Le fondazioni di origine bancaria verso l'autoriforma

a cura di
Giovanni Sala
Giovanni Meruzzi

il Mulino

(Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale).

La legge vuole attuare un intervento di ordine generale, tutto concentrato sulla nozione di terzo settore quale complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento senza scopo di lucro, di finalità civiche e solidaristiche e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività d'interesse generale anche mediante la produzione e lo scambio di beni e servizi di utilità sociale nonché attraverso forme di mutualità.

In virtù di questa previsione il terzo settore si presenta quale figura più ristretta del mondo non profit. Sono escluse, infatti, alcune figure specifiche di notorio rilievo, quali i partiti politici, i sindacati, nonché gli organismi di rappresentanza professionali, i quali non perseguono finalità civiche e solidaristiche e anche le fondazioni bancarie.

Le fondazioni bancarie non sono pertanto ricomprese nell'area del terzo settore, dopo esser state opportunamente escluse dalla normativa fiscale delle Onlus.

Essendo, però, dotate di una legislazione speciale, da valutarsi non solamente nella direzione indicata della Corte costituzionale, ma con riguardo all'autosufficienza nel raggio di una spiccata identità, non dovrebbero esserci sostanziali novità d'impatto nel settore delle fondazioni bancarie.

MARCELLO CLARICH

L'AUTONOMIA DELLE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA E VIGILANZA STATALE DOPO IL PROTOCOLLO D'INTESA ACRI/MEF

1. *Premessa*

Nel suo intervento alla 91ª Giornata mondiale del risparmio tenutasi a Roma il 28 ottobre 2015, il presidente dell'ACRI, Giuseppe Guzzetti, osservava che il legame delle fondazioni di origine bancaria con le banche è stato spesso oggetto di critiche e malintesi che però verranno superati con l'applicazione del Protocollo d'intesa tra il ministero dell'Economia e delle Finanze e l'ACRI, approvato all'unanimità dal Consiglio di quest'ultima l'11 marzo 2015 e sottoscritto dalle parti il 22 aprile 2015.

Il Protocollo era stato preannunciato dal ministro dell'Economia e delle Finanze, Piercarlo Padoan, proprio nel corso della Giornata mondiale del risparmio del 2014.

In quella occasione il ministro dichiarava di non ritenere necessaria l'introduzione di modifiche legislative in tema di fondazioni di origine bancaria, auspicata da più parti anche in sede parlamentare. Nel corso della legislatura erano state presentate infatti due proposte di legge: la prima volta a ridurre le spese di funzionamento delle fondazioni e a rendere obbligatoria la pubblicazione dei loro bilanci sul sito istituzionale; la seconda finalizzata a far dismettere le partecipazioni di controllo detenute nelle società bancarie¹.

Il ministro riteneva invece opportuno che i principi legislativi venissero completati tramite uno strumento innovativo sotto forma di «un atto negoziale tra amministrazione

¹ Quanto alle iniziative parlamentari, il riferimento è alla proposta di legge presentata alla Camera dei deputati il 15 ottobre 2013 (n. 1695) e al disegno di legge comunicato alla presidenza del Senato il 7 gennaio 2015 (n. 1736).

pubblica e fondazioni che individui in modo più specifico i criteri di comportamento che le fondazioni sono tenute ad osservare».

Già un simile annuncio da parte del ministero titolare, in base alla legge delle funzioni di vigilanza sulle fondazioni di origine bancaria, dava il senso di un nuovo modo di interpretare i rapporti tra vigilante e soggetti vigilati.

Il Protocollo si ispira in effetti, come si vedrà, ai modelli anglosassoni di *soft law*, cioè di strumenti atipici di regolazione diversi dagli atti formali tradizionali (regolamenti, direttive ecc.) previsti dalle norme vigenti e che hanno spesso una natura ibrida tra i «comandi» e i «consigli». In più, il Protocollo può essere inserito tra gli strumenti di regolazione negoziata (*regulatory negotiation*), sperimentati soprattutto negli Stati Uniti.

Il Protocollo costituisce uno sviluppo ulteriore, giuridicamente più pregnante, rispetto alla prima esperienza di autoregolamentazione costituita dalla Carta delle fondazioni approvata dall'ACRI nel 2012², la cui attuazione era rimessa essenzialmente all'iniziativa spontanea delle singole fondazioni e senza alcun coinvolgimento del ministero vigilante.

Prima di trattare dei profili relativi ai contenuti, alla funzione e alla natura giuridica del Protocollo nell'ottica di un rinnovato modo di intendere la vigilanza, può essere opportuno richiamare per tratti essenziali i punti di partenza e di arrivo del processo evolutivo subito dalle fondazioni di origine bancaria, che ha condizionato anche il particolare modello di vigilanza.

² La Carta è stata approvata dall'Assemblea dell'ACRI del 4 aprile 2012. Cfr. L. Fernandez e D. Dominiguez, *Carta delle fondazioni e ordinamento del terzo settore*, in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 191 ss. Anche la Carta in questione conteneva una serie di principi relativi alla *governance* e all'attività delle fondazioni, enunciati però in modo più generico, e impegnava le fondazioni a recepirli in piena autonomia negli statuti e regolamenti, nonché nelle prassi operative.

2. *L'evoluzione istituzionale delle fondazioni bancarie*

Il Protocollo d'intesa interviene a quasi venticinque anni dall'approvazione della cosiddetta legge Amato³, che avviò il processo di privatizzazione delle banche pubbliche e che fu all'origine della nascita delle fondazioni di origine bancaria (o bancarie)⁴. Inizialmente esse vennero denominate con il termine asettico di «enti conferenti» l'azienda bancaria, scorporata dall'ente pubblico economico originario e conferita in una neoistituita società per azioni da essi interamente partecipata.

In questo quarto di secolo la fisionomia e la collocazione istituzionale delle fondazioni sono mutate in profondità in conseguenza di una serie di interventi legislativi modificativi dell'impianto normativo originario⁵, di pronunce della Corte costituzionale⁶ e del Consiglio di Stato⁷ e ora di un accordo atipico tra il ministero vigilante e l'associazione rappresentativa del settore.

³ Legge n. 218 del 30 luglio 1990, contenente una delega legislativa poi esercitata con il d.lgs. n. 356 del 20 novembre 1990.

⁴ Sulle vicende antecedenti la legge Amato, sull'impianto di questa legge e sull'evoluzione normativa successiva, cfr. F. Merusi, *Trasformazioni della banca pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1985; M. Rispoli Farina (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni*, Napoli, Jovene, 1993; F. Belli e F. Mazzini, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale, Aggiornamento*, Torino, UTET, 2000, vol. I, pp. 296 ss.; M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, Il Mulino, 2001; G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁵ In particolare, la c.d. legge Tremonti (legge n. 448 del 28 dicembre 2001) e, soprattutto, la c.d. legge Ciampi (legge n. 461 del 23 dicembre 1998), contenente una delega esercitata con d.lgs. n. 153 del 17 maggio 1999).

⁶ Soprattutto le sentenze n. 300 e n. 301 del 29 settembre 2003, che hanno riaffermato la natura privatistica delle fondazioni bancarie e su tale base hanno escluso che la vigilanza possa esprimersi anche in atti di indirizzo e direttive vincolanti.

⁷ In particolare, cfr. il parere del Consiglio di Stato n. 1354, reso il 14 giugno 2002, in relazione allo schema di regolamento emanato in attuazione della legge Tremonti.

Basti ricordare, in modo schematico, tre mutamenti fondamentali. In primo luogo, quanto all'assetto proprietario delle banche, si passa dal divieto pubblicistico di privatizzare le banche pubbliche a un obbligo privatistico, in capo alle fondazioni bancarie, di ridurre le partecipazioni nella società bancaria fino al terzo del totale dell'attivo dello stato patrimoniale.

In origine la legge Amato, che pur promuoveva l'adozione dello strumento della società per azioni per la gestione delle banche pubbliche (privatizzazione «fredda»), abbandonando il modello dell'ente pubblico economico, conteneva infatti un divieto generalizzato di operare la privatizzazione sostanziale (privatizzazione «calda») degli istituti di credito avviati alla trasformazione in società per azioni (art. 2, comma 1, lett. c, legge n. 218/1990 e art. 19, d.lgs. n. 356/1990). La normativa ammetteva in realtà la possibilità di deroga, ma soltanto all'esito di un procedimento autorizzatorio complesso, che vedeva coinvolti il Consiglio dei ministri, la Banca d'Italia e le commissioni parlamentari competenti e che era condizionato alla sussistenza di presupposti rigorosi.

Il Protocollo d'intesa, al contrario, prevede un impegno privatistico assunto dalle fondazioni alla dismissione, indicando anche la tempistica (art. 2).

Si tratta di un cambiamento epocale, se si tiene anche conto dei ripetuti tentativi del legislatore e del governo (con incentivi fiscali, ma anche attraverso atti di indirizzo)⁸ di promuovere la dismissione della partecipazione di controllo nella banca conferitaria. Un siffatto cambiamento segnala anche una nuova consapevolezza, da parte delle fondazioni, del proprio ruolo sempre più orientato all'attività sociale.

In secondo luogo, le fondazioni bancarie erano state qualificate dalla legge Amato come enti «aventi piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato» (art. 11, d.lgs.

⁸ Il riferimento è alla cosiddetta direttiva Dini, cioè alla direttiva del ministero del Tesoro del 18 novembre 1999, emanata sulla base della legge n. 474 del 30 giugno 1994, contenente criteri e procedure di carattere generale per la dismissione delle partecipazioni delle fondazioni nella banca conferitaria, volti a promuovere la privatizzazione sostanziale.

n. 356/1990), cioè enti pubblici i quali, oltre a detenere la partecipazione nella banca conferitaria, perseguivano fini di utilità sociale⁹. In seguito alle modifiche legislative e ai chiarimenti della Corte costituzionale, le fondazioni bancarie hanno assunto la qualificazione di «persone giuridiche private senza fine di lucro» (art. 2, d.lgs. n. 153/1999).

In terzo luogo, le fondazioni bancarie in origine erano state definite dalla Corte costituzionale come soggetti appartenenti all'ordinamento del credito¹⁰, in considerazione del perdurante legame genetico e funzionale con la banca conferitaria. In epoca più recente la Corte costituzionale ha escluso la riferibilità delle fondazioni bancarie alla nozione, per quanto lata, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo e le ha annoverate tra i soggetti dell'organizzazione delle «libertà sociali»¹¹. Quest'ultima qualificazione esclude che il ministero vigilante possa esercitare poteri di regolazione e di indirizzo, come ha chiarito espressamente la Corte costituzionale che ha dichiarato così incostituzionali alcune disposizioni del d.lgs. n. 153/1999 (sentenza n. 301 del 29 settembre 2003). La Corte costituzionale ha inoltre equiparato le fondazioni bancarie agli altri soggetti dell'«ordinamento civile» anche ai fini dell'individuazione della competenza legislativa, statale o regionale, a disciplinarle (sentenza n. 300 del 29 settembre 2003).

⁹ Le vecchie casse di risparmio e gli istituti di diritto pubblico, oggetto delle trasformazioni promosse dalla legge Amato, avevano sempre riservato una quota degli utili ad attività di beneficenza, che peraltro assolvevano anche a una finalità di marketing.

¹⁰ Cfr. sentenze nn. 341 e 342 del 2001 che muovevano dal dato fattuale che le fondazioni continuavano a detenere partecipazioni anche di controllo nella banca conferitaria.

¹¹ La Corte costituzionale ha richiamato a questo riguardo un proprio precedente (sentenza n. 50 del 12 marzo 1998), nella quale per la prima volta ha introdotto la nozione di «libertà sociale dei cittadini» costituzionalmente garantita, che preclude interventi limitativi eccessivi da parte del legislatore. Nel caso di specie si trattava di una legge regionale che prevedeva un regime di autorizzazione preventiva per l'attività di organizzazione di viaggi da parte di organismi non profit.

3. La vigilanza del ministero dell'Economia e delle Finanze

I tre mutamenti ora segnalati hanno avuto un impatto rilevante sul significato e sul modello della vigilanza ministeriale sulle fondazioni di origine bancaria.

Infatti, se si muove dal presupposto che i soggetti vigilanti sono enti pubblici, l'impostazione della vigilanza assume connotazioni particolari. In termini generali, infatti, la vigilanza ministeriale sugli enti pubblici non incontra limiti particolari dovuti all'esigenza di salvaguardare un ambito di autonomia minimo dei soggetti vigilati garantito magari a livello costituzionale. Gli enti pubblici sono, infatti, creati e soppressi per legge e la legge può plasmare liberamente l'organizzazione e i loro poteri, calibrando altresì l'intensità dei controlli e delle altre forme di ingerenza da parte del governo o delle altre pubbliche amministrazioni di riferimento.

La vigilanza, in particolare, può anche tradursi, per utilizzare il linguaggio ottocentesco, in «tutela» (prevista ad esempio nella normativa dell'epoca crispina sulle cosiddette Opere pie), cioè attinente anche al merito delle scelte gestionali e della cura degli interessi pubblici, e può sfociare anche in un'attività di indirizzo e di coordinamento. Solo alcune particolari tipologie di enti pubblici, come i comuni o le università, godono di un ambito di autonomia garantita a livello costituzionale e, pertanto, ciò condiziona la possibilità del legislatore di introdurre modelli di vigilanza troppo intrusivi.

Se riferita invece a soggetti afferenti all'ordinamento del credito, la vigilanza, come chiarisce oggi il Testo unico bancario, persegue anzitutto la finalità della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati (art. 5) e si esprime in strumenti particolarmente incisivi sull'organizzazione e sull'attività dei soggetti vigilati. Sussiste, infatti, la necessità di tutelare gli interessi dei risparmiatori e di evitare che la crisi di un singolo soggetto si propaghi in modo sistemico (cosiddetto «effetto domino») ad altri soggetti, mettendo a repentaglio la stabilità dell'intero sistema. Inoltre, può permanere anche dopo l'impatto del diritto europeo, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, la tendenza alla ricostruzione,

pienamente giustificata con riguardo alla legge bancaria del 1936, secondo la quale l'ordinamento del credito costituisce un ordinamento giuridico sezionale, nel quale gli istituti di credito sono sottoposti a poteri pubblicistici pervasivi, attribuiti agli apparati pubblici di vertice.

Non a caso il d.lgs. n. 152/1999, nella sua versione originaria e prima delle pronunce della Corte costituzionale già richiamate, conteneva (ma in parte ancora contiene) una serie di indici normativi che sono stati interpretati in dottrina nel senso di delineare un ordinamento «che ha tutti i connotati di un ordinamento sezionale», al quale è preposta un'autorità di settore (il ministero vigilante), dotata di amplissime potestà di normazione, di vigilanza, di intervento conformativo (al limite della potestà di direzione), sostitutivo e sanzionatorio¹², riferito a una cerchia ristretta di soggetti obbligatoriamente inclusi in tale ordinamento.

In effetti, fin dalla legge Amato, le fondazioni bancarie sono state concepite come un gruppo chiuso di enti (un *numerus clausus*). Pertanto, il fatto di aver disciplinato una categoria speciale di enti, iscritti in un apposito albo, ha creato il presupposto, tipico di molti settori di imprese e di categorie professionali, per un sistema di vigilanza su base continuativa¹³.

Inoltre, un regime di vigilanza intenso potrebbe trovare una giustificazione tenendo conto della particolare collocazione delle fondazioni bancarie all'interno del settore del non profit. Esse, infatti, si distinguono da altri enti non profit per il fatto di non ricevere contributi da parte dei privati,

¹² Cfr. S. Amorosino, *I poteri pubblici di vigilanza sulle fondazioni bancarie*, in S. Amorosino e F. Capriglione (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, Padova, Cedam, 1999, p. 176; G. Sala, *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, in «Diritto e società», 2005, pp. 32 ss., anche per l'osservazione che il regime di vigilanza sulle fondazioni bancarie è «particolarmente intenso» e presenta i caratteri di un «controllo non solo di legittimità ma anche, per alcuni aspetti, di merito».

¹³ L'albo è istituito e tenuto dall'Autorità di vigilanza in base all'art. 10, comma 3, lett. k) del d.lgs. n. 153/1999.

teoricamente ammissibili, ma, tenuto conto dell'origine delle fondazioni, del tutto improbabili.

Per ricorrere al modello elaborato degli economisti del rapporto di agenzia (agente-principale), gli amministratori delle fondazioni non sono chiamati a render conto della loro attività di fronte a un «principale» rappresentato dall'ampia platea di contributori potenziali. Al contrario, tenuto conto dei meccanismi di nomina, gli amministratori delle fondazioni, di fatto (anche se non di diritto), sono più sensibili alle sollecitazioni di un nucleo ristretto di soggetti pubblici (enti locali) che perseguono talora fini anche diversi rispetto a quello della massimizzazione dell'obiettivo del conseguimento dei fini statutari di pubblica utilità¹⁴. Manca, dunque, nelle fondazioni bancarie un meccanismo efficace di responsabilizzazione, al quale occorre supplire, in particolare, attraverso un sistema di vigilanza esterna rinforzata¹⁵.

A questo fine il d.lgs. n. 153/1999 attribuisce al ministero dell'Economia e delle Finanze poteri di vigilanza di tipo regolamentare, informativo, ispettivo e di indirizzo forse addirittura più estesi di quelli attribuiti alla Banca d'Italia in veste di Autorità di vigilanza sulle banche.

In primo luogo, i fini della vigilanza sulle fondazioni includono non solo «la sana e prudente gestione» dell'isti-

¹⁴ Come rilevato da A. Macchiati, *Le fondazioni come investitori istituzionali*, in C. Borzaga e F. Cafaggi (a cura di), *Le fondazioni bancarie, un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, Roma, Donzelli-Meridiana, 1999, pp. 192 ss., il quale sottolinea che gli amministratori delle fondazioni avranno una bassa propensione al «rischio politico» perché non vi è particolare ragione di resistere a erogare fondi.

¹⁵ Per questo tipo di argomentazione fondata sul rapporto di agenzia, a supporto peraltro della tesi dell'opportunità di affidare la gestione dei patrimoni delle fondazioni a investitori istituzionali esterni, cfr. *ibidem*, pp. 190-191, secondo il quale «l'assenza di contributori da un lato e il potere di nomina da parte dei politici non sono influenti sulla funzione di utilità di un amministratore di una fondazione: essa, in conclusione, sarà del tutto diversa da quella di un amministratore di una società di capitale che deve remunerare i propri azionisti, ma anche da quella dell'amministratore dell'Unicef che deve rendere conto a migliaia di contributori».

tuto, espressione ripresa dal Testo unico bancario (art. 5 del T.U.), ma si estendono fino alla verifica della redditività dei patrimoni gestiti e dell'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti¹⁶.

Il ministero dell'Economia e delle Finanze esercitava poi, come già accennato, in base alla versione originaria del d.lgs. n. 153/1999 in modo permanente, poteri di indirizzo di carattere generale che abbracciano l'intera operatività delle fondazioni (diversificazione degli investimenti, adeguatezza delle spese di funzionamento della fondazione, conflitti d'interesse ecc.). Il ministero è titolare anche di poteri normativi veri e propri, riferiti alla redazione e alle forme di pubblicità dei bilanci.

Il ministero dell'Economia e delle Finanze può imporre limiti minimi di redditività del patrimonio, stabiliti contemperando l'esigenza di evitare l'assunzione di rischi eccessivi con quella di creazione di «manomorta», cioè di un patrimonio abbandonato a se stesso, soggetto a progressiva erosione. Può determinare l'ammontare minimo della riserva obbligatoria, cioè della quota di reddito che non può essere destinata a erogazioni.

A tutto ciò si aggiunge un'ampia gamma di poteri autorizzatori (fusione e trasformazione delle fondazioni), di approvazione di atti (modifiche statutarie), di vigilanza ispettiva (richiesta di dati e documenti, ispezioni), sostitutivi (in caso di mancata sospensione o dichiarazione di decadenza

¹⁶ L'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 153 prevede, infatti, che «la vigilanza sulle fondazioni ha per scopo la verifica del rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti». La sana e prudente gestione può fungere da *passepartout* per consentire di trasformare la vigilanza in vera e propria tutela, cioè in un controllo di merito, cfr. F. Merusi, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1999, p. 467; A. Gentili, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in «Rivista del diritto commerciale», 1999, pp. 408-409, che giustifica il controllo di merito per il fatto che l'origine dei fondi di dotazione è pubblica, perché essi sarebbero stati forniti direttamente dalla mano pubblica o perché si tratta comunque di «patrimonio del pubblico».

degli amministratori), di commissariamento e di messa in liquidazione delle fondazioni.

In conclusione, questi poteri si giustificavano soprattutto in quanto le fondazioni di origine bancaria mantenevano una qualche colorazione pubblicitaria e continuavano ad afferire in una certa misura all'ordinamento del credito. Mutati questi presupposti, anche in seguito alle pronunce della Corte costituzionale più volte richiamate, anche la vigilanza deve assumere necessariamente per così dire «un tocco più leggero».

Tuttavia, in assenza di modifiche espresse al d.lgs. n. 153/1999, l'assetto della vigilanza mantiene ancor oggi in qualche misura l'ispirazione bancaria originaria¹⁷, che però va reinterpretata per tener conto dei passi compiuti nel corso degli ultimi anni nella direzione della dismissione, in molti casi anche totale, delle partecipazioni bancarie da parte delle fondazioni. A questo riguardo, va ricordato che l'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 153/1999 fin dall'origine prevedeva il modello di vigilanza introdotto come transitorio, cioè da mantenere fino all'istituzione di una nuova autorità di controllo sulle persone giuridiche del settore non profit, e comunque fino a che ciascuna fondazione rimane titolare di partecipazioni di controllo nella società bancaria in modo diretto o indiretto o tramite patti di sindacato o altro tipo di accordi.

Su questa disposizione è ritornato di recente il legislatore che, con una disposizione di interpretazione autentica, ha chiarito che la vigilanza del ministero dell'Economia e delle Finanze perdurerà fino all'istituzione della nuova autorità anche qualora le fondazioni abbiano dismesso integralmente la partecipazione di controllo e anche successivamente, qualora le fondazioni bancarie continuino a mantenere partecipazioni di controllo nella società bancaria.

In definitiva, il regime speciale della vigilanza su soggetti non profit aventi natura privata, quali sono le fondazioni

¹⁷ Cfr. G. Napolitano, *I controlli amministrativi sulle fondazioni bancarie*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 131.

di origine bancaria, si giustifica ancor oggi sia per i ritardi in una riforma del Codice civile da troppo tempo rinviata, sia in relazione all'ipotizzato perdurante collegamento tra fondazioni e società bancarie.

4. *I contenuti del Protocollo d'intesa*

Con il Protocollo d'intesa, il ministero dell'Economia e delle Finanze, ormai privo di poteri di indirizzo nei confronti delle fondazioni bancarie, ha intrapreso una nuova via per promuovere una sorta di autoriforma delle fondazioni bancarie a legislazione invariata.

Rispetto alla precedente Carta delle fondazioni, il Protocollo non si limita a enunciare principi generali sull'organizzazione e sull'attività, ma impone alle fondazioni molti obblighi e divieti puntuali. Seguendo l'ordine dei tredici articoli che compongono il Protocollo, vi è anzitutto nel Titolo I una disciplina più analitica della gestione del patrimonio sia sotto il profilo procedurale, sia sotto quello sostanziale (art. 2).

Per un verso, infatti, il Protocollo prevede una fase di pianificazione strategica, che definisce la politica di investimento e individua la cosiddetta *asset allocation*. I criteri che devono presiedere alla gestione del patrimonio consistono nella ottimizzazione della combinazione tra redditività e rischio del portafoglio, nella diversificazione del portafoglio e nella efficiente gestione anche sotto l'aspetto del contenimento dei costi di gestione. Le fondazioni devono dotarsi di un regolamento per la gestione del patrimonio che regoli questi aspetti.

La disposizione forse più rilevante è quella secondo la quale il patrimonio non può essere impiegato in esposizioni verso un singolo soggetto per un ammontare complessivamente superiore a un terzo del totale dell'attivo dello stato patrimoniale (art. 2). Nel caso di superamento le fondazioni sono tenute a ridurre l'investimento o la partecipazione entro tre anni o entro cinque anni nel caso in cui la dismissione riguardi strumenti finanziari non negoziati su mercati

regolamentati. L'impatto concreto di questa disposizione è notevole in quanto oggi 42 fondazioni su 88 hanno oltre un terzo del patrimonio investito in una banca¹⁸.

Sempre al fine di garantire la conservazione del patrimonio, il Protocollo pone un divieto di indebitamento, derogabile solo in caso di temporanee e limitate esigenze di liquidità dovute allo sfasamento temporale tra uscite di cassa ed entrate certe (art. 3). Anche i contratti e gli strumenti finanziari derivati possano essere utilizzati solo con finalità di copertura oppure in operazioni che non presentino rischi di perdite patrimoniali (art. 4).

Il Protocollo prevede inoltre che le imprese cosiddette strumentali¹⁹, cioè istituite dalle fondazioni per realizzare scopi propri, possano essere finanziate esclusivamente con risorse derivanti dal reddito (art. 5).

Il Titolo II del Protocollo è dedicato alla *governance* delle fondazioni.

In primo luogo, il Protocollo richiede alle fondazioni di trasmettere senza ritardo al ministero vigilante eventuali patti parasociali tra fondazioni, aventi per oggetto l'esercizio dei diritti connessi alle partecipazioni detenute nella banca conferitaria (art. 6). In questo modo, si rendono più chiari i rapporti complessivi tra fondazioni e banche. Soprattutto le banche italiane di maggiori dimensioni sono la risultante di processi di aggregazione di istituti di credito controllati in origine, in attuazione della legge Amato, da una sola fondazione.

Alcune disposizioni, da attuare attraverso modifiche statutarie, hanno per oggetto gli organi delle fondazioni prevedendo, in particolare per il presidente, l'organo di amministrazione e l'organo di controllo, un limite di durata

¹⁸ Si tratta di un dato reso noto dal ministero vigilante in occasione della firma del Protocollo, cfr. «Il Sole 24 Ore», 23 aprile 2015. Ventuno fondazioni hanno invece dismesso completamente la partecipazione nella banca conferitaria, mentre solo tre hanno una partecipazione finanziaria superiore al 50%.

¹⁹ Secondo l'art. 3 del d.lgs. n. 153/1999, le fondazioni possono esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statuari ed esclusivamente nei settori rilevanti.

della carica di quattro anni e la possibilità di un solo rinnovo consecutivo (art. 7).

Le fondazioni devono poi garantire la presenza nei propri organi di soggetti portatori di professionalità, competenza e autorevolezza, e adottare processi di nomina, disciplinati in un regolamento, atti a salvaguardare l'indipendenza e la terzietà dell'ente (art. 8). Allo scopo di promuovere una maggiore rappresentatività del territorio e degli interessi sociali sottesi all'attività istituzionale delle fondazioni, esse devono operare una verifica raccogliendo informazioni e altri elementi utili anche attraverso uno o più incontri con enti pubblici e privati espressione delle realtà locali. In tali incontri, i partecipanti possono presentare documenti e proposte e le risultanze del processo valutativo devono essere rese pubbliche. Questa modalità innova, sotto il profilo della trasparenza e della partecipazione, le prassi seguite nell'individuazione degli statuti degli enti designanti l'organo di indirizzo (enti territoriali, università, camere di commercio, curia, associazioni non profit ecc.) e costituirà una fase sicuramente delicata nella vita delle singole fondazioni, anche per le difficoltà di selezionare secondo criteri di rappresentatività gli enti da invitare. I criteri e le modalità degli incontri dovranno essere preventivamente e oggettivamente disciplinati da ciascuna fondazione e non è escluso che possano essere introdotte anche forme più ampie di dibattito pubblico (*débat publique*)²⁰.

Una disposizione del Protocollo disciplina i compensi da riconoscere ai componenti degli organi della fondazione, per i quali vengono individuati massimali complessivi scaglionati in funzione dell'ammontare del patrimonio della singola fondazione (art. 9). Questa disposizione si ispira in qualche modo alla tendenza legislativa recente a imporre tetti massimi ai compensi degli amministratori di enti e società pubbliche.

²⁰ Il riferimento è soprattutto all'ordinamento francese nel quale il *débat publique* è previsto per legge (legge 95-101 del 2 febbraio 1995), per la realizzazione di grandi progetti infrastrutturali.

Il Protocollo rafforza anche il regime di incompatibilità e ineleggibilità riferita ai componenti degli organi delle fondazioni nell'obiettivo di creare un diaframma ancor più netto con la politica soprattutto locale (art. 10). Pone limiti anche al fenomeno del *revolving doors*, cioè del passaggio immediato da componente di un organo della fondazione a componente di organi della banca conferitaria (e viceversa), prevedendo uno iato temporale di almeno un anno.

Il Protocollo promuove anche una maggior trasparenza dell'attività delle fondazioni, prevedendo la pubblicazione sul sito internet dei principali atti normativi (statuto, regolamenti) e gestionali (bilanci, documenti programmatici, appalti affidati, bandi per le erogazioni e *curricula* dei componenti degli organi ecc.) (art. 11). Il bando viene definito come modalità operativa privilegiata per selezionare le erogazioni, i cui criteri devono essere anch'essi resi pubblici. Le disposizioni da ultimo citate si ispirano ad analoghe disposizioni contenute in molte leggi recenti e in particolare nella cosiddetta legge anticorruzione²¹.

Una disposizione ha per oggetto le forme di cooperazione e anche di aggregazione (inclusa la fusione), che devono essere attivate dalle fondazioni che per dimensioni ridotte non riescono a raggiungere una capacità tecnica, erogativa e operativa adeguate (art. 12). Si tratta di un'apertura anch'essa ispirata alla tendenza legislativa più generale a promuovere forme di cooperazione e di razionalizzazione, ad esempio tra i comuni di dimensione minore.

5. Il Protocollo d'intesa e la vigilanza «negoziata»

Come già anticipato, il Protocollo d'intesa costituisce uno strumento innovativo di disciplina dei rapporti tra ministero vigilante e soggetti vigilati, fondato sul principio

²¹ Cfr. legge n. 190 del 6 novembre 2012, con i decreti legislativi attuativi. Cfr. per tutti B. Mattarella e M. Pellissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

di leale collaborazione espressamente richiamato nelle premesse al documento.

Il ministero, inoltre, riconosce espressamente l'ACRI come «interlocutore nella definizione di prassi e criteri di vigilanza», che può concorrere alla diffusione tra le fondazioni di «buone pratiche operative» finalizzate al raggiungimento di standard elevati in termini di trasparenza, responsabilità e perseguimento degli interessi statuari. Anche qui emerge un modello cooperativo meno *top-down* nelle relazioni tra vigilante e soggetti vigilati, intermediato dalla loro associazione di categoria, che non è frequente nella nostra tradizione istituzionale.

Sotto il profilo più strettamente giuridico, il Protocollo svolge una funzione «paranormativa» caratteristica, come si è accennato, degli strumenti di *soft law*²². Il Protocollo ha quasi la valenza di una circolare interpretativa o di un atto normativo atipico che però, ed è questo un aspetto rilevante, è negoziato e condiviso. Come tale, può essere fatto rientrare tra gli strumenti più moderni di regolazione negoziata o di autoregolazione privata monitorata.

Molte disposizioni, come si è visto, pur sviluppando e specificando principi già enunciati nel d.lgs. n. 153/1999, hanno in realtà un contenuto innovativo rispetto alle norme legislative e regolamentari vigenti e, dunque, il Protocollo ha in realtà la struttura e la funzione di un regolamento attuativo. Si pensi, ad esempio, all'obbligo di ridurre la partecipazione azionaria nella banca conferitaria anche oltre i limiti di legge; di trasmettere al ministero gli eventuali patti parasociali; di promuovere una consultazione su quanto gli enti, preposti a designare i componenti degli organi della fondazione da individuare negli statuti, siano effettivamente rappresentativi del territorio e degli interessi sociali rilevanti.

²² Cfr. E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008; L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford-Portland, Hart, 2004.

Il Protocollo d'intesa tra ACRI e ministero vigilante, più che un vero e proprio accordo con obblighi reciproci tra le parti, ha la natura di un atto unilaterale d'obbligo, liberamente assunto dalle singole fondazioni²³, che le impegna ad adottare delibere e modifiche statutarie volte a dare attuazione al Protocollo. Non a caso, nelle premesse dell'accordo, il ministero si limita a prendere atto di tali impegni, preannunciando che nell'esercizio dei poteri di vigilanza «verificherà il rispetto delle disposizioni statutarie che saranno introdotte». In buona sostanza, le modifiche statutarie conformi al Protocollo avranno un «via libera» immediato in sede di controllo ministeriale. Inoltre, l'ACRI stessa, a valle del Protocollo e dell'impegno assunto dalle singole fondazioni ad approvare le modifiche statutarie, si è fatta carico istituzionalmente di monitorare la fase attuativa.

In definitiva, il Protocollo ha una doppia caratteristica. Per un verso, la sommatoria dei singoli atti unilaterali d'obbligo privatistici di identico contenuto, approvati in parallelo dalla quasi totalità delle fondazioni bancarie, svolge una funzione equivalente a una regolamentazione generale e astratta, sia pur riferibile a una categoria circoscritta di un *numerus clausus* di enti²⁴. Anche in questo senso il Protocollo ha una valenza paranormativa e di autoregolazione privata promossa dall'associazione di categoria²⁵.

Per altro verso, il ministero vigilante assume soltanto l'impegno a considerare in modo favorevole le modifiche statutarie approvate dalle singole fondazioni che siano conformi al Protocollo²⁶. Da questo punto di vista, l'adesione al

²³ Ciascuna fondazione ha infatti approvato i contenuti del Protocollo, conferendo al presidente dell'ACRI il mandato a sottoscriverlo in nome e per conto di ciascuna di esse.

²⁴ Non è prevista, infatti, sia per ragioni legate alla genesi storica delle fondazioni bancarie, sia in relazione ai contenuti del d.lgs. n. 153/1999, la possibilità che ne vengano istituite di nuove.

²⁵ Sul modello della *self-regulation*, cfr. A. Ogus, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 107 s.; R. Baldwin e M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 39 s.

²⁶ Il procedimento autorizzativo è disciplinato dall'art. 10, comma 3,

Protocollo equivale per il ministero vigilante a una sorta di preannuncio di una prassi di vigilanza che dà certezza alle fondazioni, ingenerando un legittimo affidamento.

Sempre dal punto di vista del ministero, il Protocollo e gli atti unilaterali di obbligo assunti dalle fondazioni bancarie gli consentono di conseguire, nell'esercizio dei propri poteri di vigilanza, risultati altrimenti non conseguibili sul piano pubblicistico, data l'assenza di un potere di regolazione secondaria e di indirizzo che, secondo la Corte costituzionale, come si è accennato, costituirebbe un'ingerenza indebita in soggetti privati di espressione della libertà sociale.

6. Conclusioni

Al di là dei contenuti specifici, il Protocollo d'intesa tra il ministero dell'Economia e delle Finanze e l'ACRI imposta su basi nuove i rapporti tra autorità vigilante e fondazioni vigilate.

Dal punto di vista istituzionale, il Protocollo pone anzitutto fine, si auspica in modo definitivo, alla conflittualità che ha caratterizzato fino a pochi anni fa il rapporto tra il mondo delle fondazioni bancarie e il governo, culminato anche in contenziosi davanti al giudice amministrativo e alla Corte costituzionale. Lo stesso Protocollo, del resto, prevede che la nuova modalità di rapporti tra ente vigilante e soggetti vigilati continui in futuro, atteso che le parti hanno assunto l'impegno a valutarne gli effetti e a rivederne il contenuto tra quattro anni (art. 13, comma 1). Tutto ciò dovrebbe indurre il legislatore a un *self restraint* e, in ogni caso, eventuali ulteriori proposte di legge di iniziativa parlamentare non dovrebbero trovare il supporto del ministero dell'Economia e delle Finanze.

Inoltre, il Protocollo, stabilendo regole più precise sui limiti della concentrazione del patrimonio delle fondazioni

lett. c), d.lgs. n. 153/1999, e prevede un meccanismo di silenzio assenso decorsi sessanta giorni.

bancarie sotto forma di partecipazioni nella società bancaria, riduce lo spazio per critiche e malintesi ai quali faceva riferimento il presidente dell'ACRI nell'occasione citata all'inizio. Infine, poiché il Protocollo richiede alle fondazioni bancarie non soltanto la modifica degli statuti, ma anche, come si è visto, l'approvazione di regolamenti sulle procedure di gestione del patrimonio (art. 2, comma 3) e sulle modalità e le procedure di nomina dei componenti degli organi (art. 8, comma 2), la prassi della concertazione potrebbe essere estesa anche a questi atti allo scopo di promuovere soluzioni omogenee all'interno della categoria delle fondazioni²⁷.

In definitiva, il Protocollo d'intesa rappresenta un'iniziativa *win-win*, nella quale cioè tutti i soggetti hanno qualcosa da guadagnare, e inaugura una stagione di una vigilanza dalla mano più «leggera», ma non per questo meno efficace.

²⁷ Del resto già molti anni fa il settore delle casse di risparmio sperimentò la pratica della concertazione, che sfociò nella elaborazione e nell'approvazione da parte del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio di uno statuto-tipo, che promosse una maggiore omogeneità dei contenuti dei singoli statuti, cfr. Circolare dell'ACRI-Serie Tecnica del 6 luglio 1966, n. 68. Cfr. M. Clarich, *Le Casse di Risparmio. Verso un nuovo modello*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 118 ss.

PARTE SECONDA

RAPPRESENTANZA DEGLI INTERESSI E DEL TERRITORIO