

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio n. 2748**

## **Appunti sulle fondazioni bancarie**

*La Commissione Studi Civilistici il 9 febbraio 2000 delibera di inserirlo nella Sezione "Materiali"*

### **1. Premesse e prima configurazione.**

1.1. La problematica dell'"Ordinamento degli enti pubblici creditizi", per "L'adozione del modello della società per azioni", ha formato oggetto d'una analisi seriamente impegnata in un contributo - recante titolo e sottotitolo in corrispondenza alle formulazioni poc'anzi virgolettate - a cura della Banca d'Italia (febbraio 1988). Contributo che, per quanto concepito in orientamento d'una possibile evoluzione normativa e risultato effettivamente rilevante agli effetti dei successivi sviluppi, non sembra però avere poi riscosso, per parte degli esperti e studiosi, la meritata - o un'adeguata - attenzione (1). Tanto più, perciò, preme richiamare subito le principali linee, che vi sono state tracciate per una possibile costruzione normativa, non senza altresì riserva, per quando si passi a ulteriori momenti della successiva evoluzione, di nuovamente ad esso tornare.

Ne è centrale l'idea che, conforme all'indirizzo maturato anche in altri paesi a capitalismo avanzato, "l'adozione del modello societario", quale più propriamente articolantesi nella forma azionaria, "assicurerebbe alle imprese bancarie pubbliche ... una posizione istituzionale più favorevole, con riferimento alla possibilità di: - fare appello per il proprio capitale di rischio al risparmio di massa; - operare con i terzi avvalendosi di una maggiore snellezza operativa; - offrire ai creditori d'impresa maggiore trasparenza; - individuare con esattezza doveri e responsabilità dei componenti gli organi di gestione" (2). E, peraltro, nell'intesa che la nuova configurazione, col disporsi "a rimuovere formule organizzative improprie" e a utilizzare "gli schemi del diritto della società per azioni", abbia però a delinearsi, anzi che per sottrarre gli istituti al potere di gestione pubblica, piuttosto in modo "che il loro uso non confligga con l'esigenza di assicurare in mano pubblica il controllo del capitale" (3).

Ma, tutto ciò posto, come veramente atteggiare, nei risvolti tecnici, le soluzioni possibili? Trattandosi di ricercare i meccanismi meglio rispondenti alle esigenze di ordine bancario, nonché sempre in vista del massimo adeguamento alla logica delle società per azioni del diritto comune, le vie effettivamente immaginate, come uniche realmente percorribili, sembrano essere state, nel loro ordine di prospettazione, (a) quella della trasformazione dell'ente, che venga a direttamente assumere la forma della società per azioni, (b) quella dello scorporo dell'azienda bancaria, cui ne faccia riscontro il conferimento in società per azioni costituita dall'ente stesso (4). La prima, in specie, per gli enti a base corporativa, ove l'esistenza d'un capitale diviso in quote facilmente avrebbe consentito d'individuare, a differenza da ciò che sarebbe stato per gli altri enti, a quali soggetti (e in quale misura) attribuire le azioni della nuova società (il tutto, peraltro, da realizzare in due distinte fasi, come deliberazione dell'assemblea dei partecipanti per l'assunzione del modello azionario e come approvazione per parte dell'Autorità in ordine alla deliberazione stessa). E, a sua volta, la seconda, quale soluzione necessaria per gli enti a base fondazionale ma possibile anche per i precedenti, nonché come sempre implicante, in vista d'una scomposizione dell'attività imprenditoriale (bancaria) in fasi giuridicamente autonome, l'atteggiarsi dell'ente iniziale in un ruolo essenzialmente dominante (con passaggio a un esercizio indiretto dell'attività bancaria) e l'atteggiarsi della società conferitaria in un ruolo formalmente a sé ma sostanzialmente dipendente (per un esercizio diretto dell'attività medesima). Il tutto, infine, non senza ulteriori precisazioni, in corrispondenza, rispettivamente, con la trasformazione diretta e con lo scorporo, circa le strutture organizzative (5), da eventualmente richiamare, solo in breve e più oltre, in connessione con la disciplina effettivamente sopravvenuta, in funzione dilucidativa.

Nello stesso solco, che sostanzialmente corrisponde anche a Direttiva Comunitaria, s'è poi posta la L. 30.7.1990 n. 218 ("Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito pubblico"), cui s'è presto aggiunto, in funzione complementare e attuativa, il DLgs. 20.11.1990 n. 356 ("Disposizioni per la strutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio"). Quali, per ciò stesso, fonti che, già funzionalmente coordinate tra loro, viepiù esigono d'essere considerate unitariamente, in vista di meglio coglierne, insieme coi motivi realmente ispiratori, anche - e anzi soprattutto - i più importanti risvolti operativi.

1.2. L'impostazione suggerita nello studio base, poi adottata nella normativa di lì a pochissimo susseguente, ha implicato, per l'immediato, due soluzioni negative: anzi tutto, per escludere una trasformazione ex lege degli enti interessati in società azionarie; e, ulteriormente, per escludere che la trasformazione stessa, seppur sempre da realizzare in via d'appositi atti, sia mai adattabile agli enti a base fondazionale (arg. ex DLgs. 356/1990 art. 4/1). Ma, riguardo alla prima esclusione, va osservato, recisamente, ch'essa, oltre a risultare contraddetta da quanto organicamente praticato

in altro ordinamento, che presenta per la discussa materia le maggiori affinità con quello italiano (si tratta, precisamente, della trasformazione ope legis ch'è stata praticata nell'ordinamento belga, per i sei istituti creditizi pubblici ivi esistenti, in altrettante società per azioni, nonché del loro conseguente coattivo raggruppamento in due holding) (6), andava anche incontro a critiche per i possibili costi (come, sopra tutto, in ragione d'una possibile grave incidenza fiscale delle plusvalenze, rispetto a cui non poteva non sembrare piuttosto maldestro, oltre che sicuramente inelegante, il superamento pur prospettato nel citato studio) (7). E, riguardo alla seconda, va sopra tutto considerato, per l'essenziale, che la conclamata incertezza, quanto cioè alla possibile attribuzione della titolarità delle conseguenti azioni, non avrebbe potuto costituire ostacolo veramente insuperabile, atteso che, per la sorte delle azioni stesse, sarebbe stato sempre possibile, senza tutto dover accentrare nelle mani del Tesoro, di lasciare per intanto confluire sotto specie d'"azioni proprie", ma con vincolo d'alienazione almeno parziale entro un certo termine, sull'ente stesso (8).

Ne risulta, chiaramente, un dato preliminare veramente significativo. E, precisamente, che gli enti creditizi a base associativa, intendendosi per tali quelli in cui l'associatività s'esprimeva nella titolarità del "fondo di dotazione" (secondo la nozione già profilata, siccome allusiva a qualcosa di comparabile al capitale nelle società azionarie, nel RD 25.4.1929 n. 267 - T.U. delle Leggi sulle Casse di Risparmio - art. 3 ss., ma poi specificata, entro la normativa che qui interessa, a seconda ch'esso fondo sia "a composizione associativa" o "a composizione non associativa") (9), avevano la espressa possibilità, anzi che procedere in via di scorporo, di mettere capo a una trasformazione (DLgs. 356/1990 art. 4/1 "Gli enti di cui all'art. 1, comma 1, aventi il fondo di dotazione a composizione associativa, possono trasformarsi in società per azioni bancarie") o a una fusione (ib. art. 5/1 "Gli enti di cui all'art. 1, comma 1, con fondo di dotazione a composizione associativa, possono effettuare, tra loro ovvero con società bancarie, fusioni dalle quali - sia mediante incorporazione sia mediante costituzione di nuovi soggetti - risultino società per azioni bancarie"), in modo, quindi, da egualmente e sempre soddisfare all'istanza primaria (L. 218/1990 art. 1/1 "... da cui ... risultino comunque società per azioni operanti nel settore del credito ...", DLgs. 356/1990 art. 1/1). Donde, a sua volta, sembrerebbe doversi desumere che, tra gli enti pubblici creditizi, quelli che, in quanto a base associativa, potevano seguire e hanno effettivamente seguito la via della trasformazione stessa (o della fusione), anzi che quella dello scorporo, hanno anche avuto una configurazione a sé stante, differente cioè da quella che ora vedremo per gli altri enti, senza più essere investiti dalla normazione successiva (10).

Ma, considerata la più larga applicazione come prevista ed effettivamente praticata della tecnica dello scorporo (verso cui sembra avere ulteriormente premuto anche la Direttiva Ministeriale 18.11.1994), tanto più occorre che, in vista di darsi puntuale ragione delle implicazioni, sia qui espressamente riarticolata, nei suoi

momenti più tipici e qualificanti, la corrispondente vicenda giuridica (11). Vicenda che, a volersi tenere nei confini più rigorosi, può essere così sintetizzata: in via preliminare, se non utilizzabile una o più società preesistente, la costituzione d'apposita società azionaria (anche con atto unilaterale: L. 218/1990 art. 1/2 e DLgs. 356/1990 artt. 1/2 e 6/2); poi, in stretta complementarità, il conferimento (o operazione risultativamente analoga) dell'azienda bancaria (in modo, segnatamente, che rispetto alla società conferitaria l'ente conferente abbia ad acquistare, se non necessariamente la totalità del pacchetto azionario, almeno la maggioranza di controllo, quale poi da conservare: L. 218/1990 art. 2/1 lett. d); infine, quasi in riflesso del conferimento stesso, la trasformazione del conferente in un ente - per tenersi ora in una caratterizzazione prudenziale - essenzialmente non di profitto (il quale, volto ai fini d'interesse pubblico indicati dalla norma stessa, ma bisognosi di specificazione nel corrispondente statuto, venga poi a contare, per l'effettivo perseguimento degli scopi stessi, soprattutto sul reddito dal pacchetto azionario, quale rappresentativo del valore dell'azienda conferita) (12).

E, tutto ciò posto, preme ancora fermarsi sul ruolo, che ne deriva per gli enti conferenti, atteso che, mentre da L. 218/1990 art. 2/1 (lett. c) è messo l'accento sulla "gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette e indirette", invece da DLgs. 356/1990 art. 12/1 è messo a punto, per i principi cui devono conformarsi i rispettivi statuti, ch'essi "amministrano la partecipazione nella società per azioni conferitaria" (13), cui va aggiunto il fatto che, proprio in corrispondenza con quest'ultimo profilo, dovrebbe reputarsi specificato l'ulteriore obbligo d'un bilancio preventivo (14). Ne è stato argomentato, su una base a quel modo articolata, che gli enti conferenti, benché vincolati al mantenimento della maggioranza di controllo sulla conferitaria (15), sarebbero solo formalmente, non anche sostanzialmente (pena la vanificazione della riforma stessa), nel possibile ruolo di Holding (o capogruppo) (16). Ma, a parte che ciò pienamente contraddirebbe alla logica delineata nello studio base, sembra poi agevole replicare che, mentre la tecnica dello scorporo è addirittura tra i modi tipici per la formazione d'una Holding (17), la stessa variante stilistica tra "gestione" (L. 218/1990 art. 2/1 lett. c) e "amministrazione" (DLgs. 356/1990 art. 2/1 lett. b), lungi dall'importare col secondo termine una portata più ristretta (tanto più che sono poi entrambi a occorrere nel séguito anche della seconda disposizione), può essere invece nel solco d'una tradizione che, nel postularvi reciproca complementarità, li faccia piuttosto convergere, specie per quando si tratti d'una attività economica complessa, giusto e sempre nella comune idea del "management" (18).

1.3. Malgrado le perplessità non preclusive ma utilmente critiche sulla nozione in sé considerata, che pur si trovavano già abbozzate nello studio base (19), è stato poi e subito pensiero diffuso, che l'originario ente pubblico (siffattamente da qualificare - a stregua dell'impostazione tradizionale - in ragione soprattutto dei suoi

istituzionali fini di beneficenza), nonostante l'aver poi generato, quasi per gemmazione, la società per azioni quale conferitaria dell'azienda bancaria, doveva aver egualmente conservato il suo carattere pubblico, siccome chiamato a perseguire, coi possibili proventi dal pacchetto azionario, i fini d'interesse generale indicati dalle legge (e da determinare più specificamente nel nuovo statuto) (20). Cosa, a sua volta, resa piuttosto esplicita, di là da ulteriori e non trascurabili indizi, nello stesso testo del provvedimento delegato (DLgs. 356/1990 art. 11/2 "... hanno piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato ...") (21). E, inoltre, dottrinarmente risolta, agli effetti dei suoi rapporti con lo Stato, nella caratterizzazione, propriamente, quale ente non strumentale ma rilevante, epperò sottoponibile, benché sempre strutturalmente pubblico ("per l'attività usano il diritto privato, per l'organizzazione il diritto pubblico"), sì a una vigilanza governativa (legittimità), ma non anche a un controllo orientativo (indirizzo) (22).

E' stata poi sollevata questione se gli enti, che rientrano nella caratterizzazione dianzi profilata, siano da riportare, nonostante la loro natura di enti pubblici, al modello delle corporazioni (associazioni) o a quello delle istituzioni (fondazioni), osservandosi che a far propendere per la prima qualificazione non potrebbe essere nemmeno il riferimento al "fondo di dotazione" (ex RD 267/1929 art. 3 ss.), atteso, anzi, che nella nuova norma espressamente si distingue, in guisa da addirittura insistere sulla prima eventualità, a seconda che si tratti, per il singolo ente, di "fondo di dotazione a composizione non associativa" o "a composizione associativa" (DLgs. 356/1990 art. 12/1-2) (23). E, comunque, la propensione per il modello della fondazione, oltre a risultare avallata in via di occasionali riferimenti in fonti autorevoli (24), è stata espressa anche da noti specialisti (25).

Bastino pochi chiarimenti. La caratterizzazione, che abbiamo appena riportato, appare seriamente argomentabile, oltre che dall'essere l'ente preordinabile solo a finalità d'interesse pubblico (a differenza da quanto postulabile, per lo stesso verso, nella logica delle associazioni), anche, e anzi soprattutto, dall'essere la finalità stessa indisponibile agli stessi effetti del potere decisionale dei soggetti comunque operanti nella corrispondente organizzazione (atteso che, invece, le organizzazioni di tipo associativo sarebbero contraddistinte dagli opposti principi - modificabilità dello scopo originario e risolubilità del vincolo - sempre ad arbitrio degli stessi associati) (26). E, insomma, nella complessiva logica d'un vincolo di scopo, per l'insieme dei beni che vi sono coinvolti, da far riconoscere il riferimento allo schema fondazionale, seppure non ritraducibile in termini di sommaria sussunzione, siccome culturalmente e operativamente più produttivo (27).

Ma, in correlazione con quest'ultimo punto, vieppiù s'impone, circa lo stile di pensiero, una sommarissima precisazione. Nel senso, propriamente, che lo schema concettuale, a cui qui si tratta di far riferimento, va più particolarmente inteso (o utilizzato), non a stregua d'una classe, in cui operare l'inquadramento della

fenomenologia considerata (quasi - per esprimersi più chiaramente - a mo' di sussunzione), ma, piuttosto, a guisa d'un "tipo ideale", secondo la prospettiva (weberiana) che, già adottata per l'analisi qualificatoria della materia societaria (28), è stata per ultimo fruttuosamente applicata anche alla materia nostra (29). Quindi, complessivamente, in una visuale - più che rigidamente classificatoria - essenzialmente comparativa, che faccia perno, per un confronto utilmente orientativo, sulla logica propria al tipo, che viene assunto in possibile riscontro.

## **2. Ulteriore e nuovo assetto giuridico.**

2.1. La caratterizzazione degli enti risultanti dal conferimento dell'azienda bancaria come pubblici, benché data per scontata (30) e poi rispondente a formulazione univoca (DLgs. 356/1990 art. 11/2), poteva tuttavia prestarsi, sul piano d'una logica non immemore dei comuni valori giuridici, a riserve piuttosto appropriate. Ciò, se non altro, in linea con l'indirizzo di C. Cost. (sent.) 7.4.1988 n. 396, che ha avuto modo di stabilire l'illegittimità "sopravvenuta", seppure ormai a grande distanza dalla legge qualificativa (L. 17.7.1880 n. 6972 "Legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza"), della norma che, in guisa da prescindere dalla possibile decisiva rilevanza d'ulteriori profili, irrimediabilmente inquadrava tra le istituzioni pubbliche, in vista d'una progressiva creazione di corrispondenti strumenti statali (o similari), quelle appunto di beneficenza (L. 6972/1880 art. 1). E' stato fatto valere, a salvaguardia d'uno tra i principî fondamentali della attuale Costituzione (art. 2/1 "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità ..."), il criterio che, allorquando l'ente sia stato originato dall'autonomia privata, lo stesso abbia diritto a una qualificazione congruente a siffatta genesi (31).

Merita aggiungere - a scanso di possibili equivoci - una precisazione. Nel senso, segnatamente, che l'assoggettamento dell'ente a vigilanza del Ministero del Tesoro e della Banca d'Italia (DLgs. 356/1990 art. 14), il cui presupposto era altresì destinato a venir meno a seguito della dismissione promossa dalla L. 30.7.1994 n. 474 e della Direttiva Ministeriale 18.11.1994 (32), non mai avrebbe potuto giocare, ai fini della qualificazione dell'ente stesso siccome pubblico, alcun ruolo. Vi è decisiva, tra tutte, la considerazione ch'essa vigilanza, per quanto seriamente importante, trae però effettiva giustificazione, non dalla qualificazione predetta, ma dalla innegabile circostanza, che è istituzionalmente e concettualmente indipendente, della posizione dominante dell'ente stesso (conferente), sino a vero e proprio controllo, rispetto a società (conferitaria) con oggetto bancario (33). E, quindi, tanto più doveva tornare plausibile, combinando l'un argomento (positivo) con l'altro (negativo), di poi giungere, in via di sviluppo normativo, a una qualificazione radicalmente privatistica.

Ma, ammesso tutto questo, va anche tenuto conto che l'approdo ultimo, anzi che profilarsi a stregua d'uno svolgimento naturale, è stato realizzato in via d'una sequenza normativa che, incidendo sulla stessa impostazione iniziale, ha portato a mutamenti variamente notevoli. Avere presente - sulla scorta della messa a punto già profilata da altro studioso (34) - la sequenza così scandita. Quale, in prima battuta, la previsione che "gli enti creditizi pubblici ... possono effettuare trasformazioni ovvero fusioni con altri enti creditizi di qualsiasi natura, da cui, anche a séguito di successive trasformazioni o conferimenti, risultino comunque società per azioni operanti nel settore del credito" (L. 218/1990 art. 1/1 cfr. art. 2/1 e DLgs. 356/1990 art. 7), nell'intesa ch'essi, oltre a giovare di facilitazioni fiscali (L. 218/1990 art. 7) e a conservare il carattere pubblico (ex DLgs. 356/1990 art. 11/2), avrebbero mantenuto, in congruenza con l'oggetto come nuovamente definito (L. 218/1990 art. 2/1 lett. c: "gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie"), una partecipazione di controllo sulla società conferitaria (ib. lett. d: sostituibile - ex DLgs. 356/1990 art. 13/5 - con stessa partecipazione in altra società bancaria) (35). Poi, come seconda, la misura che, in guisa da rendere solo provvisoria la detta partecipazione (DL 21.5.1994 n. 332 "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni ..." - convertito nella L. 30.7.1994 n. 474 - artt. 7 e 7-bis), ne ha reso tendenzialmente obbligatoria la dismissione (Direttiva Ministeriale 18.11.1994 - G.U. 22.11.1994 n. 273 - art. 2/2: "Entro 5 anni ... gli enti conferenti procedono alla diversificazione del proprio attivo, in modo che: a) le spese da sostenersi per il perseguimento degli scopi statutari vengano coperte in misura superiore al 50 % con redditi diversi da quelli derivanti dalla partecipazione nella società conferitaria o, in alternativa, b) non più del 50 % del proprio patrimonio sia investito in azioni della società conferitaria"). E, ultima, la normativa della L. 19.12.1998 n. 461 ("Delega al governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti ..."), la quale, oltre a prevedere ch'essi enti "perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico" e che con l'approvazione delle modifiche statutarie a stregua dei previsti decreti "diventano persone giuridiche private con piena autonomia statutaria e gestionale" (art. 2 lett. a) e lett. l)), ha anche statuito la "perdita, ai fini tributari, della qualifica di ente non commerciale" ove l'ente, dopo il 4° anno dall'entrata in vigore del decreto predetto, risulti ancora in possesso della partecipazione di controllo (ex C. Civ. art. 2359 n. 1-2) sulla società conferitaria (art. 4 lett. b), disciplina che, per di più, risulta altresì aggravata nel provvedimento attuativo (DLgs 11.5.1999 n. 153, quale, per l'appunto, non solo enunciante senz'altro, senza più farla dipendere dall'approvazione delle modifiche statutaria [ma la dipendenza potrebbe ritenersi tuttora presupposta], la qualifica come "persone giuridiche private" [art. 2/1], ma anche comminante, per l'ipotesi che in certi termini l'ente non abbia ancora e autonomamente provveduto alla dismissione, la sua possibile attuazione, "nella misura idonea a determinare la perdita del controllo e nei tempi ritenuti opportuni in relazione

alle condizioni di mercato ed all'esigenza di salvaguardare il valore del patrimonio", per mezzo di "un apposito commissario" (art. 25/3).

Siamo, come si vede, a una progressione decisamente volta a provocare negli enti stessi, che originariamente si profilavano insieme pubblici e creditizi, una trasformazione, per più versi, veramente e variamente incisiva, per ultimo addirittura convergente, più che a liberare la banca dagli enti, quasi a liberare questi da quella. E, comunque, in uno stile che, destinato a suscitare per diversi riguardi non pochi dubbi di costituzionalità, vieppiù viene anche a esigere, per l'immediato séguito, d'essere attentamente valutato.

2.2. Qui subito preme, non tanto censurare la finale qualificazione dei discussi enti in termini di persone giuridiche private (qualificazione che anzi sembrerebbe meglio rispondere alla loro genesi da un'autonomia essenzialmente privata) (36), quanto porre l'accento sul fatto che la riforma, oltre ad avere aperto a una possibile trasformazione in società bancarie azionarie solo per gli enti già costituiti su base associativa (DLgs. 356/1990 art. 4/1), ha poi finito, all'interno di quest'ultimi, col riservare loro, a seconda che abbiano scelto quella trasformazione oppure no (e pur trattandosi di soluzioni che sarebbero state entrambe sul piano della economicità), un trattamento addirittura opposto (37). Ma, per quanto osservazione certamente arguta, questa non potrebbe mai riuscire, nei possibili risvolti d'ordine costituzionale, adeguatamente appropriata. E, invero, sembrerebbe ben più plausibile aggiungere che, anche a volere restringere l'attenzione agli enti già su base associativa, ogni eventuale censura, anzi che irrigidirsi sulla pretesa (e reale) disparità di sorte a seconda della scelta operata, andrà piuttosto concentrata sulla congruità della sorte in sé, ch'è stata adottata per gli enti non tramutatisi in società azionarie (e, quindi, da valere anche per quelli che, essendo non a base associativa, non mai avrebbero potuto avere altro esito).

Il discorso viene così - oltre che a obiettivarsi - anche ad allargarsi, valendo a investire tutti gli enti, costituenti poi la grande maggioranza, che hanno conferito l'azienda bancaria, come soluzione possibile o necessitata, a società azionaria appositamente costituita. E, a loro comune riguardo, va riconosciuto ch'essi, in riflesso dell'operato scorporo dell'azienda medesima, dovrebbero essersi ormai atteggiati, nei confronti della società conferitaria (investita della titolarità della corrispondente impresa), a guisa, per il tramite della conservata (e conservanda) partecipazione di controllo (L. 218/1990 art. 2 lett. d), di una "holding non profit" (38). Ciò che, a dire d'un nostro studioso veramente autorevole, sarebbe poi stato intaccato, troppo gravemente, dall'ulteriore evoluzione. E, precisamente, in via delle norme che, in modo da notevolmente alterare la perdurante operatività degli enti stessi sul piano dell'economicità, vi avrebbero piuttosto comportato, come caratterizzazione perfezionanda in forma statutaria, addirittura un mutamento di scopo (da 'economico'



in 'sociale': L. 461/1998 art. 1/1 lett. a] e DLgs. 153/1999 art. 2/1) (39). Ma, in onta alla innegabile abilità argomentativa, sembra potersi replicare che, come finalità non di lucro ma coordinate a interessi ideali erano certamente già proprie agli stessi enti nella loro configurazione originaria, così va anche detto ch'essi, nel mantenere quest'impostazione di fondo (comunque poi ulteriormente puntualizzata), avrebbero piuttosto continuato nel loro alveo naturale (e, d'altra parte, nell'intesa che anche gli enti già a base associativa, ma poi convertitisi in società bancarie azionarie, dovrebbero avere mantenuto, seppure con adattamento rispetto allo schema generale di C. Civ. art. 2247, la medesima impostazione) (40).

Ben più incisiva - a confronto di quanto dianzi profilato - l'ulteriore considerazione critica, richiamantesi al fatto che, conforme al criterio inizialmente ispiratore ("... utilizzi gli schemi del diritto della società per azioni, in modo tuttavia che il loro uso non confligga con l'esigenza di assicurare in mano pubblica il controllo del capitale") (41), lo scorporo dell'azienda bancaria in favore della società conferitaria avrebbe dovuto comportare nell'ente conferente, come da stabilmente mantenere, almeno una partecipazione di controllo (L. 218/1990 art. 2/1 lett. d), mentre la normazione ultima, se prima ha comminato decadenza agli effetti tributari dalla qualifica di ente non commerciale per il caso di mancata dismissione della predetta posizione dominante entro il termine appositamente previsto (L. 461/1998 art. 4 lett. b: cosa, peraltro, che potrebbe essere stata suggerita, in maniera piuttosto plausibile, dall'esigenza d'evitare, tra i diversi operatori pur convergenti nel medesimo campo, riflessi economici gravemente distorsivi), poi ha addirittura previsto, in corrispondenza dello stesso caso (a parte qualche rideterminazione del termine), un meccanismo di trasferimento coattivo (DLgs. 153/1999 art. 25/3) (42), quasi a volervi sanzionare, in via d'una sopravvenuta acredine in loro stesso riguardo, una capacità che, in modo da restare preclusa agli effetti delle azioni controllanti, abbia a ridursi solo alle controllate (43). Ciò che, negli stessi risvolti operativi, potrebbe anche risultare non troppo appropriato, atteso che, mentre "ai fini del presente decreto il controllo sussiste nei casi previsti dall'art. 2359, 1° e 2° co., del c. civ." (DLgs. 153/1999 art. 6/2), l'influenza potrebbe dispiegarsi anche in altro stile ("... in virtù di particolari vincoli contrattuali ...") (44). Ma, a parte quest'aspetto, va soprattutto aggiunto che, a sostegno della razionalità e plausibilità anche di quest'ultimo sviluppo normativo, potrebbe avervi utilmente giocato la considerazione, per sé stessa nient'affatto peregrina, che proprio la mancanza dello scopo di profitto nell'ente controllante la società bancaria, traducendosi nella mancanza del più potente e affidabile fattore d'impulso a rigorosa economicità, avrebbe infine potuto ben giustificare, in sostanziale coerenza con l'impostazione iniziale, l'intervento sanzionatorio ultimo, che abbiamo visto in funzione dismissiva della partecipazione stessa.

Quindi, pur nella incidenza innegabilmente via via crescente, una plausibile tenuta della razionalità ispirativa. E, tuttavia, così congegnata, nei suoi risvolti formali,

che difficilmente la si potrebbe ritenere compatibile con la sua base legittimativa. Viene, per questo riguardo, la circostanza che la legge, col comminare "perdita, ai fini tributari, della qualifica di ente non commerciale ... qualora (nell'ente), allo scadere del termine previsto ... risulti ancora una partecipazione di controllo" nella società conferitaria (L. 461/1998 art. 4 lett. b), ha certo introdotto una sollecitazione, ma non ancora costrizione, ad abbandonare il controllo stesso, mentre il decreto attuativo, col prevedere una dismissione coattiva (a mezzo d'apposito commissario: DLgs. 153/1999 art. 25/3), ben sembrerebbe, rispetti ai contenuti della legge delegante, avervi nettamente travalicato (45). Sì, magari, in armonia col voto della Camera Deputati per "comunque evitare la permanenza di partecipazioni di controllo nelle banche e nelle società che operano in settori diversi da quelli previsti dall'art. 2 co. 1 lett. b) da parte delle fondazioni" (seduta 16.12.1998 n. 456) (46), ma, appunto, senza aver posto mente che il voto stesso, per quanto apprezzabile (e se poi veramente tale) sul piano politico, assai meno dovrebbe esserlo, come per noi più (o solo) può contare, su quello strettamente giuridico (47).

2.3. Altro versante (48). Cost. art. 128 stabilisce che l'autonomia di Comuni e Province è regolata con leggi generali, ossia con leggi, oltre che eguali nei confronti dei propri destinatari, anche organiche nella loro articolazione interna. E, quindi, nell'intesa che nessuna ne possa essere abrogata, in tutto o in parte, se non da legge che, oltre a dichiararsi siccome generale, s'impegni per un adeguato superamento della precedente. In sintonia, per questo stesso riguardo, non solo con la generica indicazione di C. Cost. (sent.) 30.7.1981 n. 173, secondo cui una ablazione di poteri di enti costituzionalmente garantiti dev'essere verificata e limpidamente motivata, ma anche con la specifica precisazione di L. 8.6.1990 n. 142 ("Ordinamento delle autonomie locali") art. 1/3 ("Ai sensi dell'art. 128 della Costituzione, le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe ai principi della presente legge se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni"). Cosa, appunto, che difficilmente potrebbe riconoscersi rispettata, per quanto a noi interessa, agli effetti della qui discussa materia.

Ecco - in estrema sintesi - il punto essenziale. Va tenuto presente che, al pari degli enti creditizi locali, anche quelli poi emersi, a seguito del conferimento dell'azienda per l'esercizio del credito, come fondazioni bancarie (ex L. 218/1990 e DLgs. 356/1990), erano venuti ad atteggiarsi, come appunto logica esige, a enti strumentali dei poteri locali (Comuni e Province). E, quindi, anche rispetto alle dette fondazioni, concepite con funzione di controllo sulle società (bancarie) appositamente generate (L. 218/1990 art. 2/1 lett. d), giusto gli stessi poteri, in quanto esponenziali della realtà storica e sociale delle relative comunità, avevano avuto modo di mantenere competenza, per quello che è il loro fondamentale compito di cura dello sviluppo anche economico (L. 3.8.1999 n. 265 art. 2 - ripuntualizzante, in funzione

sostitutiva, L. 142/1990 art. 2 - co. 1° "Il comune è l'ente locale che rappresenta la comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo", co. 2° "La provincia, ente locale intermedio tra comune e regione, ne cura gli interessi, ne promuove e ne coordina lo sviluppo"), quanto alla nomina (senza, beninteso, mandato imperativo), ma anche alla possibile revoca (compensante alla non imperatività), dei relativi amministratori. Cosa, per il tutto, poi decisamente compromessa, in maniera oggettivamente irreparabile, dalla più recente normazione su esse fondazioni, siccome chiaramente implicante, oltre che più o meno grave deminutio per i poteri locali agli effetti della nomina degli amministratori stessi (ex L. 461/1998 art. 2/1 lett. g] e DLgs. 153/1999 art. 4/1 lett. c]), anche un necessario svuotamento per le stesse fondazioni, con ripercussioni inevitabili sul piano dell'operatività economica, agli effetti del controllo sulle società bancarie pur da esse generate (ex DLgs. 153/1999 art. 25/3).

Tutto ciò sembra veramente avere assunto - benché costruito con materiali piuttosto vari - una assai compatta evidenza. Ma, pur nel rispetto per lo spirito che internamente lo anima, non va tuttavia trascurato che, almeno a svolgere il ragionamento in astratto, qualche mezzo compensativo, in risanamento della logica costituzionalistica, potrebbe essere nella stessa normativa criticata. E, precisamente, a cominciare dal fatto che entro tale normativa, formalmente concepita in chiave generale anche per un rimodellamento delle autonomie locali (Cost. art. 128), già la L. 461/1998 art. 2/1 lett.-a, presto ribadita in DLgs. 153/1999 art. 2/1, ha espressamente enunciato, per gli enti che qui sono in discussione (fondazioni bancarie), che essi vi devono perseguire scopi, oltre che di "utilità sociale", anche di "promozione dello sviluppo economico" (49) (50). Poi, ulteriormente, dal fatto che, in raccordo anche con la indicazione appena richiamata, vi è altresì formulata l'esigenza, quanto alla strutturazione interna degli enti stessi, che bisogna comunque assicurare, per la composizione di quello che deve esservi l'organo d'indirizzo, "la rappresentanza del territorio" (L. 461/1998 art. 2/1 lett.-g, opportunamente puntualizzato, in funzione di specifici parametri, da DLgs. 153/1999 art. 4/1 lett.-f). Cose, entrambe, che ben dovrebbero meritare, come momenti d'un disegno normativo programmaticamente generale, una più impegnativa, ma possibilmente anche più produttiva, analisi.

Siamo sempre, come si può ben vedere, a uno sviluppo formalmente coerente, per una più decisa immersione nella logica di mercato anche degli enti che, pur storicamente promananti da autonomie private e locali, siano comunque operanti per il credito. E, in rispetto per i valori che vi sono così sottesi, ne dovrebbe seguire, se non necessariamente invalidazione sul piano costituzionale, almeno un indirizzo interpretativo, che ne tenga adeguato conto.

### **3. Spunti ulteriormente costruttivi.**

3.1. Com'è noto, il C. Civ. 1942, anche come erede d'una certa avversione per i corpi intermedi (quale affermata con la rivoluzione francese), ha rigorosamente adottato, per il riconoscimento (art. 12) e la modificazione (art. 16/3) degli enti non di profitto (associazioni e fondazioni), il sistema concessorio (implicante, come tale, un autoritativo giudizio di meritevolezza, che investe la programmata attività e organizzazione), cui poi naturalmente s'accompagna, per parte sempre del potere politico (o amministrativo), un penetrante controllo sulla gestione (sino, tra l'altro, alla possibile invalidazione delle delibere o all'imposizione di fusioni, nonché agli effetti, prima della recentissima riforma con L. 15.5.1997 n. 127 art. 13, degli acquisti gratuiti e degli acquisti immobiliari) (51). E, per tale riguardo, nemmeno è mancata un'iniziativa autorevole, oltre che tecnicamente assai qualificata (Min. S. Cassese), per l'affermazione dell'esigenza che, in corrispondenza con quanto già realizzato dal C. Comm. 1882 per le società di capitali (principio normativo), anche per gli enti predetti abbia a essere decisiva, per l'iscrizione perfezionativa nell'apposito registro (quale già previsto in C. Civ. art. 33), la sola omologazione (come giudizio - nella competenza dell'Autorità Giudiziaria - di mera conformità) (52). Solo ch'essa, per quanto per più parti salutata con deciso favore, ha presto incontrato un deciso ostacolo nel Consiglio di Stato (parere 95/1994 nell'adunanza generale 13.4.1994) (53), il quale, nel contesto d'osservazioni varie (e, complessivamente, denuncianti una certa vocazione all'immobilismo giuridico), ha anche fatto valere, come principale motivo critico, la considerazione che, come solo un regime di rigorosa tipizzazione quale vigente per le società di capitali può avervi giustificato il principio normativo (secondo il meccanismo dell'omologazione), così lo stesso non mai sarebbe ammissibile per gli enti non profit (questi sembrerebbero presentarsi, quasi per loro ineliminabile natura, nel segno d'una varietà molteplice, non mai riducibile, anche per l'impianto organizzativo, a tipi univocamente predeterminati) (54).

E' poi sopravvenuto, in grande lucidità e spirito costruttivo, uno studio seriamente impegnato, che, proprio nel recente riordino delle fondazioni bancarie, ha creduto di ravvisare, per la generale riforma delle persone giuridiche private, un passo notevole (55). Vi ha fatto propriamente valere, in consapevolezza dell'importanza del motivo dianzi richiamato, la considerazione che, se è effettivamente indispensabile una previa tipizzazione nella configurazione degli enti non per scopo di lucro (con previsione, nel loro assetto normativo, di strumenti di tutela per i terzi e di sistemi per contabilità e pubblicità), giusto in questa linea, non senza avervi altresì preconstituito un'apposita e indipendente Autorità di Vigilanza (per il controllo - oltre che del rispetto di legge e statuto - della sana e prudente gestione, quindi, per la sua stessa impostazione, agli effetti non dei singoli atti ma dello stile operativo), sembra essersi mossa la qui discussa disciplina (con una precisa scansione, oltre che dei possibili fini, anche dei corrispondenti organi, senza mai potersi eludere la distinzione funzionale).

Ciò che, per l'insieme, potrebbe avviare verso una regolamentazione congruamente orientata, conforme alle istanze della stessa Carta Costituzionale, per una adeguata liberalizzazione, come destinata a svolgersi nel segno d'una complessiva 'selfregulation', dell'insieme degli enti qui interessati.

Tuttavia. Non dovrebbe andar smarrito, a giudizio dello stesso autore, il senso della differenza profonda, per cui, mentre nelle associazioni "gli interessati ai risultati della gestione sono gli stessi che direttamente o indirettamente esercitano l'amministrazione dell'ente", nelle fondazioni "i destinatari della gestione sono soggetti diversi dai gestori". Donde, a sua volta, la plausibilità d'una messa a punto, per cui, mentre agli effetti delle une potrebbe ritenersi sufficiente il riscontro giudiziale per l'omologazione, agli effetti delle altre l'omologazione stessa dovrebbe, anzi che esaurirsi in sé medesima, fondarsi su previa autorizzazione dell'Autorità di Vigilanza. In modo, quindi, non solo da doversi sempre spostare il provvedimento conclusivo, dall'Autorità Amministrativa (sostanzialmente incompetente), a quella Giudiziaria, ma anche da non far mai mancare, in riguardo delle fondazioni, il controllo ulteriore, siccome insieme indipendente e professionalizzato, d'una Authority apposita (56).

Siamo, come si vede, a un disegno piuttosto organico e ben meritevole, nei suoi possibili esiti, di essere ripreso e approfondito. Ma, per risultare più coerente e incisivo, si dovrebbe anche tenere conto, in relazione alla già vigente procedura impostata sul principio normativo per le società di capitali, che l'omologazione giudiziale è ormai entrata, variamente e gravemente, piuttosto in crisi (57). Donde, per ciò stesso, anche la plausibilità, se non mai di disattendere l'omologazione stessa come impostazione di fondo, si almeno di cercare di rimodellarla, in vista di evitare ulteriori sovraccarichi per l'Autorità che ne viene coinvolta, in maniera funzionalmente appropriata.

3.2. Nel pensiero giurisprudenziale - teorico e pratico - è ormai scontato che, come può profilarsi società per l'esercizio in comune d'attività economica (impresa) anche senza l'ulteriore scopo della divisione degli utili (58), così è profilabile associazione o fondazione anche per o con attività economica (impresa) ma sempre senza scopo di lucro (per associati e fondatori) (59). E, naturalmente, con implicazioni che andavano tratte in tutto il loro rigore (60). Quali, anzi tutto, agli effetti dell'obbligo d'iscrizione nel Registro Imprese, che deve valere, per l'appunto, non nello stile per le società (ex C. Civ. tit. V: art. 2000), rispetto a cui è destinata ad assumere prevalenza la 'forma' sulla 'sostanza' (art. 2000/1 "... anche se non esercitano un'attività commerciale") (61), ma in quello per la persona fisica "esercita(nte) professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio" (art. 2082), quindi, a conti fatti, non solo subordinatamente a dimensione imprenditoriale oltre un minimo (art. 2083), ma anche in ragione del contenuto specificamente commerciale (art. 2135 ss. e art. 2195), nonché, ovviamente, in

dipendenza dall'effettivo inizio dell'impresa stessa (62). E, inoltre, agli effetti della tenuta delle scritture contabili (ex art. 2214 ss.) e della soggezione al fallimento (art. 2221), atteso che, pure a ritenere l'obbligo d'esse scritture non necessariamente complementare a quello d'iscrizione nel Registro Imprese (giacché, per tale caso, la questione dovrebbe intendersi già risolta nel senso precisato dianzi), ma piuttosto legato all'apparato sanzionatorio connesso alla soggezione al fallimento (63), tuttavia anche per il primo punto sarà poi facile derivare, come ben argomentabile per il secondo, la stessa soluzione affermativa (64).

E' sulla medesima linea lo sviluppo tracciato nei testi normativi specificamente concernenti le fondazioni bancarie. I quali, per l'appunto, hanno il non trascurabile merito, non tanto d'avere portato ad acquisizioni assolutamente nuove, quanto d'avere avvalorato acquisizioni già segnate dal pensiero giuridico. Nel senso, anzi tutto, ch'esse fondazioni, come prima cosa, "possono esercitare ... imprese direttamente strumentali ai fini statutari, esclusivamente nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli ...", nonché "detenere partecipazioni di controllo in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di tali imprese" (L. 461/1998 art. 2/1 lett. d). E, inoltre, ch'esse "possono esercitare, con contabilità separate, imprese direttamente strumentali ai fini statutari ..." (ib.). Quindi, per l'insieme, con messa in evidenza d'alcuni punti, che sono stati dianzi determinati in teoria generale, sia ai fini della idoneità delle fondazioni (bancarie) all'esercizio d'impresе (strumentali), sia a quelli operativi (contabilità separata). E, pertanto, da lasciar intendere che anche gli altri punti, benché non espressamente ribaditi, debbano ritenersi calzanti.

Ma, a ben riflettere, non dovrebbe poi essere difficile persuadersi che l'ammesso esercizio per le fondazioni bancarie - in via immediata (come titolari delle imprese interessate) o mediata (come partecipazione di controllo su società o enti esercitanti le imprese stesse) - viene propriamente a segnare, a confronto dell'impostazione teorica, una misura, anzi che ampliativa, addirittura restrittiva. Cosa, peraltro, che sarebbe stata suggerita, come motivo veramente essenziale, dal voler "prevenire la progressiva deviazione della fondazione dai propri fini istituzionali, in quanto assorbita dalle attività imprenditoriali intraprese" (65). E, per di più, da inquadrare in un contesto, come quello nostrano, che sembra mostrare, nel concorso dinamico tra "operating foundation" e "grant-making foundation", una parte assai maggiore occupata dal primo tipo (anche se, a sua volta, oltre che attenuata dalla compresenza di fondazioni "miste", altresì giustificata dalla non adeguata funzionalità, per i settori che qui interessano, del restante panorama istituzionale) (66).

Non solo. Va aggiunto, per l'aspetto più interessante, che una tale restrizione - oltre a essere ulteriormente attenuata dalla sempre salva possibilità di partecipazioni anche in altre società purché senza arrivare a potere di controllo - non mai potrebbe

esser elevata, se non in via d'argomentazione puramente astratta, a serio dubbio di costituzionalità. Tanto più, questo, ov'essa sia confrontata col limite ben più grave limite, eppur mai attaccato su quel piano, che operava per gli stessi enti, fino a pochissimo tempo addietro, persino agli effetti degli acquisti immobiliari. Vuol dire, per l'uno e l'altro verso, che si tratta d'impostazioni più o meno criticabili, ma sempre ponentisi almeno a un livello di razionalità accettabile (e, come tale, ben comprensibile nell'autonomia della normazione ordinaria).

3.3. Nella formazione d'un ente quale la fondazione vengono due distinti momenti: dall'una parte, quello della disposizione patrimoniale, che si esprime nella destinazione di beni a un determinato scopo (denominato - nella terminologia del più grande teorico della materia - *Zwecksatzung*) (67); e, dall'altra, quello organizzativo, per determinare la struttura operativa in vista della realizzazione dello scopo stesso (68). Essi sono in ordine, oltre che logico, anche d'importanza, nel senso che, mentre il primo è assolutamente indispensabile (e dipendente dalla volontà del fondatore), il secondo, per quanto normalmente complementare, può essere variamente integrato (in guisa da andare anche oltre la volontà del fondatore stesso). E, tutto ciò posto, sta anche di fatto che, mentre per le piccole fondazioni il secondo momento è assai poco curato, nelle altre, che siano destinate a complessità operativa, anche il profilo organizzativo, che strettamente si connette alla determinazione dei fini, viene sempre più a trovare una impegnata, oltre che impegnativa, considerazione. E, a sua volta, tanto più si spiega che per le nostre fondazioni, venute a esistenza niente meno che attraverso lo scorporo d'una azienda bancaria, la nuova normativa abbia apprestato grande attenzione, in vista anche di congruamente indirizzarvi l'autonomia statutaria, giusto all'aspetto organizzativo. Non, beninteso, per la configurazione d'alcunché assolutamente nuovo, ma per la ripresa, con opportuni adattamenti, d'un modulo già sperimentato altrove.

E' osservazione ricorrente - con riguardo alla fenomenologia societaria - che, mentre nelle società di persone lo svolgimento resta dominato dal principio contrattualistico, la società di capitali (e soprattutto quella azionaria), benché parimenti costituita con contratto (ma, come risaputo, circostanza non indefettibile), successivamente vive come istituzione (addirittura svincolata dalla persona dei contraenti) (69). Ne risulta, per la struttura interna di quest'ultima, che essa si articola, oltre che in un organo assembleare (a cui, in ispecie, spettano i supremi atti di governo, quali a loro volta distinguibili, in guisa da riflettersi sul meccanismo dell'organo stesso, a seconda che in rispondenza a compiti ordinari o straordinari), in altri due organi distintamente configurati, per la funzione esecutiva (facente capo - con competenza d'ordine generale - agli amministratori) e per quella di controllo (facente capo - in vista dell'osservanza di legge e statuto - al collegio sindacale) (70). E, a riprova della complessità e importanza che si presuppone per le fondazioni

bancarie, torna assai significativo che, nel volerne ridefinire il regime civilistico agli effetti organizzativi, si sia testualmente stabilito, in vista di garantirvi un adeguato tasso d'efficienza pur nella legalità, che nei loro statuti le stesse abbiano a prevedere, in corrispondenza con lo schema delle società azionarie e simili, "distinti organi di indirizzo, di amministrazione e di controllo" (L. 461/1998 art. 2/1 lett. g), quali poi rideterminati, con termini ripetitivi ma ancor più puntuali, dalla norma attuativa (DLgs. 153/1999 art. 4 "Gli statuti, nel definire l'assetto organizzativo delle fondazioni, si conformano ai seguenti principi: a) previsione di organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo ...").

Merita subito aggiungere che anche nei nostri enti, non diversamente dal modello societario, gli organi di amministrazione e di controllo, lungi dal profilarsi siccome autofondati, sono in genetica dipendenza dall'organo base (DLgs. 153/1999 art. 4/1 "Gli statuti ... si conformano ai seguenti principi: ... b] prevedendo che l'organo stesso [= d'indirizzo] provveda comunque in materia di: ... 2] nomina e revoca dei componenti dell'organo di amministrazione e di controllo e determinazione dei relativi compensi ..."). E, quindi, va detto - quanto alla loro configurazione e competenza - che, ferma la loro decisiva dipendenza dall'organo base, tutto (o pressoché tutto) può essere risolto in via normativa, sì, insomma, da lasciar ridurre a ben poca cosa il possibile ruolo della via statutaria (71). Ma, tornando all'organo base, troviamo che, mentre nella logica societaria il titolo di partecipazione è già decisamente dallo status di socio (quale determinabile, con risvolti d'univoca evidenza, da numero e tipi delle corrispondenti azioni), nei nostri enti, mancando un titolo siffatto (o equipollente), si pongono ardui problemi di determinazione. Ragion per cui è anche perfettamente comprensibile che, mentre nella materia societaria tutto può essere organicamente prefissato in schemi generali, quali, per l'appunto, in statuti elaborati autoritativamente (72) o in proposizioni normative (73), invece nei nostri enti, per la determinazione dell'organo d'indirizzo, la regolamentazione statutaria viene a profilarsi, oltre che addirittura indispensabile, siccome straordinariamente impegnativa (74).

Ne risulti così guadagnata, anche agli effetti teorici, una piena consapevolezza, in consonanza con la logica stessa della materia, dell'importanza fondamentale, che spetta alla determinazione, in via essenzialmente statutaria, dell'organo d'indirizzo, siccome decisivo, a sua volta, per la formazione degli altri. Ma, insieme a tutto questo, nemmeno può andar smarrito che, se la conformazione di siffatti enti è, non tanto (o non già) per produrre ricchezza, quanto per utilizzare la ricchezza prodotta, allora deve anche seguirne, come cosa sin troppo ovvia, che lo stesso assetto organizzativo, più che lasciarsi assorbire in attività economica propria, deve soprattutto e abilmente saper contare, in via di calibrati impegni dei capitali disponibili, su assetti manageriali altrui (L. 461/1998 art. 2/1 lett. c: "... principi di economicità della gestione ... conservazione del valore del patrimonio ... adeguata redditività rispetto al patrimonio



stesso ... diversificazione degli investimenti ... conferimento, ai fini della gestione patrimoniale, di incarichi a soggetti autorizzati"). In perfetta coerenza, pertanto, con quella che, a tenore delle stesse norme, più sembra volervi essere, in maniera sin troppo univoca, la razionalità ispirativa.

*Salvatore Tondo*

- 
- (1) Già segnalato - come Libro Bianco (e così citato anche qui nel séguito) - da F. MERUSI, Dalla banca pubblica alla società per azioni, in BBTC 1990/I, p. 1 ss.
  - (2) Libro Bianco, § 4 (p. 9 ss.).
  - (3) *Ib.*, § 5 (p. 12 ss.).
  - (4) *Ib.*, § 6 (p. 13 ss.).
  - (5) *Ib.*, § 6 (p. 13 ss.), § 7 (p. 19 ss.).
  - (6) F. MERUSI, Tre obiettivi per un cannone, in BBTC 1991/I, p. 445 nt. 1.
  - (7) MERUSI (nt. 1), p. 10 ss.
  - (8) P. SCHLESINGER, Le cd. 'fondazioni bancarie', in BBTC 1995/I, p. 422.
  - (9) S. CASSESE, La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti, in ACRI (cur.), La l. 30.7.1990 n. 218 (Contributi per la ristrutturazione delle casse di Risparmio e delle Banche del Monte), Roma 1991, § 3.9, p. 35.
  - (10) G. OPPO, Le fondazioni (ex)bancarie: una strana vicenda legislativa, in AMBROSINO e CAPRIGLIONE), Le 'fondazioni bancarie', Padova 1999, p. 5.
  - (11) Utile rappresentazione - ma senza osservanza dello stesso ordine - nella trattazione di G. IORIO, Le fondazioni, Milano 1997, § 13, p. 12 ss. Avere altresì presente - con SCHLESINGER (nt. 8), p. 421 ss. - quanto già realizzato, in via della L. 8.8.1992 n. 359 art. 15 (convertente il DL 11.7.1992 n. 333), per i principali enti pubblici economici (IRI, ENI, ENEL, INA).
  - (12) MERUSI (nt. 6), § 2, p. 447.
  - (13) CASSESE (nt. 9), § 3.3, p. 31.
  - (14) Va tenuto conto che un siffatto bilancio, pur non necessariamente escludente la compresenza di funzione imprenditoriale (F. MERUSI, Natura, patrimonio e obiettivi dei cd. enti-fondazione, in Bancaria 1994, § 2, p. 22), è però tipicamente proprio agli enti erogatori (CASSESE [nt. 9], § 3.3, p. 31).
  - (15) Per tutti, IORIO (nt. 11), § 13.1, p. 34.
  - (16) CASSESE (nt. 9). § 3.3, p. 31.
  - (17) G.P. SAVI, Società finanziaria, in NNDI XVII 1970, § 3, p. 717.
  - (18) Ciò, oltre a doversi ritenere non ostacolato dalla impossibilità di "esercitare direttamente l'impresa bancaria" e di "possedere partecipazioni di controllo nel capitale di imprese bancarie diverse da s.p.a. conferitaria" (DLgs. 356/1990 art. 12/1 lett. b), nemmeno potrebbe ritenersi contraddetto dalla possibilità solo transitoria che membri del comitato gestorio dell'ente siano membri nel consiglio amministrativo o controllo della conferitaria (art. 12/1 lett. c). Come rilevato da MERUSI (nt. 6), p. 447, v'è solo sottesa l'esigenza che il nesso organico tra amministratori del conferente e amministratori (o sindaci) della conferitaria, profilatovi come possibile in via transitoria (ma ancora non escludibile per il futuro), non abbia a tradursi in una sorta di 'immedesimazione' permanente.
  - (19) Libro Bianco, § 4 (p. 9 ss.).
  - (20) MERUSI (nt. 6), § 2, p. 447.

- (21) CASSESE (nt. 9), § 3.8, p. 34.
- (22) MERUSI (nt. 14), p. 22 ss.
- (23) CASSESE (nt. 9), § 3.9, p. 35.
- (24) C. Cost. (sent.) 16.2.1993 in Giur. It. 1994 I/1, c. 322 ss. (con nota di G. NAPOLITANO, cc. 322-332), L. 30.12.1996 n. 662 art. 3/189 lett. a).
- (25) P. RESCIGNO, La fondazione ed i gruppi bancari, in Banca, impr., soc. 1992, p. 389 ss.; R. COSTI, La riforma delle fondazioni bancarie, in St. Rescigno, II/1, Milano 1998, p. 227 ss.; A. ZOPPINI, Comm. alla legge sulle cd. fondazioni bancarie, in Corr. giur. 1999, p. 411 ss.
- (26) Molto puntuali - di là da A. ZOPPINI, Le fondazioni, Napoli 1995, p. 132 ss. - le formulazioni, qui pressoché testualmente adottate, di F. GALGANO, Diritto privato, 5a ed., Padova 1988, p. 637 ss.
- (27) G. ALPA, Note minime sul patrimonio delle 'fondazioni bancarie', in Vita not. 1999, p. 495 ss.
- (28) H. WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, I: Grundlagen, München 1990, § 2, p. 85 ss. (sugli 'Idealtypen' e i 'Realtypen' delle società commerciali).
- (29) H. KRONKE, Stiftungstypus u. Unternehmensträgerstiftung, Tübingen 1988.
- (30) CASSESE (nt. 9), § 3.8, p. 34.
- (31) Impostazione ripresa, per il nostro tema, da MERUSI (nt. 14), p. 26. Va integrata, per illuminanti accenni alla complessiva genesi storica della fenomenologia qui discussa, con lo studio di A. PREDIERI, Fondazioni bancarie, dismissione coattiva della partecipazione di controllo nelle società bancarie e compiti di sviluppo degli enti locali, in A. e C. (nt. 10), p. 120 ss.
- (32) F. MERUSI, La nuova struttura delle fondazioni bancarie: scopi istituzionali e modifiche statutarie, in Bancaria 1995, p. 39.
- (33) IORIO (nt. 11), § 13.3, p. 41.
- (34) OPPO (nt. 10), p. 2 ss.
- (35) E fatta altresì salva - per gli enti a base associativa - la possibilità, come già segnalato, di direttamente "trasformarsi in società per azioni bancarie" (DLgs. 356/1990 nt. 4/1).
- (36) Sopra, § 2.1 (cfr. § 1).
- (37) OPPO (nt. 10), p. ss.
- (38) E. LOFFREDO, Economicità e impresa, Torino 1999, p. 184 ss.
- (39) OPPO (nt. 10), p. 7.
- (40) Prospettiva già ripresa in S. TONDO, Associazioni e attività imprenditoriale, in Riv. not. 1994, p. 235 ss.
- (41) Libro Bianco, § 5 (p. 13).
- (42) OPPO (nt. 10), p. 6.
- (43) Giusta la ritraduzione - in termini ironici ma calzanti - di PREDIERI (nt. 31), p. 125.
- (44) Altri rilievi - utili per più riguardi - in F. CAPRIGLIONE, Operatività delle fondazioni bancarie e dismissione del 'controllo' sulle s.p.a. conferitarie, in A. e C. (nt. 10), p. 99 ss.
- (45) OPPO (nt. 10), p. 6; PREDIERI (nt. 31), p. 124 ss.
- (46) In A. e C. (nt. 10), p. 337.
- (47) CAPRIGLIONE (nt. 44), p. 111 ss.
- (48) PREDIERI (nt. 31), p. 139.
- (49) In Giust. cost. 1981, p. 1518.
- (50) Segnalazione in A. GENTILI, La riforma delle fondazioni di origine bancaria, in Riv. dir. civ. 1999, p. 407.
- (51) Tener conto che, per ambedue i versi, il relativo procedimento risulta regolato, prima ancora che nelle norme codicistiche, anche e già da quelle, concepite in funzione attuativa della L. 5.6.1850, in RD 1817/184. E, per l'accennata recentissima riforma, M. V. DE GIORGI, in NLCC 1997, p. 1303 ss.
- (52) Comunicazione 20.1.1994 (alla Presidenza Camera Deputati).
- (53) Per il tutto, G. PONZANELLI, Gli enti collettivi senza scopo di lucro nell'attesa della riforma, in Giur. comm. 1995/I, p. 515 ss. Vedine anche: Le fondazione bancarie tra passato, presente e futuro, in Le Organizzazioni senza fini di lucro (Congr. Intern. Stresa ott. 1995), p. 249 ss.

- (54) G. MARICONDA, N. RAITI e S. TONDO (estensore), Per un nuovo regime degli enti non di profitto, in St. e Mat. CNN, V/2 (1995-97), Milano 1998, p. 321 ss. (già in Notariato 1995).
- (55) COSTI (nt. 25), p. 229 s.
- (56) COSTI (nt. 25), p. 231 ss.
- (57) S. TONDO, Appunti critici e propositivi sul controllo giudiziario di atto societari, in St. Rescigno, IV/3, Milano 1998, pp. 727-791.
- (58) Quindi, per questo verso, in divergenza dal 'tipo ideale' (cfr. WIEDEMANN [nt. 28], p. 85 ss.), tanto che qualche autore, magari in esteso, vi ha costruito un titolo (G. SANTINI, Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali, in Riv. dir. civ. 1973, § 2, p. 151 ss., cui aggiungere, per una trattazione più equilibrata, G. MARASA', Le 'società' senza scopo di lucro, Milano 1984, pp. 353-391).
- (59) Notevole, per un primo incisivo impatto, A. PREDIERI, Proposte per una nuova disciplina legislativa delle fondazioni e degli istituti di cultura in Italia, in Convegno 1966 (Funzioni e finalità delle fondazioni culturali)I, Roma 1967. E, per il più recente sviluppo, P. RESCIGNO, Persona e comunità, Padova 1988 (v. anche Fondazione e impresa, in Riv. soc. 1967, p. 837 ss.).
- (60) Importante, a questo riguardo, R. COSTI, Fondazione e impresa, in Riv. dir. civ. 1968/I, p. 1 ss., ripreso in TONDO (nt. 40), pp. 235-250.
- (61) Vedere - per la concettualizzazione - G. OPPO, Materia agricola e 'forma commerciale', in Scr. Carnelutti, III, Padova 1950, p. 83. Da integrare, per altri riguardi, con (COSTI [nt. 60] p. 27).
- (62) A differenza, appunto, dalle società commerciali (implicanti immediata obbligatorietà dell'iscrizione: F. FERRARA e F. CORSI, Gli imprenditori e le società, 7a ed., Milano 1987, § 2.15, p. 72; TONDO [nt. 40], p. 246).
- (63) G. SANTINI, Le soc. a r. l., in SB, Bologna e Roma 1964, p. 206.
- (64) Vedere - in posizione critica verso P. RESCIGNO, Riv. soc. 1967, p. 840 ss. (e Fondazione, in ED, XVII 1968, p. 812) - COSTI (nt. 60), p. 27, nonché TONDO (nt. 40), p. 449. Aggiungere che la soggezione a fallimento della fondazione esercitante impresa è stata applicata da Trib. Milano 17.6.1994 (Giur. It. 1995/II, c. 283 s.).
- (65) ZOPPINI (nt. 25), p. 413.
- (66) Vedere, per una interessante analisi fenomenologica, lo studio - in XXI Secolo 1997/13 - Fare crescere la società civile: le fondazioni, pp. 1-20.
- (67) E. I. BEKKER, Systeme des heutigen Pandektenrechts, I-II (1886-1889).
- (68) GALGANO (nt. 26), § 37.1, p. 638.
- (69) P. TRIMARCHI, Ist. di dir. priv., 5a ed., Milano 1981, § 495, p. 699.
- (70) GALGANO (nt. 26), § 40.8, p. 709 ss.
- (71) Onde, non a caso, estrema sommarietà di notazioni, per questo specifico riguardo, anche nella Direttiva Ministeriale 5.8.1999 (§ 4.3-4).
- (72) Come, a opera del Conseil d'Etat, nell'applicazione del C. Comm. 1807 (E. VINCENS, Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du C. de Comm., I, Paris 1834, p. 327 s., 335 ss.).
- (73) Come già nel C. Comm. 1882 (valso a rendere non più indispensabile, per la determinazione dell'assetto organizzativo, uno statuto apposito: A. MARGHIERI, Delle società, in C. Comm. commentato, Torino 1929, § 120, p. 128 nt. 1).
- (74) Suggestivi utilmente orientativi - già in relazione al regime comune - in F. GUASTI, Fondazione e impresa: La situazione e le prospettive nell'esperienza del professionista e del notaio, in "Forum del XXXV Congr. Naz. Notariato 1996", Roma 1997, p. 148 ss., 166 ss.

*(Riproduzione riservata)*