano le varie censure, incentrate tutte sull'art. 11, l. n. 448/01, in riferimento all'art. 117, commi 3°, 4° e 6° Cost., che hanno costituito oggetto di vari ricorsi in via diretta alla Corte, presentati da un gruppo di regioni – da cui è sfociata la decisione n. 300 – è come si è anticipato, da individuarsi nella determinazione della spettanza della competenza legislativa in ordine alla disciplina delle fondazioni di origine bancaria.

LE FONDAZIONI  
DI ORIGINE BANCARIA  
di  
ANDREA MALZONI

La Corte era, in particolare, chiamata a stabilire se il legislatore statale fosse legittimato, dopo la riforma del titolo V, parte II, Cost., a dettare una nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria, sul presupposto che questa dovesse farsi rientrare nell'ambito della materia dell'ordinamento civile, che è riservata alla competenza legislativa esclusiva statale. Le regioni ricorrenti sostennero, con varie argomentazioni – che conviene ora esaminarle partitamente, prima di dar conto di quanto statuito sul punto dalla Corte – che tale disciplina non poteva ricondursi alla materia dell'ordinamento civile, in quanto le fondazioni di origine bancaria continuavano ad essere soggetti appartenenti all'ordinamento del credito e del risparmio, potendosi riscontrare la presenza di una serie di indici presuntivi, enucleati dalla precedente giurisprudenza costituzionale in argomento <sup>(60)</sup>. In particolare, le ricorrenti rilevavano che il processo di trasformazione degli enti conferenti in persone giuridiche di diritto privato non era stato portato a compimento, dal momento che non poteva considerarsi concluso il periodo transitorio in ragione: del permanere della sottoposizione di detti enti alla vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze; della mancata dismissione, in diversi casi, delle partecipazioni bancarie rilevanti nelle società bancarie conferitarie; del processo, ancora in itinere, di modificazione e approvazione degli statuti. Per tali ragioni, doveva ritenersi che, fin tanto che non si fosse concluso tale processo di trasformazione, le fondazioni di origine bancaria continuavano ad essere

<sup>(59)</sup> Non vi è dubbio, infatti, che tale previsione, che ora circoscrive l'obbligo di dismissione della partecipazione di controllo solamente ad un gruppo di enti fondazionali che hanno già compiuto il processo di trasformazione in persone giuridiche private, finisca per accrescere i dubbi di legittimità costituzionale già prospettati da autorevole dottrina, che aveva osservato come la dismissione obbligatoria non costituisca un'espropriazione per pubblica utilità – posto che non poteva trarsi dall'art. 25 d.lgs. n. 153/99 « la disciplina del procedimento, l'individuazione dei beneficiari, l'indicazione espressa dei motivi di interesse generale ed i criteri di determinazione dell'indennizzo » – né un trasferimento nell'interesse privato, né tanto meno potesse ricondursi ad una riserva originaria ex art. 43 Cost., v., in tal senso, PREDIERI, *Fondazioni bancarie, dismissione coattiva della partecipazione di controllo nelle società bancarie e compiti di sviluppo economico degli enti locali*, in *Le « fondazioni » bancarie. Dalla legge n. 218/90 al d.lgs. n. 153/99*, a cura di Amorosino e Capriglione, Padova, 1999, p. 124 ss., spec. pp. 128-130

<sup>(60)</sup> V. Corte cost. sent. n. 163/95, cit., c. 814 ss., nonché più di recente: Corte cost. sentt. nn. 341/01 e 342/01, rispettivamente in *Cons. Stato*, 2001, II, p. 1689 ss. e in <http://www.cortecostituzionale.it>.