

NICOLA D'ANZA

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Pisa
nicola.danza@phd.unipi.it

**L'OPA SPARKASSE SU CIVIBANK E QUELL'ABBRACCIO
MORTALE TRA FONDAZIONI E BANCHE. NOTE IN
MERITO AI RINNOVATI DUBBI DI LEGITTIMITÀ
COSTITUZIONALE DEL D.LGS. 17 MAGGIO 1999, N. 153**

**THE TAKEOVER BID FROM SPARKASSE FOR CIVIBANK AND THE
“DEADLY EMBRACE” BETWEEN FOUNDATIONS AND BANKS.
NOTES ON THE RENEWED DOUBTS ABOUT THE
CONSTITUTIONAL LEGITIMACY OF D.LGS 17 MAY 1999, N. 153**

SINTESI

Le fondazioni di origine bancaria, emerse nei primi anni Novanta nel contesto del processo di privatizzazione del sistema bancario pubblico, rivestono oggi un ruolo fondamentale nell'economia nazionale. Il totale annuale delle erogazioni sfiora il miliardo di euro e la maggior parte delle risorse viene convogliata in settori chiave della vita sociale e culturale del Paese, in una fase storica caratterizzata, pur con la recente eccezione rappresentata dal PNRR, dai contingentamenti della spesa pubblica e dai patti di stabilità. Tuttavia, contestualmente a tale attività istituzionale, esse continuano a esercitare un'influenza determinante nella definizione della *governance* e delle strategie di alcune tra le maggiori banche italiane, in contrasto con le aspirazioni e le finalità cristallizzate nella legge delega 23 dicembre 1998, n. 461 (c.d. legge Ciampi) e nel successivo D.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 tra cui, in particolare, la separazione tra fondazioni e banche e, contestualmente, il ridimensionamento dell'influenza esercitata dalla politica su queste ultime. Una recente vicenda, solo apparentemente marginale, mette in luce le criticità di un sistema normativo caratterizzato da profonde e manifeste contraddizioni tra il piano dei principi e quello delle previsioni normative di dettaglio.

ABSTRACT

Banking foundations, created in the context of the privatisation process of the public banking system in the early 1990s, play today a key role in the national economy. The total disbursements per year are around one billion euros, and most of the resources are channelled into key areas of the social and cultural life of the State, in a historical phase characterized, even with the recent exception represented by the NRRP, by compressions of expenditure and stability pacts. However, at the same time as this institutional activity, they continue to exert a decisive influence in defining the governance and strategies in some of the major Italian banks, in contrast with the aspirations and purposes crystallized in the l. 23 December 1998, n. 461 (so-called legge Ciampi) and in the following D.lgs. 17 May 1999, n. 153 including, in particular, the separation between foundations and banks and, consequently, the limitation of the influence of politics on the latter. A recent affair, only apparently marginal, highlights the critical issues of a regulatory system characterized by deep and manifest contradictions between the plan of principles and that of detailed rules.

PAROLE CHIAVE: fondazioni di origine bancaria; principio di eguaglianza; principio di non discriminazione; autonomia privata; controlli amministrativi

KEYWORDS: banking foundations; principle of equality; principle of non-discrimination; private autonomy; administrative controls

INDICE: 1. Premessa. – 2. I fatti. – 3. L'evoluzione del quadro normativo: la privatizzazione del sistema bancario pubblico e l'introduzione dell'obbligo di dismissione delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie. – 4. La previsione derogatoria di cui all'art. 25, comma 3-*bis* del D.lgs. n. 153 del 1999 e la sua corretta ricostruzione. – 5. I dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della previsione derogatoria. – 6. L'allocazione e perimetrazione dei poteri di controllo sulle operazioni aventi ad oggetto l'acquisto di partecipazioni indirette in enti e società non strumentali – 7. Le fondazioni di origine bancaria oggi e l'imperitura tentazione del ritorno al passato.

1. Premessa

Le fondazioni di origine bancaria rivestono un ruolo di primaria importanza nel contesto dell'economia nazionale¹. Solo per citare alcuni numeri², esse vantano un patrimonio contabile di ben 40.247 milioni di euro e, nell'arco temporale che va dal 2000 al 2021, hanno erogato complessivamente 25,1 miliardi di euro e accantonato ulteriori risorse per l'attività erogativa futura pari a circa 4,8 miliardi di euro, per un totale di 29,9 miliardi di euro. Il 96% del totale erogativo³ è distribuito tra i sette settori prioritari (Arte, Attività e Beni Culturali; Volontariato, Filantropia e Beneficenza; Ricerca e Sviluppo; Educazione, Istruzione e Formazione; Sviluppo locale; Assistenza sociale; Salute pubblica) e il Fondo per il contrasto della povertà educativa minorile, il quale rappresenta una linea di intervento "intersettoriale" che incide nei diversi settori richiamati. Inoltre, e soprattutto, rispetto a un totale di 86 fondazioni, sono ben 50 quelle che continuano a detenere quote di partecipazione nelle banche conferitarie, di cui 4 con quote comprese fra il 20% e il 50% e 5 con quote superiori al 50%⁴.

L'impatto che l'attività e le scelte strategiche di tali enti hanno sull'economia e sulla società italiana sono quindi autoevidenti, anche e soprattutto laddove si consideri l'influenza che essi hanno esercitato nella creazione e nello sviluppo dei grandi gruppi bancari nazionali, fra cui Intesa San Paolo, Unicredit,

1 Sul ruolo delle fondazioni di origine bancaria nell'evoluzione del quadro normativo e istituzionale cfr., di recente, P. RAMBELLI, A. RINALDI (a cura di), *Le fondazioni dalle origini al futuro. Le ragioni della Legge n. 218 del 1990, i suoi esiti e le sue prospettive nel trentennale dell'approvazione*, il Mulino, Bologna, 2021; A. GRECO, U. TOMBARI, *Fondazioni 3.0. Da banchieri a motori di un nuovo sviluppo*, Bompiani, Milano, 2020; B. GHISOLFI, *Le fondazioni bancarie. Manuale di navigazione*, Arago, Torino, 2020.

2 Cfr. XXVII Rapporto annuale ACRI sulle fondazioni di origine bancaria - Anno 2021, dal quale sono ricavati i dati citati nel testo, disponibile al seguente link: <https://www.acri.it/wp-content/uploads/2021/12/Rapporto-annuale-2021.pdf>.

3 Nel 2021 le erogazioni annuali risultano prevalenti (93,2%) rispetto a quelle pluriennali (6,8%) e quelle di piccole e media dimensione (comunque di importo inferiore a 500.000 euro) rappresentano, complessivamente, più della metà delle erogazioni annuali, a riprova dell'attenzione delle fondazioni anche alle piccole iniziative e realtà del Terzo settore.

4 Per completare il quadro, al 31 dicembre 2021, 37 fondazioni detengono partecipazioni nella conferitaria inferiori al 5% e 4 fondazioni partecipazioni comprese fra il 5% e il 20%. Se si considerano le sole fondazioni che ancora detengono una partecipazione nella società bancaria conferitaria, la quota di capitale sociale detenuta è mediamente di circa il 12%.

UBI, Bper, svolgendo così un ruolo di protagonista nel riassetto del sistema creditizio italiano. Del resto, come ebbe modo di rilevare lo stesso Governatore della Banca d'Italia, «negli anni della crisi, le fondazioni di origine bancaria hanno assecondato e sostenuto il processo di rafforzamento patrimoniale di alcuni tra i maggiori intermediari italiani»⁵, assicurando così la stabilità del sistema bancario nei lunghi anni della crisi economico-finanziaria⁶. Eppure, nonostante tali valutazioni ampiamente positive, non si può sottacere come rispetto a talune vicende siano state al contrario espresse severe critiche proprio con riguardo al processo degenerativo innescato dalla compartecipazione delle fondazioni al capitale azionario delle banche conferitarie⁷. Del resto, se è vero che in un primo momento il legislatore non intese porre il principio della separazione tra fondazioni e banche conferitarie, le scelte successive si sono invece indirizzate proprio in questa direzione, con risultati non sempre apprezzabili sul terreno della costruzione delle fattispecie normative di dettaglio⁸.

Una recente e controversa vicenda, «un po' curiosa»⁹, che di seguito si commenta, consente di mettere in luce talune ambiguità e criticità dell'attuale quadro legislativo, il quale, oltre a non aver consentito di realizzare una comple-

5 BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali del Governatore sul 2012*, 18, disponibile al seguente link: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2013/cf12_considerazioni_finali.pdf.

6 Cfr., in tal senso, quanto ribadito in diverse esternazioni pubbliche dall'allora Presidente dell'ACRI Giuseppe Guzzetti.

7 Cfr., ad esempio, T. BOERI, L. GUISSO, *Quell'abbraccio mortale fra fondazioni e banche*, in *lavorce.info*, 13.01.2012, rispetto alle vicende MPS e Unicredit.

8 In tal senso, l'allora Presidente dell'A.G.C.M., nelle «Segnalazioni per la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2014», ebbe modo di ribadire la necessità di un effettivo rafforzamento della «separazione tra fondazione e banca conferitaria, ampliando la portata del divieto di detenere il controllo di una banca anche alle ipotesi di controllo di fatto esercitato congiuntamente con altri azionisti» (AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Anno 2014 - Segnalazione AS1137 - proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*; nello stesso senso, BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali del Governatore sul 2013*, 18-19, disponibile su: https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-governatore/integov2014/cf13_considerazioni_finali.pdf; FONDO MONETARIO INTERNAZIONALE, *2014 Article IV Consultation with Italy Concluding Statement of the IMF Mission*).

9 S. AMOROSINO, *L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 3, 121 ss. Sulla medesima vicenda cfr. anche G. ROMAGNOLI, *Inammissibilità del conseguimento da parte di una fondazione bancaria tramite il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto del controllo di una banca terza rispetto a quella conferitaria offerente*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 3, 135 ss.

ta ed effettiva separazione tra fondazioni e banche, contempla una serie di ipotesi derogatorie a vantaggio di talune fondazioni, che si presentano come del tutto irragionevoli e discriminatorie e rischiano, in una certa misura, di incidere negativamente sul pieno dispiegamento dei meccanismi concorrenziali nonché sull'efficienza del sistema bancario.

Con il presente contributo si procederà quindi a delineare i tratti essenziali della procedura di OPA che ha visto coinvolte Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A. e Banca di Cividale S.p.A., nonché del contenzioso da essa originato e a individuarne i profili più rilevanti e maggiormente problematici (par. 2). Successivamente, anche sulla base dell'evoluzione normativa che ha interessato le fondazioni di origine bancaria (par. 3), si procederà all'esame di tali profili, soffermandosi in particolare sulla ricostruzione della disciplina derogatoria di cui art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999 e sui corposi dubbi di illegittimità costituzionale della stessa (parr. 4 e 5), nonché sulla questione relativa all'allocatione e perimetrazione dei poteri di controllo sulle operazioni aventi ad oggetto l'acquisto da parte delle fondazioni bancarie di partecipazioni indirette di controllo in società bancarie diverse dalla conferitaria e, più in generale, in enti e società non strumentali (par. 6). Infine, seguiranno alcune brevi conclusioni (par. 7).

2. I fatti

Cassa di Risparmio di Bolzano S.p.A. (*Sparkasse*), fondata nel 1854, è la prima banca in Alto Adige in termini di impieghi e di raccolta, con oltre 1200 collaboratori, ed opera nel Nord Est attraverso una rete di oltre 100 filiali. *Sparkasse* è controllata dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano, la quale detiene oltre il 62,7% delle azioni, mentre il restante 30,4% è distribuito tra oltre 24.000 azionisti residenti prevalentemente in Alto Adige.

In data 9 dicembre 2021, il Consiglio di Amministrazione di *Sparkasse* deliberava e annunciava di promuovere due offerte pubbliche di acquisto volontarie totalitarie, la prima su azioni ordinarie e la seconda su *warrant* di

Banca di Cividale S.p.A. - Società Benefit (*CiviBank*), A quella data *Sparkasse* deteneva 4.521.925 azioni ordinarie di *CiviBank*, rappresentative del 17,09% del capitale sociale dell'Emittente alla data del Documento di offerta, nonché 1.557.450 *warrant* denominati “Warrant Banca di Cividale S.p.A. – 2021-2024” rappresentativi del 9,85% della totalità dei *warrant* emessi dall'Emittente e in circolazione alla data del Documento di offerta.

CiviBank è invece attiva in Friuli Venezia-Giulia con 52 filiali e, in misura minore, in Veneto con 13 filiali. L'obiettivo delle offerte, come evidenziato nel Documento di offerta, consisteva nell'acquisizione dell'intero capitale sociale dell'Emittente, favorendo gli obiettivi di integrazione, creazione di sinergie e crescita di un nuovo gruppo bancario. Esse intendevano perseguire «un significativo miglioramento del posizionamento strategico proprio di *CiviBank*, mirando a realizzare un'operazione di consolidamento in grado di collocare il potenziale nuovo gruppo bancario, in termini di quote di mercato nel territorio di riferimento, immediatamente dopo i 4 principali gruppi bancari nazionali, con impieghi di circa Euro 10 miliardi e masse amministrate di Euro 26 miliardi»¹⁰.

In data 28 dicembre 2021 l'Offerente presentava istanza alla BCE e alla Banca d'Italia per ottenere le autorizzazioni preventive, ricevute rispettivamente il 23 e il 25 marzo 2022, mentre il 29 dicembre 2021 promuoveva ufficialmente le offerte mediante deposito del Documento di Offerta e delle Schede di Adesione in CONSOB, la quale procedeva all'approvazione in data 30 marzo 2022, con delibera n. 22281. A fronte di tali operazioni, il Consiglio di Amministrazione di *CiviBank* reagiva con alcune iniziative in sede giudiziaria, presentando un ricorso al Tribunale dell'Unione europea¹¹ e un secondo ricorso al T.A.R. Lazio – Roma¹², chiedendo l'annullamento del provvedimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze recante

¹⁰ Documento di offerta, Sezione G, Paragrafo G.2, consultabile al seguente link: <https://www.sparkasse.it/ir-opa-su-azioni-civibank/>.

¹¹ Ricorso finalizzato all'annullamento dell'autorizzazione all'acquisto rilasciata dalla BCE. Esso non era tuttavia accompagnato da istanza cautelare, con la conseguenza che non veniva seguita la procedura accelerata, per cui nel periodo di offerta il “cuore” del contenzioso si è spostato a livello nazionale, sul giudice amministrativo.

nulla-osta, di estremi ignoti, ovvero del silenzio del medesimo Ministero con valore di provvedimento di nulla-osta, all'esecuzione dell'operazione di acquisizione, nonché del provvedimento di approvazione del documento di offerta emanato dalla Consob il 30 marzo 2022.

Il Presidente della Sezione Seconda-*Quater* del T.A.R. Lazio, con decreto n. 3214 pubblicato in data 20 maggio 2022¹³, accoglieva l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospendeva il provvedimento impugnato fino alla trattazione collegiale dell'istanza cautelare già fissata per la camera di consiglio del 31 maggio 2022. Successivamente, con ordinanza n. 3482 pubblicata in data 1 giugno 2022¹⁴, il Collegio decideva di rigettare la richiesta di misura cautelare¹⁵.

All'esito del regolamento (c.d. *settlement*) con il pagamento dei corrispettivi dovuti a fronte dell'acquisto delle azioni e dei *warrant* portati in adesione alle offerte, oggi *Sparkasse* è il socio di controllo di *CiviBank* con il 75,6% del capitale sociale e il 79,1% dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea dei soci (al 14 luglio). Infine, in data 24 giugno 2022, il Consiglio di Amministrazione di *CiviBank*, espressione del nuovo socio di maggioranza, deliberava la rinuncia ai ricorsi proposti rispettivamente dinnanzi al Tribunale dell'Unione europea e al T.A.R. Lazio - Roma.

La vicenda in esame ha messo in evidenza alcuni nodi problematici. Sul piano sostanziale, è necessario determinare se le fondazioni di origine

12 Ricorso accompagnato da istanza cautelare finalizzato all'annullamento del provvedimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze recante nulla-osta, di estremi ignoti, ovvero del silenzio del medesimo Ministero con valore di provvedimento di nulla-osta, all'esecuzione dell'operazione di acquisizione, nonché del provvedimento di approvazione del documento di offerta emanato dalla Consob il 30 marzo 2022 e di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, e con riserva di motivi aggiunti.

13 Disponibile sul sito della Giustizia amministrativa – sezione Decisioni e pareri: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr>.

14 Disponibile sul sito della Giustizia amministrativa – sezione Decisioni e pareri: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnpr>.

15 Per effetto di tale decisione il periodo di adesione delle offerte, che era stato provvisoriamente sospeso con il Decreto presidenziale sopra citato alle ore 12.51 (ora italiana) dell'ultimo giorno di mercato aperto del periodo di adesione, veniva riaperto con decorrenza dalle ore 12:51 (ora italiana) del giorno 1 giugno 2022 e si chiudeva alle ore 17:30 (ora italiana) del giorno 1 giugno 2022.

bancaria di cui all'art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153 del 1999 possano o meno detenere *indirettamente* partecipazioni di controllo in enti e società non strumentali e, come nel caso di specie, in società bancarie diverse dalla conferitaria. Sul piano procedurale, è invece necessario chiarire innanzitutto se le Autorità di supervisione (BCE e Banca d'Italia), nel verificare la *compliance* dell'operazione alla normazione bancaria, unionale e nazionale, abbiano o meno l'obbligo di svolgere rispetto ai soci di riferimento un controllo esteso non esclusivamente ai profili di natura finanziaria, ma volto ad accertare il rispetto dell'intera normativa vigente¹⁶. In secondo luogo, si è posto il problema di determinare se l'acquisto di partecipazioni di controllo in enti e società non strumentali (nel caso di specie *CiviBank*) per il tramite di una società a sua volta controllata dalla fondazione (nel caso di specie *Sparkasse*) sia o meno soggetto ad un preventivo obbligo di comunicazione al MEF ai sensi dell'art. 7, co. 3 del D.lgs. n. 153 del 1999.

3. L'evoluzione del quadro normativo: la privatizzazione del sistema bancario pubblico e l'introduzione dell'obbligo di dismissione delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie

Tanto premesso, è necessario procedere alla ricostruzione del quadro normativo e istituzionale.

La genesi delle casse di risparmio, in Italia e in Europa, affonda le proprie radici nella prima metà dell'Ottocento e si ricollega al declino che investì le istituzioni intermedie tra Stato e cittadino, quali le arti e le corporazioni¹⁷. Pur non essendo questa la sede per ripercorrere il lungo e complesso processo metamorfico che coinvolse tali istituzioni nei due secoli successivi, è tuttavia opportuno quanto meno ricordare come, a partire dalla metà degli anni Ottanta

¹⁶ Nel caso di specie la conformità dell'operazione al D.lgs. n. 153 del 1999, stante la partecipazione di controllo detenuta dalla Fondazione *Sparkasse*.

¹⁷ *Ex plurimis* cfr. M. PICCIALUTI CAPRIOLI, *Opere pie e beneficenza pubblica: aspetti della legislazione piemontese da Carlo Alberto all'unificazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 3, 963 ss.; F. MERUSI, *Opera pia e impresa bancaria nelle Casse di Risparmio*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, II, Giuffrè, Milano, 1982; N. MATTEUCCI, *L'origine storica delle casse di risparmio*, in F. A. Roversi Monaco (a cura di), *Le fondazioni casse di risparmio*, Maggioli, Rimini, 1998.

del secolo scorso, iniziò progressivamente ad emergere l'esigenza di addivenire a una privatizzazione, in un primo momento "fredda", del sistema bancario pubblico, che proprio in quegli anni mostrava una pluralità di limiti che nel breve periodo avrebbero seriamente rischiato di compromettere l'intero sistema economico italiano¹⁸.

In tale contesto, la c.d. riforma Amato-Carli¹⁹ segnò l'avvio della lunga e travagliata stagione del processo di privatizzazione del sistema bancario italiano, ancorché per il momento solo "formale" e dunque finalizzata alla mera trasformazione giuridica dell'ente pubblico in società per azioni (in mano pubblica)²⁰. Successivamente, la legge delega 23 dicembre 1998, n. 461 (c.d. legge Ciampi), recante «*Delega al governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, c. 1, del d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria*», avviò una seconda, importante fase del processo di riforma del sistema bancario italiano. A ben vedere la legge Ciampi, come immediatamente rilevato in dottrina, aveva come finalità principale la privatizzazione "formale" degli enti conferenti, e come "sottoprodotto"²¹ la conclusione del processo di privatizzazione "sostanziale" delle società bancarie conferitarie, come del resto emerge nitidamente già dai titoli della legge e del

18 Sul punto cfr. BANCA D'ITALIA, *Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive*, in *Bollettino*, dicembre-gennaio, 1981; G. MINERVINI, *Una rivoluzione silenziosa per la banca pubblica*, in *Politica ed economia*, 1982, 2, 51 ss.; G. AMATO, *Ristrutturazione degli istituti di credito ed evoluzione del mercato finanziario*, in S. Amorosino (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge n. 218/90*, Giuffrè, Milano, 1991, 1-8; M. RISPOLI FARINA, *La riforma delle banche pubbliche in Italia. Dalla "rivoluzione silenziosa" alla legge Amato*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni. Commento sistematico alla l. 218/90*, Jovene, Napoli, 1993, 11-25.

19 Legge 30 luglio 1990, n. 218 ("Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico") e D.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 ("Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio").

20 La legge obbligava infatti il Governo a garantire la permanenza del controllo, ma «*in casi eccezionali, al fine di rafforzare il sistema creditizio italiano, la sua presenza internazionale, la sua dimensione patrimoniale, e di permettergli di raggiungere dimensioni che ne accrescano la capacità competitiva, per finalità di pubblico interesse, uno speciale regime autorizzatorio potrà consentire deroghe al suddetto principio [...]*» (art. 2, comma 1, lett. d), L. n. 218/1990).

21 L'espressione si ritrova in R. COSTI, *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Le fondazioni bancarie. Atti del Convegno di studio (Salerno, 16 ottobre 1998)*, Giuffrè, Milano, 1999, 23.

decreto delegato²². Ciò che in questa sede maggiormente interessa osservare è il dato per cui l'art. 2, co. 1, lett. d) della legge delega imponeva espressamente al decreto delegato di prevedere la facoltà per gli enti conferenti di «*esercitare, con contabilità separate, 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, in conformità a quanto previsto dalla normativa vigente per i singoli settori, e detenere partecipazioni di controllo in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio esclusivo di tali imprese [enfasi aggiunta]*». Tale previsione, come è stato efficacemente messo in evidenza, si è poi rivelata una vera e propria norma “trabocchetto”²³ e ha rappresentato il “cavallo di Troia”²⁴ per la privatizzazione sostanziale delle società conferitarie. Ed infatti, allorché il D.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 stabilì l'obbligo di cedere il controllo della banca conferitaria²⁵, immediatamente si levarono le accuse di illegittimità costituzionale²⁶ della previsione per eccesso di delega,

22 La l. 23 dicembre 1998, n. 461 reca “*Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'art. 11, co. 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria*”, mentre il D.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 è intitolato “*Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461*”.

23 Cfr. M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, il Mulino, Bologna, 2001, 75.

24 L'efficace espressione si ritrova in F. BELLI, F. MAZZINI, voce “*Fondazioni bancarie*”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Aggiornamento*, Torino, 2000, 318.

25 Cfr. art. 6, co. 1 del D.lgs. n. 153/1999, ai sensi del quale «*le fondazioni possono detenere partecipazioni di controllo solamente in enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali*». Inoltre, l'art. 25, inserito tra le *Disposizioni finali e transitorie*, disponeva che: «**1.** *Le partecipazioni di controllo nelle Società bancarie conferitarie, in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono continuare ad essere detenute, in via transitoria, per il periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ai fini della loro dismissione. Nel caso di mancata dismissione entro il suddetto termine, le partecipazioni previste dal presente comma possono ulteriormente essere detenute per non oltre due anni, fermo restando quanto previsto dall'art. 12, comma 3.* **2.** *Le partecipazioni di controllo in società diverse da quelle di cui al comma 1, con esclusione di quelle detenute dalla fondazione in imprese strumentali, sono dismesse entro il termine stabilito dall'Autorità di vigilanza tenuto conto dell'esigenza di salvaguardare il valore del patrimonio e, comunque, non oltre il termine quadriennale di cui allo stesso comma 1.* **3.** *Qualora la fondazione, scaduti i periodi di tempo rispettivamente indicati ai commi 1 e 2, continui a detenere le partecipazioni di controllo ivi previste, alla dismissione provvede, sentita la fondazione ed anche mediante un apposito commissario, l'Autorità di vigilanza, 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*».

26 Sul punto cfr. P. SCHLESINGER, *Le c.d. “fondazioni bancarie”*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1995, 1, 424; A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, 3, 400.

proprio in ragione dell'ambiguità che aveva caratterizzato la scelta, dirompente, ma sostanziata in una formula sintetica e abilmente occultata all'interno del testo, del legislatore delegante.

Come peraltro già ricordato, nell'originaria formulazione dell'art. 25, co. 1 del decreto delegato, per non perdere i benefici fiscali derivanti dalla qualificazione di ente non commerciale, le partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie avrebbero dovuto essere dismesse entro quattro anni dalla sua entrata in vigore (entro il 15 giugno 2003) mentre, con la perdita dei benefici fiscali, avrebbero comunque dovuto essere dismesse entro i due anni successivi (entro il 15 giugno 2005). Quest'ultimo termine venne poi prorogato di un anno (15 giugno 2006) dalla l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002), mentre il primo termine venne prorogato dall'art. 4, co. 1 del D.L. 24 giugno 2003, n. 143, convertito in legge con modificazioni, dalla l. 1 agosto 2003, n. 212, al 31 dicembre 2005.

Così sommariamente delineata l'evoluzione del quadro normativo, è adesso opportuno soffermarsi su due innovazioni legislative di inizio millennio essenziali nell'economia del presente contributo. L'art. 80, co. 20, lett. b) della l. 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) stabilì che «*all'articolo 25 [del D.lgs. n. 153/1999], dopo il comma 3, è aggiunto il seguente: 3-bis. Per le fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro, e per quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale, le parole "quarto", "quattro" e "quadriennio", contenute negli articoli 12, 13 e nel comma 1 del presente articolo sono sostituite, rispettivamente, dalle seguenti: "settimo", "sette" e "settennio"*». In tal modo, attraverso un emendamento al disegno di legge finanziaria, si decideva di prorogare, per le sole fondazioni individuate dalla norma, il termine per la dismissione delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie al 15 giugno 2006. Infine, l'art. 4 del D.L. 24 giugno 2003, n. 143 dispose che «*il comma 3-bis dell'articolo 25 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n.*

153, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: **3-bis**. *Alle fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro, nonché a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale, non si applicano le disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 12, ai commi 1 e 2, al comma 1 dell'articolo 6, limitatamente alle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie, ed il termine previsto nell'articolo 13. Per le stesse fondazioni il termine di cui all'articolo 12, comma 4, è fissato alla fine del settimo anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto*». Tale disposizione si presenta innanzitutto come parzialmente incomprendibile, in quanto il riferimento ai “commi 1 e 2” è del tutto privo dell'indicazione dell'articolo di legge; inoltre, come si avrà modo di approfondire successivamente (par. 5), essa pone rilevanti dubbi in ordine alla sua compatibilità con il testo costituzionale.

4. La previsione derogatoria di cui all'art. 25, co. 3-bis del D.lgs. n. 153 del 1999 e la sua corretta ricostruzione

Come si è avuto modo di rilevare, la disciplina derogatoria favorevole alle fondazioni di minori dimensioni e a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale trae origine da un emendamento inserito nel Disegno di legge finanziaria 2003 e si è poi definitivamente consolidata e ampliata con il D.L. n. 143/2003, poi convertito dalla l. n. 212/2003.

Prima di affrontare i corposi dubbi in ordine alla legittimità costituzionale di siffatta previsione normativa, è opportuno procedere alla corretta ricostruzione della stessa. L'art. 25, co. 3-bis del D.lgs. n. 153/1999, così come da ultimo modificato dall'art. 4, co. 4 del D.L. n. 143/2003, poi convertito nella legge n. 212/2003, così stabilisce: «*Alle fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro, nonché a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale, non si applicano le disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 12, ai commi 1 e 2, al comma 1 dell'articolo 6, limitatamente alle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie, ed il termine previsto nell'articolo 13. Per le stesse fondazioni il termine di cui all'articolo 12, comma 4, è fissato*

alla fine del settimo anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto». Tale previsione derogatoria consente quindi alle fondazioni dalla stessa individuate di continuare a detenere partecipazioni di controllo nelle rispettive società bancarie conferitarie, senza per ciò stesso perdere la qualifica di ente non commerciale e le connesse agevolazioni di natura fiscale. È tuttavia evidente che essa non consente la detenzione di partecipazioni di controllo (né direttamente né indirettamente) in banche diverse dalla conferitaria e in altri enti e società non strumentali.

La nozione di “controllo” a cui fa riferimento l’art. 6, co. 1 del D.lgs. n. 153/1999 (il quale non trova applicazione nei confronti delle fondazioni beneficiarie della norma derogatoria solo ed esclusivamente con riguardo alle partecipazioni detenute nelle società bancarie conferitarie) è infatti quella delineata dall’art. 6, commi 2 e 3 del medesimo decreto²⁷. Tale nozione viene definita attraverso una serie di rinvii normativi esterni e, per quanto in questa sede più interessa, all’art. 2359, co. 1 e 2, c.c.²⁸, secondo cui il controllo azionario (c.d. di diritto *ex art.* 2359, co. 1, n. 1, c.c. e c.d. di fatto *ex art.* 2359, co. 1, n. 2, c.c.) può essere non solo diretto ma anche indiretto, purché in quest’ultimo caso tutti gli “anelli della catena”, salvo il primo, siano rappresentati da un controllo azionario (di diritto o di fatto). La previsione derogatoria non consente dunque alle fondazioni ivi richiamate di detenere partecipazioni di controllo in enti e

27 Il quale dispone quanto segue: «**2.** Ai fini del presente decreto il controllo sussiste nei casi previsti dall’art. 2359, primo e secondo comma, del codice civile. **3.** Il controllo si considera esistente nella forma dell’influenza dominante, ai sensi del primo comma, n. 2, dell’art. 2359 del codice civile, quando: a) la fondazione, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, ha il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori, ovvero dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; b) la fondazione ha il potere, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori; c) sussistono rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario e organizzativo idonei ad attribuire alla fondazione i poteri o i diritti di cui alle lettere a) o b)».

28 «**[I].** Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un’altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria; 2) le società in cui un’altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. **[II].** Ai fini dell’applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi».

società non strumentali (con l'eccezione delle banche conferitarie), né direttamente né indirettamente.

È quindi necessario concludere nel senso che l'attuale quadro normativo, indipendentemente dalla sussistenza di eventuali profili di illegittimità costituzionale, non consentiva a *Sparkasse* di acquisire la partecipazione di controllo in *CiviBank*, in quanto la previsione derogatoria di cui all'art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999 consente solo ed esclusivamente la detenzione di una partecipazione di controllo nella società bancaria derivata e nulla più²⁹. Si potrà poi

29 In senso favorevole G. ROMAGNOLI, *Inammissibilità del conseguimento da parte di una fondazione bancaria tramite il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto del controllo di una banca terza rispetto a quella conferitaria offerente*, cit., 138-139, il quale osserva che «l'eccezione all'applicazione della disciplina generale operata dall'art. 25, comma 3-*bis*, esclude solo l'obbligo di alienazione delle partecipazioni preesistenti di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. 153/1999 ma non esime, invece, dal divieto – conseguente al vigore del provvedimento – posto dal suo successivo comma 4, d'acquistare nuove partecipazioni di maggioranza in società diverse da quelle che hanno per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali. [...] In conclusione, se si considera che la legge pone sullo stesso piano sia le partecipazioni di controllo dirette che indirette, si dovrebbe ritenere che la fondazione bancaria non può – tramite la banca conferitaria direttamente controllata – acquistare il controllo di una banca terza, pena la violazione dell'art. 6, comma 4, d.lgs. 153/1999 che conserva intatta la propria forza preclusiva rispetto a tutte le ipotesi non contemplate espressamente dall'art. 25, comma 3-*bis*, d.lgs. 153/1999». *Contra* S. AMOROSINO, *L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante*, cit., 128, secondo il quale, dalla lettura della disposizione di cui all'art. 6, co. 4 del D.lgs. n. 153/1999, sarebbe «di immediata evidenza che, nella vicenda in esame, la Fondazione non ha acquisito il controllo di alcuna società “non strumentale” (Civibank)», ma l'ha fatto la Cassa di Risparmio; è altresì incontestato che ciò avvenuto per autonoma deliberazione del suo c.d.a., avvedutamente comunicata all'azionista Fondazione solo a “percorso giuridico” già avviato [...] In conclusione appare privo di fondamento positivo nonché contrario ai principi eurounitari – che sin dalle prime direttive CE hanno configurato le banche come imprese operanti, in concorrenza, nel mercato – inferire dallo status del socio di maggioranza, ove questo sia una FOB, una limitazione della capacità d'agire della società bancaria, quasi essa sia “figlia di un dio minore” nell'ordinamento bancario». L'Autore conclude infine osservando come, nella prassi, i rapporti tra le fondazioni azioniste di maggioranza e le società bancarie potrebbero effettivamente tradursi nell'esercizio di poteri di direzione e coordinamento *ex artt.* 2359 e 2497 c.c. Il controllante che detiene la maggioranza dei voti in assemblea sarebbe comunque sempre ammesso a provare che esso non esercita alcuna direzione e coordinamento sulla società, prova che potrà darsi dimostrando che nonostante la nomina degli amministratori l'organo amministrativo gode di piena autonomia gestionale. Ciò premesso, la prima tesi, conforme del resto a quella sostenuta nel presente scritto, appare maggiormente in linea con il dato letterale e sistematico (posto che incontestabilmente la nozione di controllo a cui fa riferimento il D.lgs. n. 153/1999 comprende anche le ipotesi di controllo indiretto); quella sostenuta dalla seconda, autorevole, dottrina non appare quindi fondata, ma resta condivisibile sul piano sostanziale, anche se necessiterebbe di un intervento della Corte costituzionale, posto che il testo del decreto non consente margini di manovra all'interprete. Inoltre, non appare condivisibile l'ipotesi di estendere il campo applicativo della deroga di cui all'art. 25, co. 3-*bis* sulla base della prova che il controllante interno potrebbe fornire per dimostrare che, nel caso di specie, esso non esercita poteri di direzione e coordinamento; il fatto che il controllo sia con o senza direzione e coordinamento è infatti del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione delle previsioni di cui all'art. 6, co. 1 e 4 del decreto. Del tutto irrilevante ap-

certamente discutere in ordine alla opportunità e alla compatibilità con la Costituzione (v. *infra*, par. 5) della scelta legislativa di precludere alla società bancaria conferitaria, in ragione del controllo su di essa esercitato dalla fondazione, di fare ciò che alle altre banche è invece consentito fare (l'esercizio di un controllo azionario su enti e società non strumentali) e, sul punto, si potrebbero certo svolgere numerose considerazioni critiche, specie in un contesto economico nel quale la tendenza è innegabilmente orientata verso le aggregazioni e il rafforzamento dei gruppi bancari anche e soprattutto nella dimensione europea³⁰. Questo è tuttavia l'attuale quadro normativo, non emendabile in via pretoria ma solo ed esclusivamente ad opera del legislatore ovvero della Corte costituzionale.

5. I dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della previsione derogatoria

Affrontata la questione relativa alla definizione della estensione della deroga di cui all'art. 25, comma 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999, è ora necessario intrattenersi in merito ai potenziali profili di illegittimità costituzionale di siffatta normativa.

La previsione derogatoria in esame costituisce una *norma speciale* rispetto alle due *norme generali* rappresentate rispettivamente dall'obbligo di dismissione delle partecipazioni di controllo in essere nelle società bancarie conferitarie (artt. 6, comma 4 e 25, comma 1, D.lgs. n. 153/1999) e dal divieto di acquisizione di nuove partecipazioni di controllo (art. 6, comma 4, D.lgs. n. 153/1999)³¹. È dunque necessario chiedersi se tale norma speciale derogatoria non si ponga in aperto contrasto con il principio di eguaglianza³², a maggior ragione laddove si consideri che mai sono state analiticamente enunciate, nemmeno nei lavori parlamentari connessi alla conversione del D.L. n. 143/2003 introduttivo della deroga, le ragioni giustificative

pare, di conseguenza, quanto rilevato nella nota inviata dal MEF a Consob in data 29 aprile 2022, citata dall'Autore, per cui l'acquisizione sarebbe stata «*elaborata e decisa da Sparkasse nell'ambito della sua piena autonomia gestionale, senza alcun intervento e/o ingerenza della fondazione e, soprattutto, con fondi propri di Sparkasse [...]*».

dell'introduzione di una così vistosa e macroscopica disparità di trattamento tra soggetti privati, quali oggi indubbiamente sono le fondazioni di origine bancaria. A tal riguardo, si deve sottolineare come spetti in prima battuta al legislatore costruire fattispecie conformi al principio di eguaglianza e al canone della ragionevolezza, e ciò implica necessariamente che esse non si traducano in ingiustificate lesioni del principio di eguaglianza in senso formale, attraverso la previsione di regimi giuridici diversificati rispetto a situazioni sostanzialmente uguali³³.

30 Le aggregazioni sono oggi, in un contesto caratterizzato da una notevole e marcata instabilità, valutate favorevolmente soprattutto in funzione del rafforzamento degli indici patrimoniali. Sul punto cfr. BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale 2021. Considerazioni finali del Governatore*, 18; A. PATUELLI, *Intervista rilasciata a La Stampa in data 05.06.2022*; I. FIGUEIRAS, S. GARDÓ, M. GRODZICKI, B. KLAUS, L. LEBASTARD, B. MELLER, W. WAKKER, *Bank mergers and acquisitions in the euro area: drivers and implications for bank performance*, in *Financial Stability Review*, 2021, 2.

31 *Norme generali* che peraltro sono a loro volta da considerarsi *norme speciali* rispetto alle previsioni di cui agli artt. 1, 2 e 1322 c.c. che riconoscono in via generale anche ai *soggetti collettivi* (centri unitari d'imputazione di situazioni giuridiche soggettive attive e passive, ivi comprese le associazioni non riconosciute nella prospettiva delineata dall'art. 2 Cost., da distinguersi dalle *mere collettività*) rispettivamente la *capacità giuridica* (intesa come l'attitudine di un soggetto a essere titolare di diritti e di obblighi o, più in generale, di situazioni giuridiche soggettive), la *capacità di agire* (intesa in generale come l'idoneità del soggetto a porre in essere un'attività giuridicamente rilevante) e la loro *autonomia contrattuale*, e quindi anche la capacità di tali soggetti di acquistare e vendere, in linea di principio senza limitazioni (ma nel rispetto dei limiti imposti dalla legge), partecipazioni sociali.

32 La norma derogatoria sembrerebbe infatti restringere eccessivamente «l'ambito di operatività dell'obbligo di dismissione (con esso, dell'onere di ricorso, almeno nell'immediato, alle società di gestione del risparmio), che così finisce per riguardare solo le più grandi fondazioni bancarie delle Regioni a statuto ordinario: riesce difficile individuare la ragione oggettiva di questa differenziazione di regime, la sua ragionevolezza e, quindi, la sua legittimità costituzionale, quanto meno alla luce dell'art. 3, II comma, Cost.» (G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004, 310-311). La dottrina appena citata ha il merito di aver percepito le potenziali criticità della previsione derogatoria in esame, seppure senza particolari approfondimenti; resta peraltro un caso isolato, poiché nonostante l'esistenza di una sterminata produzione scientifica in materia di fondazioni di origine bancaria, la dottrina non si è mai interessata alla questione.

33 Come è stato osservato, «il dilemma del principio di uguaglianza appare tutto racchiuso nella linea distintiva tra diverso trattamento, che incorre nel divieto di discriminazione, e ragionevole differenziazione, che impone finanche "azioni positive". [...] Deve trattarsi di un metodo corale e condiviso fra una pluralità di organi istituzionali che devono contribuire a una costruzione sistematica e coerente del diritto, tale da incorporare essa stessa il valore dell'eguaglianza, prendendo le distanze dalla fallace tendenza odierna a una polarizzazione contrapposta: tra i fautori dell'uguaglianza formale, affidata al legislatore e alla tecnica della fattispecie, e i paladini dell'uguaglianza sostanziale e dell'effettività, che consegnano la giustizia nelle mani del solo diritto giurisprudenziale. La rimozione di ingiustificate differenze e, al contempo, la valorizzazione di diversità giuridicamente rilevanti sono profili inscindibili del medesimo concetto, che respingono tanto l'immagine di una calcolabilità omologante, dissociata da qualsivoglia tensione verso l'uguaglianza anche sostanziale, quanto quella della costante differenziazione del caso distaccata da qualsivoglia prevedibilità, coerenza sistematica e parità di trat-

È noto, inoltre, come nella giurisprudenza della Corte costituzionale il sindacato sul rispetto del principio di eguaglianza e quello di ragionevolezza sia andato incontro ad un sostanziale processo evolutivo, che ha condotto progressivamente quest'ultimo a emanciparsi dal primo. In via generale, si può osservare come negli anni si siano imposte due distinte forme di controllo³⁴: il primo (c.d. di razionalità), a carattere ternario, volto a sindacare le disparità di trattamento, fondato sul ricorso al c.d. *tertium comparationis*; il secondo (c.d. di ragionevolezza), a carattere binario, orientato a determinare e valutare la razionalità intrinseca della legge³⁵. Appare chiaro come rispetto alla questione in esame, in quanto si tratta di valutare comparativamente le distinzioni operate dal legislatore, il tipo di controllo che appare più appropriato è il primo, rispetto al quale lo spazio per la ragionevolezza

tamento. [...] Il diritto civile [il diritto privato in generale], dall'emanazione del codice a oggi, ha conosciuto un mutamento profondo della sua identità per effetto della progressiva, acquisita consapevolezza della complessità del dilemma eguale/diseguale e della latitudine dell'art. 3 Costituzione, che traduce in linguaggio giuridico il mistero stesso dell'uomo, per cui tutti rivestiamo una pari dignità, ma, al contempo, tutti incarniamo un'assoluta specificità e siamo protagonisti di differenti destini» (E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza e diritto civile*, in *Questione giustizia online*, 1/2020, pp. 23-27). La letteratura sul principio di eguaglianza, italiana e straniera, è sconfinata. Si rinvia, quanto meno, a C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, 25 ss.; A. AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, 133 ss.; L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza: Aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, CEDAM, Padova, 1985; A. CERRI, voce "Uguaglianza (principio costituzionale di)", in *Enciclopedia Giuridica*, XXXII, Treccani, Roma, 1994; G. U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Annuario 1998 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, CEDAM, Padova, 1998; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in M. La Torre e A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, 97 ss.

34 A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in F. Mac Gregor, A. Zaldivar Lelo de Larrea (a cura di), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Fundación editorial jurídica venezolana, 2008, 124.

35 «Il primo comporta un controllo volto a stabilire se tra le varie manifestazioni normative nella stessa materia (*tertia comparationis*) e quella denunziata esista una congruità dispositiva o, invece, vi siano contraddizioni insanabili. Il secondo prescinde da raffronti con termini di paragone (i quali, al più assumono solo un valore sintomatico), per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavarli dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi, inferendo una contrarietà a Costituzione solo quando non sia possibile ricondurre la disciplina ad alcuna esigenza protetta in via primaria o vi sia una evidente sproporzione tra i mezzi approntati e il fine asseritamente perseguito» (F. P. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1994*, testo pubblicato ad opera della Corte costituzionale, Roma, 1995).

lezza *stricto sensu* intesa appare maggiormente limitato. Sul punto inevitabile è il rinvio alla riflessione di Livio Paladin, secondo il quale, come noto, per determinare se due situazioni giuridiche possano o meno ritenersi omogenee, è necessario fare riferimento all'«*indispensabile tertium comparationis, che è la differente norma (generale o speciale, espressa od inespressa) della classe di rapporti la cui disparità sia controversa*»³⁶. Dopo aver individuato il *tertium comparationis* rilevante, perché adeguato e omogeneo, sarà allora possibile svolgere il controllo del primo tipo sopra richiamato³⁷. Con riguardo poi al “verso” della questione di legittimità costituzionale che si intende proporre, e quindi alla scelta della norma da censurare, come ha rilevato la Corte costituzionale, in presenza di norme generali e norme derogatorie a prevalere devono essere le seconde³⁸. Rispetto a questa complessiva impostazione³⁹, fondata sull'impiego del *tertium comparationis*, fondamentale appare il rilievo per cui «*se l'applicazione del principio di eguaglianza si pone nei termini ristretti in cui lo aveva collocato all'inizio la dottrina come semplice divieto di privilegi personali, ferma restando la discrezionalità del legislatore di configurare come diverse le varie situazioni della vita reale, non c'è assolutamente spazio per sovrapporre eguaglianza a giustizia. [...] Se, invece, come la giurisprudenza della Corte ha finito col determinare, il principio di eguaglianza viene risolto nel dovere del legislatore di trattare in modo eguale situazioni in fatto eguali e reciprocamente in modo non arbitrariamente diverso situazioni in fatto diverse, si finisce col consegnare al giudice costituzionale il compito di valutare la diversità in*

36 L. PALADIN, “Eguaglianza - Diritto costituzionale”, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 529.

37 Sul punto si rinvia a R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 287 ss.

38 «*In presenza di norme generali e di norme derogatorie, in tanto può porsi una questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, in quanto si assuma che queste ultime, poste in relazione alle prime, siano in contrasto con tale principio; quando, invece, si adotti come “tertium comparationis” la norma derogatrice, la funzione del giudizio di legittimità costituzionale non può essere se non il ripristino della disciplina generale, ingiustificatamente derogata da quella particolare, non l'estensione ad altri casi di quest'ultima. [In caso contrario] si aggraverebbe, anziché eliminare, il difetto di coerenza del sistema normativo*» (Corte cost. n. 298 del 1994, Considerato in diritto n. 4).

39 Cfr. A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame critico ed ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milano, 1976, il quale insiste sulla natura fattuale degli elementi oggetto del giudizio comparatistico. Si consideri poi che la stessa selezione del *tertium comparationis* non si sottrae a sua volta ad un giudizio di ragionevolezza.

*concreto delle situazioni prefigurate dal legislatore e l'adeguatezza sostanziale della disciplina dettata per ciascuna di esse [...] In questa prospettiva, invero, il precetto dell'eguaglianza tende, se non accompagnato da altre prescrizioni normative, a confondersi con l'esigenza di giustizia sostanziale (o di equità) la cui valutazione ultima sarebbe riconosciuta in capo al giudice costituzionale [enfasi aggiunta]»⁴⁰. Questo profilo merita un'ulteriore specificazione, nel senso che il legislatore non è completamente libero nel qualificare come *uguali* o *diverse* le situazioni oggettivamente date, perché non tutte le diversità riscontrabili nella realtà possono ritenersi meritevoli di essere selezionate e valorizzate dal legislatore stesso attraverso la previsione di regimi giuridici in tutto o in parte differenziati.*

Appare quindi opportuno evidenziare che, laddove si tratti di valutare comparativamente le distinzioni operate dal legislatore, queste dovranno fondarsi ed essere riconducibili a norme costituzionali, le sole idonee a guidare l'opera di selezione e “differenziazione” del legislatore. Tale operazione di edificazione di regimi giuridici differenziati dovrà dunque necessariamente ricollegarsi alla selezione “costituzionalmente orientata” di diversità riscontrabili sul piano oggettivo o perché esse *di per sé* assumono una immediata rilevanza sul piano costituzionale ovvero in quanto la stessa operazione di selezione e differenziazione sia funzionale al perseguimento da parte del legislatore di *obiettivi* costituzionalmente rilevanti. Ciò è vero a maggior ragione in tutte quelle ipotesi in cui, come nel caso di specie, le distinzioni si vanno a poi a tradurre in previsioni derogatorie inserite nel contesto di un quadro di previsioni generali connotato da specifiche e ben delineate finalità. Il legislatore può scegliere cioè di non sviluppare linearmente la produzione normativa, attraverso la previsione di deroghe ed eccezioni, ma in tal caso le previsioni derogatorie dovranno essere sorrette da *rationes* apprezzabili sul piano costituzionale, specie laddove le disparità di trattamento così introdotte finiscano con il gravare sull'autonomia privata.

40 F. SORRENTINO, *Eguaglianza formale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2017, 7-8.

Nel caso in esame niente di tutto ciò è tuttavia ravvisabile, non solo in quanto il Governo prima, e il legislatore poi, in sede di conversione del D.L. n. 143/2003, non si sono minimamente preoccupati di dichiarare le ragioni poste alla base delle disparità di trattamento così introdotte, ma anche e soprattutto perché queste semplicemente non sembrano poter trovare un ancoraggio nella Costituzione⁴¹⁻⁴². Rispetto alla vicenda oggetto del presente contributo, si è sostenuto che *«si tratta di deroghe che avevano una ratio in par-*

41 Dalla giurisprudenza costituzionale in materia di fondazioni bancarie non sembrano potersi ricavare elementi di particolare rilievo ai fini alla definizione della questione. La sentenza 20 dicembre 2007, n. 438, relativa al conflitto di attribuzioni tra enti sollevato dalla Provincia autonoma di Bolzano nei confronti dello Stato, a fronte della nota MEF di approvazione (con prescrizioni) di talune modifiche apportate allo statuto della Fondazione Cassa di risparmio di Bolzano, si limita ad affermare che *«questo insieme di norme derogatorie [di cui all'art. 25, co. 3-bis del decreto] non muta, però, la natura dei due soggetti derivati dallo scorporo della precedente Cassa di risparmio. Anche le fondazioni destinatarie di questa specifica normativa soggiacciono, infatti, alla disciplina prevista dal comma 1 dell'art. 2 e dal comma 2 dell'art. 3 del decreto legislativo n. 153 del 1999. [...] La possibilità da parte di queste specifiche fondazioni di detenere partecipazioni di controllo nelle società creditizie conferitarie non ne modifica, quindi, la natura di persone giuridiche private, come tali rientranti nell'ambito dell'ordinamento civile»* (Corte cost. n. 438 del 2007, Considerato in diritto n. 6.2). L'assenza di qualsiasi riferimento, anche a carattere incidentale, ad eventuali profili di illegittimità costituzionale della disciplina potrebbe deporre, in ipotesi, contro la tesi sostenuta nel presente scritto. Sarebbe comunque agevole replicare che la Corte in quella occasione non era chiamata a pronunciarsi sulla questione e, di conseguenza, per ragioni di conformazione al *petitum*, ha ommesso di affrontare la questione anche solo all'interno di *obiter dicta*. Anche le due fondamentali sentenze nn. 300 e 301 del 2003 non vengono in soccorso. Ivi, com'è noto, si affermò che *«le fondazioni sorte dalla trasformazione degli originari enti pubblici conferenti (solo impropriamente indicate, nel linguaggio comune e non in quello del legislatore, con l'espressione "fondazioni bancarie"), secondo la legislazione vigente, non sono più - a differenza degli originari "enti pubblici conferenti" - elementi costitutivi dell'ordinamento del credito e del risparmio. [...] L'evoluzione legislativa ha spezzato quel "vincolo genetico e funzionale", di cui parlano le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001 di questa Corte, vincolo che in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 153) della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante»* (Corte cost. n. 301 del 2003, Considerato in diritto n. 5).

42 Osserva G. ROMAGNOLI, *Inammissibilità del conseguimento da parte di una fondazione bancaria tramite il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto del controllo di una banca terza rispetto a quella conferitaria offerente*, cit., 144-145, come *«in sintonia con le indicazioni della Consulta, valorizzando, da un lato, il legame con il territorio e, dall'altro, la normale limitata importanza economica di enti operanti in realtà geografiche assolutamente circoscritte, la partecipazione di consentita a talune fondazioni può essere letta nella logica dell'integrazione degli strumenti impiegabili per la realizzazione degli interventi nel territorio di riferimento. Quella "concessione", in altri termini, permette di considerare, in via del tutto eccezionale, strumentale anche la partecipazione bancaria di maggioranza, ritenendola mezzo idoneo alla realizzazione degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico come definiti dai rispettivi statuti (art. 2, d.lgs. 153/1999). Se si vuole, le peculiarità territoriali sono considerate un fattore che amplia le modalità a disposizione delle fondazioni per perseguire i loro scopi (art. 3, comma 1, d.lgs. 153/1999), includendovi anche la società bancaria conferitaria che sarebbe altrimenti esclusa. Quindi, si può ipotizzare che quella "anomalia" sia tollerata perché si reputa che la disponibilità da parte della fondazione di una partecipazione di maggioranza assoluta nella*

*te comune: la prima riguardava "realità economiche molto ridotte", cui afferivano banche con operatività territoriale limitata, tali da non compromettere l'efficiamento del sistema bancario; la seconda riguardava realtà bancarie qualificate geograficamente per essere ricomprese in regioni a statuto speciale. Dunque, storia e peculiarità normative rendevano anche costituzionalmente problematico un significativo intervento riformatore»⁴³. È tuttavia chiaro ed evidente che l'inidoneità a compromettere l'efficienza del sistema bancario e soprattutto la collocazione geografica di determinate fondazioni di origine bancaria non sono minimamente sufficienti a giustificare l'attribuzione di privilegi, anche perché in generale pressoché tutte queste fondazioni, e non solo quelle situate nelle Regioni a statuto speciale, sono caratterizzate da vicende storiche altrettanto importanti, peculiari, che le legano indissolubilmente al territorio di appartenenza. In sintesi, ricorrendo alla teorica del *tertium comparationis*, è agevole evidenziare che le suddette differenze *di fatto* (il minore o maggiore patrimonio netto contabile e la diversa collocazione geografica) individuate e selezionate dal legislatore non giustificano in alcun modo la previsione di regimi giuridici differenziati, e quindi la deroga a norme di diritto privato generale con la conseguente realizzazione di un'ingiustificata disparità di trattamento. È quindi inevitabile rilevare l'illegittimità costituzionale della previsione derogatoria di cui all'art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999, perché in insanabile contrasto*

banca conferitaria le consente di esercitare in modo propositivo in favore del territorio di riferimento il proprio potere di direzione e coordinamento. [...] In conclusione, la strumentalità della partecipazione di controllo pare confermare l'esistenza di un limite a carico della società partecipata derivante, se si vuole, dalla qualità del suo socio di maggioranza. Azionista, peraltro, obbligato dal suo statuto normativo a prevenire, tramite il monitoraggio assembleare, spinte centrifughe, comprese quelle tese all'acquisto indiretto del controllo di una banca operante in un'altra regione italiana e, dunque, estranea al territorio in cui la fondazione che controlla la banca che vuol acquisire il controllo di una terza è precipuamente attiva». Tali rilievi non consentono tuttavia, ad avviso di chi scrive, di risolvere i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della previsione derogatoria la quale, diversamente dalla nobiltà di intenti che dall'Autore viene attribuita al legislatore, potrebbe anche essere letta come mero favore politico per le autonomie speciali da parte del Governo e della maggioranza parlamentare dell'epoca. Resta comunque ferma la difficoltà di comprendere da un lato le ragioni per le quali solo le peculiarità territoriali delle Regioni a statuto speciale meriterebbero una valorizzazione tale da garantire un trattamento differenziato a enti di diritto privato operanti sul loro territorio, dall'altro quelle per cui le modeste dimensioni economiche degli enti in questione giustificerebbero la reviviscenza parziale di un modello aborrito e contrastato sul piano generale dal legislatore degli ultimi tre decenni.

43 A. PISANESCHI, *intervista rilasciata a Adnkronos in data 12.05.2022*.

con il principio di eguaglianza. Si consideri, infine, che i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della norma derogatoria in esame verrebbero inevitabilmente ad acuirsi laddove dovesse essere avallata la tesi “estensiva” che ricomprende nell’ambito applicativo della deroga anche le partecipazioni di controllo indirette⁴⁴.

6. L’allocazione e perimetrazione dei poteri di controllo sulle operazioni aventi ad oggetto l’acquisto di partecipazioni indirette in enti e società non strumentali

Infine, è necessario considerare un ultimo profilo problematico affrontato dal T.A.R. Lazio, il quale, in sede collegiale, ha rigettato l’istanza cautelare, senza entrare nel merito delle questioni, limitandosi a rilevare che *«ad un sommario esame, tipico della presente fase cautelare e fatti salvi gli esiti dell’approfondimento nel merito, la quaestio iuris sottesa all’intera controversia, consistente nell’acquisibilità, da parte della Fondazione Sparkasse, di una partecipazione indiretta in una società bancaria, sembra estranea al perimetro dei controlli demandati alla Consob, ricadendo piuttosto nell’ambito delle competenze della BCE e dalla Banca d’Italia le quali hanno autorizzato l’operazione in esame, mediante l’adozione di provvedimenti amministrativi allo stato sub iudice innanzi al Tribunale dell’Unione Europea»*, in quanto apparirebbe *«prima facie che la disposizione di cui all’art. 7 comma 3 del D.lgs. n. 153/1999, nella parte in cui assoggetta alle osservazioni dell’Autorità di Vigilanza esclusivamente “le partecipazioni detenute dalla fondazione nella Società*

44 Allo stesso tempo, una volta ammessa la legittimità della previsione derogatoria, nella parte in cui consente alle fondazioni ivi richiamate di poter conservare partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie, si porrebbe comunque l’ulteriore problema della compatibilità della disciplina con gli artt. 3 e 117 Cost. (in riferimento al diritto dell’Unione europea), poiché essa si risolverebbe in una ingiustificata discriminazione delle società bancarie conferitarie controllate dalle fondazioni, esclusivamente in ragione del peculiare *status* del socio di maggioranza che, inoltre, non consente loro di competere sul mercato con i medesimi strumenti disponibili agli altri concorrenti (cfr., in senso analogo, S. AMOROSINO, *L’opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell’operazione della Fondazione controllante*, cit., 128, secondo il quale, come già ricordato, non si configurerebbe alcuna violazione della Costituzione e del diritto dell’Unione europea in ragione della diversa interpretazione fornita alle disposizioni in esame).

bancaria conferitaria” non sia suscettibile di una interpretazione estensiva, tale cioè da riguardare anche le partecipazioni acquisite dalla società bancaria conferitaria»⁴⁵.

Appare innanzitutto corretto il rilievo per cui l'acquisto di partecipazioni indirette in banche e società non strumentali tramite la società bancaria conferitaria non sia assoggettato alle osservazioni dell'Autorità di vigilanza (*i.e.* il Ministero dell'economia e delle finanze) ai sensi dell'art. 7, co. 3 del D.lgs. n. 153/1999, e ciò sia in ragione del tenore letterale di tale disposizione, la quale si riferisce esclusivamente alle sole “partecipazioni detenute dalla fondazione nella Società bancaria conferitaria”⁴⁶, sia per ragioni di coerenza sistematica in quanto, in linea generale, il D.lgs. n. 153/1999 conferisce poteri di controllo/vigilanza con esclusivo riguardo alle fondazioni e all'attività da loro *direttamente* posta in essere, ivi compresi quindi l'acquisto e la vendita di azioni della banca derivata, e non anche all'attività esercitata da quest'ultima. Vi è tuttavia da evidenziare come i commi 1 e 2 dell'art. 10 del medesimo decreto stabiliscono che «**1.** *Fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro pri-*

45 T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II-*Quater*, ordinanza n. 3482/2022.

46 Osserva infatti S. AMOROSINO, *L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante*, cit., 126, come nel caso in esame «*non si era in presenza di alcuna operazione riguardante la partecipazione della Fondazione al capitale della s.p.a. Cassa di Risparmio. Tale partecipazione era rimasta del tutto immutata, per la dirimente ragione che la Società bancaria ha posto in essere l'operazione di acquisizione esclusivamente con capitali propri, o ripetiti sul mercato, senza richiedere alcun apporto finanziario ai soci. (Naturalmente, a seguito dell'operazione di acquisizione, come di qualsiasi altro evento rilevante di mercato, il valore delle azioni della s.p.a. può subire delle oscillazioni, ma ciò, ovviamente, non potrebbe minimamente dipendere da un'inesistente operazione della Fondazione sul proprio patrimonio). La Fondazione non aveva quindi alcun obbligo di comunicazione al MEF*». *Contra* G. ROMAGNOLI, *Inammissibilità del conseguimento da parte di una fondazione bancaria tramite il lancio di un'offerta pubblica d'acquisto del controllo di una banca terza rispetto a quella conferitaria offerente*, cit., 146 ss., secondo il quale «*per quanto non esista una prescrizione espressa e la disciplina specifica – che suscitò molti dubbi – debba essere riletta in modo non eccessivamente invasivo, l'eventuale acquisto di “pacchetti d'azioni” che garantiscono anche il controllo indiretto di banche, per il suo rilevante impatto sull'assetto patrimoniale della fondazione, sembra dover essere sottoposto alle verifiche che la legge affida al MEF in ipotesi di operazioni su partecipazioni bancarie compiute direttamente dall'ente conferente (art. 7, comma 3, d.lgs. 153/1999). [...] Se si guarda alla sostanza del fenomeno, qui considerato, sembra doversi escludere che un malinteso principio di legalità impedisca al MEF di sottrarsi all'obbligo di eseguire un riscontro sull'operazione qui osservata poiché la doverosità della verifica è ricavabile dal principio di efficienza dell'azione amministrativa, vista come momento imprescindibile per garantire, in assenza di efficaci meccanismi di responsabilizzazione interni alle fondazioni, il perseguimento delle finalità d'utilità sociale che –scegliendo tra quelle fissate dalla legge – le stesse si prefiggono di attuare*».

mo del codice civile, ed anche successivamente, finché ciascuna fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrerà al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo, la vigilanza sulla fondazioni è attribuita al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. 2. La vigilanza sulle fondazioni ha per scopo la verifica del rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti».

Ora, come si è detto, la legge non consente alle fondazioni di cui all'art. 25, co. 3-*bis* l'acquisto di partecipazioni indirette di controllo in enti e società non strumentali, men che meno in società bancarie. E poiché nella funzione di vigilanza⁴⁷, attribuita oggi al Ministero dell'economia e delle finanze, rientra primariamente, anche se non esclusivamente, la "verifica del rispetto della legge", si potrebbe forse concludere nel senso che questa ricomprenda anche la verifica del rispetto dell'art. 25, co. 3-*bis* dello stesso decreto e quindi la verifica sulla conformità rispetto a quest'ultima previsione, così come sopra ricostruita, dell'assetto delle partecipazioni indirette della fondazione. Tale ricostruzione non risolve peraltro la questione, in particolare laddove si ponga mente al fatto che, come si è detto, l'art. 10, co. 2 del decreto delegato si riferisce esclusivamente alla vigilanza *sulle fondazioni*, potendosi così dubitare che essa si estenda all'attività della società bancaria conferitaria. Inoltre, e soprattutto, anche laddove si ammettesse la competenza a vigilare del Ministero, non sarebbe comunque applicabile l'art. 7, co. 3 del decreto e il relativo meccanismo di segnalazione e approvazione delle operazioni. In tal senso, sarebbe quindi comunque necessario

47 Sull'attività di vigilanza e di controllo sulle fondazioni bancarie cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 713-719; A. MACCHIATI, *Le fondazioni come investitori istituzionali?*, in C. Borzaga, F. Cafaggi (a cura di), *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, Meridiana, Roma, 1999, 190 ss.; A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1999, 408-409; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, cit., 116-122.

l'intervento del legislatore (ovvero della Corte costituzionale?). Resta tuttavia fermo che, a differenza di quanto erroneamente paventato dal T.A.R. Lazio nell'ordinanza sopra richiamata, l'esercizio della funzione di vigilanza in materia certamente non rientra nelle competenze della BCE e della Banca d'Italia, come del resto emerge dall'esame del quadro dei poteri attribuiti a tali istituzioni rispettivamente dal T.F.U.E., dallo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea e dal D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (T.U.B.)⁴⁸. In conclusione, fermi restando i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 25, co. 3-*bis* del D.lgs. n. 153/1999, in considerazione della difficoltà nell'individuazione di un soggetto competente ad esercitare la funzione di vigilanza rispetto alle operazioni qui in discussione, è auspicabile un celere intervento da parte del legislatore sul testo dell'art. 7 del decreto volto a estendere il potere di vigilanza del Ministero anche alle operazioni che comportino acquisizioni in via indiretta di partecipazioni di controllo da parte della fondazione, poiché per le ragioni sopra esposte il MEF si presenta come il soggetto competente sulla base del disposto di cui all'art. 10, co. 1 e 2 del D.lgs. n. 153/1999 ad esercitare la funzione di vigilanza in materia.

7. Le fondazioni di origine bancaria oggi e l'imperitura tentazione del ritorno al passato

La vicenda *Sparkasse-Civibank* rischia, come si è avuto modo di mettere in luce, di introdurre un precedente anomalo e non coerente con l'impianto gene-

⁴⁸ Rileva ancora una volta correttamente S. AMOROSINO, *L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante*, cit., 124, come «ai fini dell'autorizzazione all'acquisizione bancaria le Autorità di supervisione hanno verificato l'idoneità della società bancaria acquirente; viceversa, riguardo al suo azionista di controllo – la Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano – hanno riscontrato – come prescritto nei confronti dei soci “di riferimento” – esclusivamente un profilo finanziario: la disponibilità a “sostenere” la società controllata nell'eventualità che – a valle dell'acquisizione – si presenti la necessità di un apporto di capitale. La verifica non ha quindi riguardato (né avrebbe potuto farlo) lo status soggettivo della Fondazione (ch'è legittimata a conservare la partecipazione maggioritaria), ma unicamente la sua eventuale, futura, disponibilità, in qualità di socio “di riferimento”, ad intervenire “a sostegno”. Non si deve confondere, dunque, l'accertamento della disponibilità ad un eventuale, futuro supporto finanziario – previsto per tutti i soci “di riferimento” delle società bancarie, quale che ne sia la forma giuridica (società, fondazione, persona fisica, etc.) – con una sorta di supervisione delle Autorità “bancarie” allargata alle FOB socie di maggioranza (in ragione della loro “origine”, oramai remota?)».

rale delle riforme che progressivamente, a partire dal 1990, hanno condotto all'attuale conformazione del sistema bancario italiano⁴⁹. A tal riguardo, è peraltro utile richiamare ancora una volta il XXVII Rapporto annuale sulle fondazioni di origine bancaria, il quale evidenzia come solo sei fondazioni detengono oggi una partecipazione nella conferitaria superiore al 50% delle quote, mentre tre detengono una partecipazione compresa fra il 20% e il 30%. Mediamente, se si considerano le sole fondazioni che ancora detengono una partecipazione nella società bancaria conferitaria, la quota di capitale sociale detenuta è di circa il 12%. Tale situazione è destinata ad evolversi ulteriormente a seguito della progressiva applicazione del Protocollo Acri/Mef, laddove la quota di investimento nella conferitaria risulti superiore al 33% dell'attivo di bilancio, esprimendo entrambe le grandezze al *fair value*. Infatti, il Protocollo prevede che le fondazioni si adoperino per ricondurre l'investimento entro il suddetto limite tenendo conto dell'esigenza di salvaguardare il valore del patrimonio, delle condizioni di mercato e degli effetti delle cessioni sullo stesso. Il numero delle Fondazioni che si trovano ad avere un valore di libro della partecipazione nella conferitaria che eccede il suddetto limite mostra inoltre un *trend* decrescente; infatti, se si prende in considerazione il puro dato contabile delle partecipazioni nelle conferitarie, a fine 2020, risulta che sono 14 le Fondazioni il cui investimento nella banca conferitaria è superiore ad un terzo dell'attivo, mentre nel 2019 erano 15 e negli anni precedenti il numero era ancora maggiore. Sotto il profilo quantitativo va evidenziato che per le predette 14 fondazioni l'esposizione contabile che supera il terzo del patrimonio ammonta a circa di 1,2 miliardi di euro; anche questo dato mostra una costante riduzione rispetto all'1,4 miliardi nel 2019, all'1,6 nel 2018, ai 2 nel 2017 e ai 2,85 miliardi nel 2016. È dunque evidente che, laddove in futuro dovesse essere confermata l'imposta-

⁴⁹ In realtà, come si è già avuto modo di evidenziare, le aspirazioni e i principi posti delle riforme intervenute alla fine degli anni Novanta sono stati in una certa misura traditi dalla normativa di dettaglio la quale, oltre al privilegio riservato alle fondazioni di minori dimensioni nonché a quelle con sede operativa nelle Regioni a statuto speciale, non è stata in grado di impedire alle fondazioni di esercitare un'influenza determinante nella creazione e nella vita di molti dei principali gruppi bancari del Paese.

zione dell'ordinanza cautelare n. 3482/2022 del T.A.R. Lazio senza la previa promozione della questione di legittimità costituzionale, si finirebbe con l'aval-lare l'introduzione nel sistema di un'anomalia che di fatto consente alle fonda-zioni, e quindi indirettamente (in misura più o meno rilevante) al potere politi-co, di riappropriarsi di una fetta non irrilevante del sistema finanziario locale⁵⁰. Il legislatore, come si è detto, è d'altra parte libero di definire e adottare nuovi e diversi modelli organizzativi, tanto con riferimento al sistema bancario quanto con riguardo a quello delle fondazioni, ma è obbligato a sviluppare tali scelte *coerentemente*, in ossequio al principio di eguaglianza e ragionevolezza, senza in-trodurre ingiustificate disparità di trattamento che rischiano di rappresentare un impedimento, seppur modesto, al pieno dispiegamento dei meccanismi della concorrenza e al raggiungimento dell'efficienza produttiva e allocativa⁵¹.

Muovendo da tali premesse, e in considerazione delle scelte di fondo compiute dal legislatore a partire dai primi anni Novanta, volte progressiva-mente a sancire una sempre più marcata separazione tra fondazioni e banche⁵²

50 Si è già detto (par. 2) che il nuovo gruppo bancario controllato da *Sparkasse*, in termini di quote di mercato nel territorio di riferimento, si colloca oggi immediatamente dopo i 4 princi-pali gruppi bancari nazionali.

51 Su quest'ultimo profilo cfr. *OECD Reviews of Regulatory Reform, Regulatory Reform in Italy*, 04.04.2001, 33 (tradotto e citato in M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, cit., 153): «Un'ulteriore questione relativa alla concorrenza e alla perfor-mance delle banche è collegata al controllo. Nonostante nel 1998 siano stati introdotti incentivi fiscali per inco-raggiare le fondazioni a vendere le proprie partecipazioni a molte banche, che in precedenza erano di proprietà dello Stato, tali fondazioni hanno tuttora un ruolo molto importante nell'assetto proprietario di 23 delle mag-giori 50 banche. Le fondazioni sono state istituite nel 1990, quando le istituzioni di credito e di risparmio sono state trasformate in società per azioni. Nonostante alle fondazioni sia stato garantito lo status di ente pub-blico, esse sono autorizzate ad acquisire quote azionarie importanti nel settore bancario; esse non sono esposte alle forze di mercato e ciò solleva alcune preoccupazioni riguardo alla loro capacità di contribuire in modo effica-ce al raggiungimento dell'efficacia produttiva e allocativa [enfasi aggiunta]».

52 Come già al tempo evidenziavano M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, cit., 154, «un altro punto critico è il legame strutturale tra enti lo-cali e gran parte delle fondazioni. Il distacco e l'indipendenza degli enti locali sono ancora insufficienti e ciò ac-centua la colorazione pubblicistica delle fondazioni bancarie che invece il decreto legislativo [Amato] mirava a eliminare. Si può anzi ritenere che la privatizzazione sostanziale delle fondazioni è ben lungi dall'essere rag-giunta, con tutte le conseguenze negative in tema di regime giuridico dell'attività delle fondazioni (regime degli appalti, responsabilità degli amministratori, ecc.). Non a caso la Commissione europea, come si è visto, sembra propendere per la tesi della natura pubblica delle fondazioni, qualificate oltretutto come imprese».

Nonostante rispetto alla qualificazione della natura delle fondazioni la situazione sia oggi profondamente mutata, è tuttavia doveroso rilevare come tale legame "strutturale", unitamente alla blanda nozione di controllo accolta dal D.lgs. n. 153/1999, oggetto di critica nella nota se-gnalazione dell'AGCM 10 dicembre 1998, nella quale si rilevava come «l'autorità ritiene più confor-

e, di conseguenza, tra queste ultime e il potere politico, non si comprende come oggi si possa ritenere ammissibile la costituzione di un grande gruppo bancario controllato da una fondazione, frutto di un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti privati (quali sono le fondazioni di origine bancaria) e, quindi, di una lesione del fondamentale principio di eguaglianza.

me alle esigenze di tutela del corretto assetto concorrenziale del mercato che la nozione di controllo sia ricondotta ad un'accezione più ampia, quale quella contenuta nell'art. 23 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», e in ragione del rifiuto opposto da Governo e Parlamento a prevedere che le partecipazioni azionarie detenute dalle fondazioni nei settori non compresi tra quelli di utilità sociale fossero affidate a gestori professionali, hanno di fatto impedito di scindere tutti i legami tra fondazioni e universo bancario.