

XVI CONVEGNO ANNUALE
DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"STATO, IMPRESE, MERCATI IN UN MONDO
ALLA RICERCA DI NUOVI EQUILIBRI"

Roma, 21-22 febbraio 2025

FRANCESCO BRIZZI

PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO COMMERCIALE

**L'autorizzazione dell'Autorità governativa all'esercizio
dell'azione di responsabilità contro gli amministratori delle fondazioni
bancarie**

Sommario: 1. Il problema. - 2. La *ratio* della previsione di un controllo dell'autorità governativa sulle fondazioni nella disciplina di diritto comune e la necessità di verificare la sua compatibilità con la *governance* delle fondazioni bancarie. - 3. L'assetto organizzativo delle fondazioni bancarie. - 4. Il ruolo e la funzione dell'organo di indirizzo nella *governance* delle fondazioni bancarie alla luce della disciplina della designazione e nomina dei componenti secondo le indicazioni della Corte costituzionale. - 5. Il controllo ministeriale sulle fondazioni bancarie e l'individuazione dell'organo di vigilanza nell'interpretazione (autentica) dell'art. 10 d.lgs. n. 153/1999. - 6. La persistenza della *ratio* di diritto comune nelle fondazioni bancarie ad onta della previsione di un organo di indirizzo (anche) in considerazione della portata decisoria della deliberazione di esercizio dell'azione di responsabilità. - 7. Considerazioni finali.

1. Il problema

In tema di fondazioni bancarie (*rectius*: di origine bancaria)¹, appare di notevole interesse la questione, non approfondita in dottrina e raramente affrontata in giurisprudenza, se in caso di esercizio da parte dell'ente di un'azione di responsabilità contro gli amministratori si applichi l'art. 25 c.c. in ordine al controllo sull'amministrazione delle fondazioni, con

¹ In effetti, appare più corretta la dicitura «fondazioni di origine bancaria» (o «fondazioni ex bancarie»), in quanto rende meglio la loro origine di enti conferenti l'azienda bancaria, quale cardine del processo legislativo di ristrutturazione delle banche pubbliche a far data dalla c.d. legge Amato, dal nome del Ministro proponente (legge delega 30 luglio 1990, n. 218, e conseguenti decreti legislativi 20 novembre 1990, nn. 356, 357, 358): cfr. F. BELLIF. MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, in *Digesto disc. priv. sez. comm.*, diretto da R. Sacco, Agg., Torino, 2000, p. 296 ss., ove un resoconto di tale processo, su cui v. anche M. PORZIO, «Le fondazioni bancarie», in *Dir. e giur.*, 1999, p. 105 ss.; G.B. PORTALE, *Fondazioni «bancarie» e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 23 ss. Peraltro, tale genere di espressioni non ricorre nella legge Amato, in coerenza con la natura pubblicistica di tali enti, come dai più riconosciuta nella vigenza della stessa (il *nomen* della rubrica del titolo III era del resto «enti pubblici conferenti», quegli stessi enti ai quali la legge riconosceva, con formula non priva di opacità, «piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato»). È nella successiva legge delega di riordino della materia (l. 23 dicembre 1998, n. 461: c.d. legge Ciampi) e nel decreto legislativo di attuazione (d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153) che compare (solo) il termine «fondazione», con il quale si intende «l'ente che ha effettuato il conferimento dell'azienda bancaria ai sensi del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356» (art. 1, comma 1, lett. c)). Termine invero già invalso nella prassi – per rappresentare un ente di diritto singolare, più che per evocare il regime privatistico, secondo E. DEL PRATO, *Fondazioni bancarie e categorie civilistiche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, I, p. 739 ss., ivi p. 741 – e che tuttavia trova un'ulteriore giustificazione proprio nella qualifica di «persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale», espressamente attribuita dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 153/1993 agli enti in questione. L'espressione «fondazioni bancarie» è, peraltro, divenuta di uso corrente sia in dottrina sia in giurisprudenza, e la si riscontra nella legislazione di corredo (in particolare, già nella l. 23 dicembre 1996, n. 662, recante «Misure di razionalizzazione della finanza pubblica»: cfr. R. RASCIO, *Le fondazioni bancarie tra codice e settore*, in *Dir. e giur.*, 2000, p. 1 ss., ed anche in *Raccolta di scritti in memoria di Antonio Villani*, Napoli, 2002, p. 2061 ss.) non senza eccezioni (v. ad es. l'utilizzo della locuzione «fondazione di origine bancaria» nel d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), all'art. 62, comma 1), di talché sarà questa ad essere utilizzata nel prosieguo. Di là dalle espressioni nominalistiche, è certo che si tratta di enti di «diritto singolare», quantomeno nel senso che la relativa normativa (sulla cui evoluzione, oltre agli autori *in apicibus*, si veda M. Nuzzo, *Le fondazioni bancarie. Commento alla legge 23 dicembre 1998, n. 461, al decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153, all'atto di indirizzo del Ministero del Tesoro 5 agosto 1999*, a cura di M. Nuzzo, Napoli, 2000, p. 15 ss.; nonché gli scritti contenuti in *Le fondazioni bancarie*, a cura di G. Ponzanelli, Torino, 2005; in ambito monografico, si vedano, con prospettive differenti, G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano, 2004, p. 8 ss.; G. MUCCIARELLI, *Attività e impresa nelle fondazioni bancarie*, Milano, 2005, p. 7 ss.) è destinata ad essere applicata ad una classe ristretta e chiusa di soggetti determinati (M.V. DE GIORGI, *Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune*, in *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 64). Si fa presente che il problema affrontato in questo *paper* prende le mosse da un caso concreto di cui ci si è occupati in altra sede. Le riflessioni che seguono rappresentano in ogni caso l'esito di approfondimenti autonomi ed indipendenti.

riferimento in particolare alla necessità della previa autorizzazione governativa². Si allude, più precisamente, alla disposizione secondo la quale «le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori e dai nuovi amministratori» (art. 25, comma 3, c.c.).

La questione non assume solo una portata teorica, ma appare suscettibile di ricadute applicative non marginali, in specie di tipo processuale³. E che giova affrontare anche alla luce della più ampia problematica della natura delle fondazioni bancarie, in specie in rapporto alle fondazioni di diritto comune, e dei peculiari profili organizzativi che concorrono a delineare la relativa figura, oltre che della specifica vigilanza prevista, oggetto di una disciplina che tenta di comporre e risolvere le diverse istanze ad essa sottese.

Il dubbio si pone, in quanto non sussistono dati normativi univoci, né per la tesi positiva, né per quella negativa.

La tesi positiva parrebbe poggiare sulla natura di norma generale della disposizione codicistica, la quale non risulta espressamente derogata dalla disciplina speciale sulle fondazioni bancarie di cui al d.lgs. n. 153/1999. La stessa norma potrebbe poi considerarsi implicitamente richiamata dall'art. 29 d.lgs. n. 153/1999, secondo il quale per tutto quanto non disposto dal decreto delegato e dalla legge delega si applicano in quanto compatibili le disposizioni codicistiche (artt. 12 ss. e 2501 c.c.), e tra

² A quanto consta non risultano precedenti editi sull'argomento. V. comunque *infra*, nt. 4.

³ L'autorizzazione dell'autorità governativa deve, infatti, reputarsi condizione di ammissibilità ovvero di proponibilità dell'azione proposta. Onde la sua assenza, quale difetto di autorizzazione, rilevabile anche d'ufficio, dovrà condurre necessariamente ad una pronuncia di inammissibilità e/o di improcedibilità dell'azione, essendo la fondazione attrice priva della capacità di stare in giudizio. Questo salvo restando l'assegnazione da parte del giudice di un termine perentorio per il rilascio della necessaria autorizzazione in applicazione dell'art. 182, comma 2, c.p.c.

queste, per quel che in tale sede interessa, proprio l'art. 25, comma 3, c.c. prima menzionato, in ordine all'autorizzazione dell'autorità governativa.

La tesi negativa, avallata da qualche precedente giurisprudenziale, sembrerebbe fondarsi, invece, sulla supposta esaustività della disciplina di cui al d.lgs. n. 153/1999, in ordine alla competenza sull'azione sociale di responsabilità, attribuita all'organo di indirizzo dall'art. 4, comma 1, lett. b), n. 3, d.lgs. n. 153/1999, e dunque sulla insussistenza degli estremi per l'applicazione dell'art. 25, comma 3, c.c., qualora il giudizio di responsabilità sia promosso da una fondazione bancaria. A ciò si aggiunga che l'art. 11, comma 4, d.lgs. n. 153/1999 prevede la necessità dell'autorizzazione dell'autorità di vigilanza allorquando l'azione sia proposta dai commissari straordinari (ovvero dai liquidatori, giusto il rinvio dell'art. 11, comma 7, al comma 4 della medesima norma), sentito il comitato di sorveglianza. *A contrario*, adoperando i consueti canoni interpretativi, l'autorizzazione non sarebbe necessaria nelle ipotesi non regolate dalla disposizione menzionata, ossia in quella in cui l'azione sia promossa dai nuovi amministratori della fondazione⁴.

Quest'ultimo argomento è tuttavia solo apparentemente risolutivo. Il suo esito interpretativo non è, infatti, incontrovertibile. In base a tale norma, il cui tenore letterale evoca l'analoga previsione in tema di amministrazione straordinaria di banche (art. 72, comma 5, TUB),

⁴ In tal senso si colloca una pronuncia del Tribunale di Firenze (a quanto consta inedita), la quale ha affermato che «laddove è previsto un organo di indirizzo competente a deliberare l'azione di responsabilità, come nelle associazioni (assemblea) e nelle fondazioni bancarie (organo di indirizzo), l'attribuzione statutaria a tale organo della competenza ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo esaurisce la disciplina dell'azione di responsabilità. Quando invece tale organo di indirizzo non esiste, come nelle fondazioni di diritto comune ai sensi della disciplina codicistica, l'azione di responsabilità necessita di autorizzazione governativa di cui all'art. 25, 3 comma, cod. civ. Ciò spiega perché nelle fondazioni bancarie l'autorizzazione da parte dell'Autorità di vigilanza all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli *ex* membri dell'organo di amministrazione [...] è prevista (art. 11, comma 4, d.lgs. 153/1999) nella sola ipotesi in cui le funzioni dell'organo di indirizzo siano sospese per tutta la durata della gestione commissariale (art. 11, comma 6, D. Lgs. 153/1999). Negli altri casi la vigilanza dell'autorità statale è stata infatti ritenuta non necessaria dal legislatore» (v. *infra*, nt. 5).

l'autorizzazione è richiesta allorché l'azione è proposta da soggetti nominati dalla stessa autorità (commissari straordinari o liquidatori), sentito il comitato di sorveglianza. *A fortiori* l'autorizzazione potrebbe reputarsi ancor più necessaria allorché sia la stessa fondazione ad agire contro i precedenti amministratori mediante i nuovi amministratori⁵. Tanto anche considerando le modalità e finalità specifiche della vigilanza pubblicistica, alla stregua delle disposizioni vigenti (art. 10 d.lgs. n. 153/1999), che sembrano sconfinare nel merito della gestione (es. la sana e prudente gestione), superando quelle generali, tendenzialmente riferite ad un controllo di legittimità, punto su cui si ritornerà nel prosieguo.

Risulta, dunque, evidente l'insufficienza del ricorso a canoni interpretativi letterali, onde reputare o meno superato il vaglio di compatibilità dell'art. 25 c.c. richiamato dall'art. 29 d.lgs. n. 153/1999.

I dubbi non sono destinati a risolversi, ma piuttosto ad aumentare se si inserisce tale problematica nel quadro del dibattito sulla natura giuridica degli enti in esame. Ed invero, l'espressa qualificazione legislativa delle suddette fondazioni come persone giuridiche private, contenuta nell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 153/1999, esito questo di un lungo e contorto *iter*

⁵ Sulla necessità dell'autorizzazione governativa, anche in considerazione di quanto previsto in caso di commissariamento, se ben si intende, M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, t. I, *Componenti e attività*, Milano, 2020, p. 444 s., benché ipotizzando la superfluità della regola in presenza di un organo (assembleare o di indirizzo) vincolato da doveri di tutela dei beneficiari. La norma, come prima riferito, riflette quella prevista in sede di amministrazione straordinaria delle banche (cfr. S. BONFATTI, *La disciplina delle crisi delle fondazioni bancarie nel decreto legislativo delegato*, in *Le fondazioni bancarie. Commento*, cit., p. 465 ss.; ID., *La disciplina delle crisi delle fondazioni bancarie*, Milano, 2000, p. 80 ss.), e questo spiega la sospensione delle funzioni (tutte) dell'organo di indirizzo (art. 11, comma 6, d.lgs. n. 153/1999) in corrispondenza con quanto previsto all'art. 70, comma 2, t.u.b. (che dispone la sospensione dell'assemblea e degli altri organi delle banche diversi da quelli di amministrazione e controllo, salvo il potere della Banca d'Italia di convocare proprio l'assemblea dei soci *ex* art. 72, comma 6, t.u.b.). In effetti, la necessità dell'autorizzazione governativa sembrerebbe trovare una sua specifica *ratio*, ma questo non dimostra di per sé la sua superfluità allorché tale *ratio* non è invocabile per l'insussistenza dell'ipotesi di partenza (gestione commissariale). Resta, infatti, da valutare se la necessità dell'autorizzazione governativa goda di un autonomo fondamento, ovvero sia da escludersi in considerazione della disciplina specifica sulla vigilanza delle fondazioni bancarie.

legislativo⁶ – qualificazione non esente da critiche avanzate dalla dottrina⁷, ma confermata dalla Corte costituzionale⁸, che le ha collocate nell’area delle libertà sociali, quale attuazione del principio di sussidiarietà del nuovo Titolo V della Costituzione, e di recente dall’ANAC⁹ – sembrerebbe avvalorare una soluzione che assoggetti gli enti in questione alla disciplina del codice civile, ivi compresa la norma che prevede l’autorizzazione governativa. Tuttavia, proprio i caratteri che contraddistinguono la suddetta vigilanza, benché attenuata dalla giurisprudenza costituzionale¹⁰,

⁶ Su tale processo, oltre ai riff. contenuti in nt. 1, cfr. V. VITULLO, *Le fondazioni bancarie, in Amministrativamente. Rivista di diritto amministrativo*, 2012, p. 1 ss.; per una efficace sintesi, cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, Artt. 11-35, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, p. 27 ss.

⁷ La suddetta qualificazione è ritenuta «insincera» da F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*², Art. 11-35, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2006, p. 156.

⁸ Si vedano le note Corte cost., 29 settembre 2003, nn. 300 e 301, edite tra le tante, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1567 ss., con nt. di G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine bancaria nell’«ordinamento civile»: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata*, ed in *Foro it.*, 2006, I, c. 1324 ss., con nt. di C. GIORGIANTONIO, *Vocazione (commerciale o «non profit»), vigilanza e «governance»: il «rebus delle fondazioni bancarie*. La due pronunce, da ritenersi complementari, si pongono temporalmente a valle non solo della già menzionata legge Ciampi, ma anche della c.d. riforma Tremonti (l. 28 dicembre 2001, n. 448), la quale imponeva una prevalente componente pubblica territoriale nell’organo di indirizzo ed una serie di vincoli nei settori di intervento; nonché della riforma del titolo V della Costituzione, che attraeva alla competenza concorrente delle Regioni la materia delle «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere generale». Interventi, questi ultimi due ricordati, che offrivano la sponda per una ricollocazione delle f.b. nell’area del diritto pubblico. Ricollocazione smentita, però, dalla Corte costituzionale con le due sentenze indicate. Ed invero, la prima pronuncia, occasionata dal ricorso in via principale di alcune Regioni, ne ha riaffermato la natura privata, escludendo la loro appartenenza alle organizzazioni del credito per il venir meno del «vincolo genetico e funzionale» con le società bancarie, pur in origine evincibile ed avallato dalla precedente giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 341-342/2001): onde la loro appartenenza all’ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato. La seconda pronuncia, nel solco della prima, si concentra su alcuni aspetti della *governance* e della vigilanza delle f.b., tanto da condurre alla declaratoria di incostituzionalità di alcune norme miranti a riconoscere all’autorità pubblica un potere di direzione generale sulle medesime (*infra*, nt. 10). A loro commento, si vedano altresì gli scritti di M. CLARICH-A. PISANESCHI, A. FUSARO-G. VIOTTI e A. ZOPPINI, in *Le fondazioni bancarie*, cit., pp. 17 ss., 93 ss. e 111 ss.

⁹ Atto del Presidente Fasc. Anac n. 3796/2021 del 20 ottobre 2021, reperibile su www.anticorruzione.it.

¹⁰ Si allude alla declaratoria di incostituzionalità dell’art. 10, comma 3, lett. e), d.lgs. n. 153/1999, per eccesso di delega, con conseguente caducazione del potere di indirizzo generale dell’autorità di vigilanza, ad opera di Corte cost. n. 301/2003 (*supra*, nt. 8): G.

unitamente alla previsione di controlli sostitutivi (mediante la nomina di commissari straordinari, anche *ad acta*: art. 11, commi 2 e 9, d.lgs. n. 153/1999) ed all'assegnazione al MEF del controllo, nonché la presenza di norme imperative inerenti al relativo statuto organizzativo, potrebbero «paradossalmente» condurre, nel colorare in senso pubblicistico le fondazioni in questione, almeno secondo alcune voci, al risultato opposto, allontanando le fondazioni dal regime civilistico, o comunque rendere più arduo il superamento del vaglio di compatibilità indicato¹¹.

Dato il carattere anfibologico degli argomenti addotti a sostegno dell'una o dell'altra tesi, emblematico delle ambiguità che animano la figura¹², la risoluzione della questione richiede un approfondimento di taglio sistematico della disciplina, il più possibile scevro da posizioni ideologiche o di principio, che tenga perciò conto, nei limiti del presente contributo, dell'intero quadro normativo. A tale fine, si procederà dapprima a comprendere la *ratio* e le finalità della previsione del controllo dell'autorità governativa sulle fondazioni di diritto comune, per poi verificarne la sua compatibilità con la disciplina di diritto speciale contenuta nel d.lgs. n. 153/1999. Tra l'altro, come si verificherà in seguito, non scarso peso per il conseguimento di approdi più solidi avrà la comprensione della reale portata (decisoria o autorizzatoria) della deliberazione di esercizio

NAPOLITANO, *I controlli amministrativi sulle fondazioni bancarie*, in *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 127.

¹¹ Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 31, che tra gli elementi idonei a suscitare dubbi sulla natura delle fondazioni bancarie include la stessa vigilanza, ritenuta come «totalmente estranea alle previsioni di cui all'art. 25»; v. anche G. PASTORI, *Le fondazioni bancarie: aspetti istituzionali, assetto organizzativo e controlli*, in *Banca, Impresa, Società*, 1997, p. 501, a commento del d.d.l. n. 3194, pur auspicando un riordino della normativa delle organizzazioni *no profit* che valorizzi il temperamento tra autonomia privata e controllo pubblico in un rapporto di reciproco temperamento. Per la posizione maggiormente incline a riconoscere la piena compatibilità della tipizzazione della disciplina e della sussistenza di forme di controllo esterno con la natura privata delle fondazioni bancarie, cfr. R. COSTI, *La riforma delle "fondazioni bancarie"*, *ivi*, 1997, p. 507 ss., spec. p. 514 ss.

¹² Su cui, per tutti, cfr. R. COSTI, *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2012, p. 597 ss.; e v. anche F. GALGANO, *Le fondazioni bancarie: un piede nel mondo della cultura e l'altro nel mondo bancario*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 1044 ss.

dell'azione di responsabilità e l'estensione della problematica, anche alla luce dell'inquadramento giuridico delle fondazioni bancarie, a quella degli enti del Terzo settore¹³.

2. La ratio della previsione di un controllo dell'autorità governativa sulle fondazioni nella disciplina di diritto comune e la necessità di verificare la sua compatibilità con la governance delle fondazioni bancarie.

Costituisce constatazione ricorrente quella secondo la quale il controllo pubblico sulle fondazioni assume caratteri e finalità diverse dal controllo, pur esistente, sull'attività delle associazioni. Quello sulle associazioni assume, infatti, la finalità di evitare che siano pregiudicati interessi esterni all'ente. Si spiegherebbe in tale ottica il potere di

¹³ Come è noto, il Terzo settore è definito dalla relativa legge delega (l.6 giugno 2016, n. 106) come «il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi» (art. 1, comma 1, sec. per.). La stessa norma stabilisce che «alle fondazioni bancarie, in quanto enti che concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge, non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi» (art. 1, comma 1, ult. per.). Affermazione, questa, precisata nel Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) all'art. 3, comma 3 («salvo quanto previsto dal capo II del Titolo VIII, le disposizioni del presente codice non si applicano agli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153»). Se ne desume che le fondazioni bancarie, complice il processo di allentamento dal vincolo genetico e funzionale che le teneva avvinte alla società bancaria conferitaria (Corte cost. n. 300/2003 in motivazione, su cui v. *supra*, nt. 8 e anche *infra*), sono naturalmente proiettate verso l'area del Terzo settore, ancorché non soggette alla relativa disciplina (al netto delle norme inerenti ai Centri di Servizio per il Volontariato integranti il capo II del Titolo VIII del suddetto Codice: artt. 61-66 CTS). Esse sono dunque regolate dalle norme contenute nel d.lgs. n. 153/1003 ed in via integrativa e residuale da quelle del codice civile, richiamate dall'art. 29 d.lgs. cit., nei limiti della compatibilità: a testimonianza della volontà del legislatore di salvaguardare la loro specialità. Sui rapporti tra fondazioni bancarie e terzo settore, cfr., di recente, V. DE STASIO, *Fondazione (di origine) bancaria (FOB) e terzo settore: appunti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, I, p. 523 ss., ove anche ult. riff., in sostanziale condivisione della scelta del legislatore di escludere le f.b. dal novero degli enti soggetti al Codice del Terzo Settore; in argomento, cfr. anche M. D'AMBROSIO, *Fondazioni bancarie e Terzo settore. Il caso del trust della Fondazione Banco di Napoli*, in *Per un trust della Fondazione Banco di Napoli a tutela dei disabili*, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2021, p. 319 ss.

sospensione delle deliberazioni assembleari, assegnato dal codice civile all'autorità governativa (art. 23, comma 4, c.c.), ed esercitato dal prefetto o dalla regione o provincia autonoma, nei rispettivi casi previsti, a seguito del decentramento amministrativo (artt. 5, 7 e 10 d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361), nonché la legittimazione del pubblico ministero all'impugnazione delle stesse se contrarie alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto (art. 23, comma 1, c.c.).

Viceversa, il controllo pubblico sulle fondazioni avrebbe la funzione di tutelare l'interesse dell'ente e troverebbe giustificazione nella diversa struttura che caratterizza le fondazioni rispetto alle associazioni, oltre che nella diversità di scopo¹⁴. Il riferimento è in particolare all'omessa previsione di un'assemblea dei soggetti interessati all'attività organizzata per le fondazioni¹⁵, a differenza di quanto previsto per le associazioni, prevedendo la disciplina, come è noto, solo gli amministratori, posti al vertice dell'organizzazione, ai quali spetta il compito di attuare la volontà del fondatore. Disciplina, peraltro, che non riconosce alcun diritto dei beneficiari di controllare l'attività degli amministratori, affinché essa si svolga (quantomeno) in conformità delle previsioni di legge e di statuto¹⁶. In tale ordine di idee l'assetto legislativo, anche e soprattutto in termini di struttura, rifletterebbe il postulato di fondo secondo il quale le fondazioni, per il tramite degli amministratori, sono protese a realizzare, in attuazione della suddetta volontà, gli interessi generali o di terzi indeterminati,

¹⁴ F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*², cit., p. 391 ss.; R. SENIGAGLIA, voce *Fondazione*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, diretto da R. Sacco, Agg. VII, Torino, 2012, p. 514 ss., spec. p. 525; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 405 ss.; M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., pp. 416 ss. e 431 s.; S. CAPOZZI, *I controlli amministrativi sulle persone giuridiche*, Napoli, 1991, p. 123 ss.

¹⁵ Tanto in rispondenza ad una antica prassi, risalente alla disciplina delle opere pie: cfr. M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., p. 416; R. SENIGAGLIA, voce *Fondazione*, p. 524.

¹⁶ P. RESCIGNO, voce *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 790 ss., spec. p. 813 s.

estranei alla struttura, costituendo le associazioni, invece, enti volti a realizzare gli interessi di coloro che ne fanno parte¹⁷.

Si spiega così la diversa quantità ed intensità dei compiti attribuiti all'autorità governativa. Alla quale spetta, più precisamente, nell'ambito dei controlli sulla gestione, il compito di esercitare il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; di provvedere alla nomina e alla sostituzione degli amministratori e dei rappresentanti, quando, precisa la norma, «le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi»¹⁸; ed ancora, il potere di annullare, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume, senza pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi in buona fede¹⁹; quello di sciogliere l'amministrazione e di nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non abbiano agito in conformità dello statuto e dello scopo della fondazione o della legge (art. 25, comma 1, c.c.). Cui si aggiunge il già menzionato potere di autorizzare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori (art. 25, comma 3, c.c.) - un potere che dovrà essere adoperato, secondo quanto precisa la Relazione al codice civile, valutando «il fondamento e la convenienza di un'azione di responsabilità»²⁰ - e quello, che si suole inserire sempre in quest'ambito, di

¹⁷ M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., p. 416; R. SENIGAGLIA, *voce Fondazione*, cit., p. 525.

¹⁸ In dottrina viene in genere riportata l'ipotesi dell'atto costitutivo che non contenga regole sull'elezione degli amministratori, ovvero quella in cui sia impossibile attuare la volontà del fondatore per motivi sopraggiunti (sopravvenuta estinzione dell'ente designante, sopravvenuta incapacità dei soggetti chiamati a ricoprire la carica per condanne penali o per incompatibilità verificatesi successivamente, etc.): cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 406.

¹⁹ Prerogativa straordinaria, concessa alle fondazioni sulla falsariga del potere dell'autorità di governo di annullare gli atti invalidi delle pubbliche amministrazioni, il cui esercizio dà luogo ad un atto suscettibile di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: cfr. M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., p. 432, che ritiene, però, dubbia la legittimità costituzionale della norma.

²⁰ Relazione al codice civile, n. 52. V. anche *infra*, testo e nt. 30.

coordinamento dell'attività di più amministrazioni ovvero l'unificazione della loro amministrazione (art. 26 c.c.)²¹. Nel mentre in un ambito a parte, vanno ricompresi i controlli sulla trasformazione (art. 28 c.c.) e sull'estinzione (art. 27 c.c.) dell'ente.

In definitiva, l'esigenza del controllo pubblico negli ambiti menzionati si ricollega al fatto che nella fondazione manca «un congegno interno alla struttura dell'ente che consenta una correzione o regolarizzazione della gestione»²² e dunque la stessa troverebbe fondamento «nell'assenza di un controllo interno analogo a quello che nelle corporazioni viene esercitato o dalla collettività dei membri o da organi di controllo che dalla stessa emanano»²³, onde assicurare l'effettiva destinazione del patrimonio allo scopo del fondatore, collocandosi così nel quadro della c.d. amministrazione pubblica di diritto privato²⁴. Un'assenza che si comprende alla luce dell'estraneità degli interessi di coloro che beneficiano dell'attività delle fondazioni, e del ruolo dell'organo di governo quale interprete esclusivo delle finalità della fondazione e del loro conseguimento, cui è riconosciuta una posizione di spiccata autonomia ed indipendenza²⁵.

²¹ Per la distinzione tra controlli repressivi (annullamento delle deliberazioni illegittime, scioglimento dell'amministrazione e nomina di commissario straordinario, e autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità) e controlli sostitutivi (nomina e sostituzione degli amministratori e rappresentanti), cfr. S. CAPOZZI, *I controlli*, cit., p. 123 ss., spec. p. 130 s., che fa rientrare in tale ultima categoria anche quello di cui all'art. 26 c.c.

²² F. FERRARA jr., in F. FERRARA SN., *Le persone giuridiche*, Torino, 1956, p. 353, nt. 5.

²³ R. COSTI, *Fondazioni e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 14.

²⁴ Si veda in termini anche Cons. Stato, 13 luglio 2018, n. 4288, in *Vita not.*, 2018, p. 1188 ss., che nel riprendere le riflessioni della dottrina citata nel virgolettato, ha anche precisato che le funzioni di controllo pubblico sulle fondazioni non si estendono al merito delle relative determinazioni, ma si risolvono in funzioni di vigilanza, ossia di controllo di legittimità rispetto alla legge o all'atto di fondazione. Specificazione, questa, dibattuta in dottrina (per questa opinione, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*², cit., p. 394 s.; per l'opinione contraria, cfr. F. FERRARA jr., *op. cit.*, distinguendo tra controllo, esteso al merito, e vigilanza, riguardante la legittimità; conf. S. CAPOZZI, *I controlli*, cit., p. 129), che in ogni caso parrebbe riferirsi unicamente ai poteri di annullamento e di nomina di commissario straordinario, non estendendosi al potere di autorizzazione dell'azione di responsabilità (*supra*, nel testo).

²⁵ M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., p. 425.

Una giustificazione, quella appena ricordata, che non sembra essere incrinata dalla presenza di un'organizzazione più strutturata, qual è data di riscontrare nella prassi statutaria delle fondazioni, in particolare di quelle c.d. di partecipazione, come contrapposte alle fondazioni di erogazione²⁶. In effetti, tale prassi è andata via via evolvendosi all'insegna del rafforzamento dell'organo amministrativo, sovente composto da una pluralità di amministratori, e dell'assegnazione al fondatore di un ruolo al suo interno. Essa si è altresì contraddistinta per l'istituzione di ulteriori organi collegiali, quali giunte o comitati esecutivi, organi di controllo interno, e finanche di un'assemblea²⁷, la quale è in genere chiamata a svolgere solo una funzione consultiva. E quand'anche lo statuto le affidi il compito di nominare degli amministratori, o la configuri quale vero e proprio organo amministrativo, si osserva, la stessa è destinata in ogni caso a svolgere una funzione meramente attuativa della volontà preconstituita del fondatore, quale derivazione degli interessi esterni da perseguire, a pena di fuoriuscire dai confini della fattispecie, in ciò differenziandosi pur sempre dall'assemblea degli associati, chiamata ad esprimere secondo il principio maggioritario la volontà degli interessati²⁸.

²⁶ R. SENIGAGLIA, *voce Fondazione*, cit., p. 515; sulle fondazioni di partecipazione cfr. anche M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., p. 114; in argomento, di recente, si vedano gli scritti contenuti in *Le fondazioni di partecipazione*, a cura di G. Sicchiero, Milano, 2024, p. 1 ss.

²⁷ L'attuale panorama vede il rapporto tra componente patrimoniale e quella organizzativa piuttosto variegato, di talché pare privo di attualità l'insegnamento tradizionale che individua nella prevalenza del patrimonio sull'organizzazione il dato saliente della fondazione (R. SENIGAGLIA, *voce Fondazione*, cit., p. 516). D'altro canto, la suddetta prassi appare in un certo senso legittimata, come da tante parti si rileva, dal Codice del Terzo settore, almeno in relazione a tali enti, in quanto, nel regolare all'art. 24 il funzionamento dell'assemblea delle associazioni, espressamente stabilisce che «le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore, il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili e ove non derogate dallo statuto» (art. 24, comma 6, CTS); sul punto, cfr. G. SICCHIERO, *Fondazione di partecipazione ed organi partecipativi*, in *Le fondazioni di partecipazione*, cit., p. 63; M. DE POLI, *L'amministrazione della fondazione e il controllo sulla stessa*, ivi, p. 84 s.

²⁸ E dunque sarebbe pur sempre «attività contrassegnata dal rilievo meramente attuativo, implicazione logica dell'altruità dell'interesse realizzato che in nulla contraddice i canoni che definiscono la fattispecie»: A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli,

Da questi brevi cenni si desume che la presenza all'interno dello statuto organizzativo di una fondazione di una qualche forma di controllo interno, in senso lato inteso, non è incompatibile con il controllo pubblico esterno, purché siano salvaguardati i caratteri salienti della fondazione, quali in particolare la centralità dell'organo amministrativo e l'inesistenza di un organo che esprima la volontà degli interessati. Di talché si trova conferma nella disciplina di alcune importanti figure, anche ulteriori alle stesse fondazioni bancarie, che nel recepire la prassi ricordata, si caratterizzano per una struttura assai simile all'associazione o finanche alla società per azioni, convivendo il controllo interno con quello esterno²⁹.

Ne consegue una prima traccia utile a discernere il quesito posto sulla necessità dell'autorizzazione governativa all'esercizio dell'azione di responsabilità nelle fondazioni bancarie. Per giungere ad un qualunque esito interpretativo occorrerà comprendere la struttura organizzativa ed accertare se la volontà degli interessati sia o meno riflessa negli organi di controllo interno. Con il risultato, a quel punto ineludibile, di allontanare o avvicinare la fattispecie prevista rispetto allo schema fondazionale del codice civile a seconda della risposta, rispettivamente positiva o negativa,

1995, p. 102, da cui le parole nel virgolettato, richiamate anche da R. SENIGAGLIA, *voce Fondazione*, cit., p. 524. Più di recente, G. SICCHIERO, *Fondazione di partecipazione*, cit., p. 64, sottolineando la persistente applicazione dei controlli amministrativi contenuti nell'art. 25 c.c. e nel d.p.r. n. 361/2000 anche in presenza di un organo assembleare nelle fondazioni, non potendo quest'ultimo avere i poteri dell'assemblea delle associazioni, con particolare riguardo allo scopo del fondatore, risultando altrimenti l'estraneità della fattispecie alla struttura fondazionale. Secondo l'A., d'altro canto (ivi, p. 68 s.), la responsabilità degli amministratori richiamata dalla norma codicistica dimostra che costoro non possono essere estromessi dalle loro funzioni essenziali, pur dovendo tenere conto delle indicazioni dell'organo in questione, risolvendosi i poteri di indirizzo (solo) in un meccanismo di delimitazione e riparto delle competenze normalmente spettanti agli amministratori.

²⁹ Prassi che ha trovato eco nella disciplina di alcune varianti della fattispecie, tra le quali sono da ricomprendersi le fondazioni lirico-sinfoniche e le fondazioni del terzo settore, nelle quali coesistono organi di controllo interno ed il controllo pubblico, esito, questo, dell'insoddisfazione del legislatore verso meccanismi di intervento pubblico di difficile attuazione: sul punto, ampiamente, M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., p. 416 ss., spec. p. 419 e 428 ss. (*infra*, § 7).

che si riterrà di offrire. Il tutto tenendo conto del controllo ministeriale, le cui attribuzioni dovranno pur sempre trovare adeguata giustificazione.

Riguardo al tema specifico analizzato, andrà, però, anche considerata la natura del controllo esercitato dall'autorità governativa nelle fondazioni di diritto comune. Quand'anche, infatti, si concordi con il tipo di giudizio che l'autorità governativa è chiamata a svolgere (il fondamento e la convenienza dell'azione di responsabilità), un tale potere assume, data la terminologia utilizzata, mera portata autorizzatoria³⁰. Il che implica che il piano decisorio si colloca pur sempre a livello interno dell'ente: onde la competenza a decidere sull'azione di responsabilità andrà riferita ai soggetti prima ricordati (commissario straordinario, nuovi amministratori o liquidatori)³¹.

³⁰ Tanto - è da ritenere - convive con quella lettura, espressa in dottrina alla luce dell'espressione adoperata («sono esercitate»), secondo cui le azioni di responsabilità sarebbero obbligatorie, spettando altresì alla autorità governativa il compito di sostituire i soggetti indicati in caso di mancato esercizio (S. CAPOZZI, *I controlli*, cit., p. 130, ove riff.; conf. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 409 s.). A prescindere dall'opinabilità della tesi, anche per la debolezza del dato letterale, il fondamento della pretesa doverosità dell'esercizio viene ricavato dalla legge, e non dalla manifestazione del potere amministrativo, che continuerebbe ad assumere contenuto autorizzatorio (*infra*, nt. successiva).

³¹ Sotto tale aspetto, non pare condivisibile la posizione di R. SENIGAGLIA, *voce Fondazione*, cit., p. 525 s., che pare assegnare a tali soggetti un mero ruolo esecutivo. Secondo l'A., poi, qualora lo statuto preveda accanto all'organo amministrativo un'assemblea con funzioni di controllo interno, essa non potrebbe deliberare l'esercizio dell'azione di responsabilità, ma soltanto sollecitare l'intervento dell'autorità governativa. Il punto, piuttosto delicato (sul quale v. anche G. SICCHIERO, *Fondazione di partecipazione*, cit., p. 70) verrà ripreso, dovendo ancora sciogliersi il dubbio circa il contenuto autorizzatorio o decisorio della deliberazione dell'organo di indirizzo circa l'esercizio dell'azione di responsabilità. Giova per il momento ribadire l'appartenenza agli organi interni del piano decisorio del suddetto esercizio, e ciò in base alla piana constatazione del carattere autorizzatorio del potere governativo, a differenza di quanto previsto rispetto ad altre competenze della medesima autorità (ed il pensiero corre ai poteri di annullamento delle deliberazioni ed ai poteri di scioglimento). Ed è (solo) con riguardo a queste ultime che si è affermato il principio secondo cui l'esercizio del controllo pubblico ben può essere attivato in base a mere sollecitazioni, anche esterne, le quali non si traducono in posizioni soggettive meritevoli di tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo (TAR Lombardia, 23 giugno 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 279 ss., pronuncia confermata da Cons. Stato, 17 giugno 2003, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1355 ss.; il successivo ricorso per motivi di giurisdizione è stato dichiarato inammissibile da Cass., sez. un., 20 settembre 2007, n. 19391).

Se così è, occorre prendere in considerazione un elemento aggiuntivo, che si ritiene utile ad illuminare la *ratio* della disciplina codicistica. La quale è a questo punto da identificare, se quel che si è detto è corretto, nella ritenuta insufficienza, da parte del legislatore, del piano valutativo e decisorio interno, essendo quest'ultimo assegnato ad un organo che non esprime la volontà dei soggetti interessati. Ne consegue la necessità di appurare se nelle realtà contraddistinte da un'articolazione più complessa a livello organizzativo si assista o meno ad una ripartizione interna delle competenze sul piano decisorio ed esecutivo, circa l'esercizio dell'azione di responsabilità, ovvero sia presente (anche) il piano autorizzatorio riguardo al suo fondamento ed alla sua convenienza. Solo nel primo caso, e non nel secondo, ci pare, una volta appurata l'insussistenza di un organo che esprima la volontà dei soggetti interessati, la valutazione di compatibilità dell'art. 25, comma 3, c.c. con la disciplina delle fondazioni bancarie si presterebbe a ricevere una risposta affermativa, trovando ulteriore conferma la sussistenza dell'esigenza alla base dell'autorizzazione dell'autorità governativa nella disciplina codicistica.

Alla luce degli elementi riscontrati si deve ora procedere a verificare la compatibilità della norma sulla autorizzazione governativa all'esercizio dell'azione di responsabilità con la disciplina delle fondazioni bancarie.

3. L'assetto organizzativo delle fondazioni bancarie.

Accertata, sia pure per brevi cenni, la *ratio* alla base della disciplina civilistica in tema di autorizzazione all'azione di responsabilità, l'analisi deve dunque proseguire in relazione alle norme previste all'interno del d.lgs. n. 153/1999 in tema di fondazioni bancarie. Onde verificare la compatibilità con le stesse dell'art. 25, comma 3, c.c.

Come è noto, l'assetto organizzativo della fondazione bancaria risulta caratterizzato dalla compresenza inderogabile di organi distinti per le funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo, nel che si identifica il primo principio al quale devono essere conformati gli statuti delle fondazioni in questione, ai sensi dell'art. 4 d.lgs. n. 153/1999 (che riproduce quanto già espresso dalla legge delega: art. 2, comma 1, lett. g), l. n. 461/1998). Un principio, questo, si sottolinea da più parti, che limita, e non poco, la «piena autonomia statutaria» declamata dall'art. 2 del medesimo testo legislativo, unitamente a quella gestionale³².

Un tale assetto si distacca da quello delle fondazioni di diritto comune, proprio perché la funzione di gestione in senso esteso viene riferita a due organi, quello di amministrazione e quello di indirizzo³³. Nel mentre ad un ulteriore organo spetta la funzione di controllo.

Nel dettaglio, all'organo di amministrazione lo statuto deve attribuire i compiti di gestione della fondazione, nonché di proposta e di impulso dell'attività della fondazione, nell'ambito dei programmi, delle priorità e degli obiettivi stabiliti dall'organo di indirizzo (lett. e)). All'organo di indirizzo lo statuto deve, invece, attribuire le competenze da ultimo menzionate, cui va aggiunta la verifica di risultati (lett. b)) – tutte competenze da reputarsi di alta amministrazione³⁴ –, prevedendo che l'organo provveda in materia, tra l'altro: di nomina e revoca dei componenti

³² Ulteriori limitazioni sono previste dal Regolamento emanato in attuazione dell'art. 11, comma 14, l. n. 448/2001 (d'ora in poi: Regolamento MEF), adottato con decreto ministeriale n. 150/2004, in sostituzione del decreto ministeriale n. 217/2002. In precedenza, tra le fonti normative doveva richiamarsi, tra l'altro, anche l'Atto di indirizzo a carattere generale emanato dal Ministero del Tesoro in data 5 agosto 1999 concernente l'adeguamento degli statuti alla disciplina, che ivi esplicitava, tra le indicazioni necessarie a tal fine, anche quelle in ordine agli organi di amministrazione, indirizzo e controllo. Fonte normativa non più vigente, stante la caducazione del relativo potere ministeriale da parte della Corte costituzionale (*supra*, nt. 8). L'autonomia di cui godono le fondazioni deve, in ogni caso, essere pur sempre esercitata nel rispetto della normativa di autodisciplina (Carta delle fondazioni del 2012 e Procollo ACRI-MEF del 2015).

³³ R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 602. In argomento, cfr. anche A. GUACCERO, *Gli organi delle fondazioni di origine bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, I, p. 753 ss.

³⁴ E. DEL PRATO, *Fondazioni bancarie*, cit., p. 743 s.

dell'organo di amministrazione e di controllo, oltre che di determinazione dei relativi compensi (n. 2), nonché, come già ricordato, di esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli stessi (n. 3) e di approvazione del bilancio (n. 4), competenze queste da definirsi in termini di organizzazione e di controllo in senso ampio. Ed ancora di definizione delle linee generali della gestione patrimoniale e della politica degli investimenti (n. 5), anch'essa competenza di amministrazione; ed infine di operazioni straordinarie quali trasformazioni e fusioni (n. 6). Ad un apposito organo, composto da persone aventi i requisiti professionali per l'esercizio del controllo legale dei conti (art. 4, comma 4, d.lgs. n. 153/1999), è affidato il controllo sulla legittimità e correttezza dell'amministrazione, a tutela della fondazione e indirettamente dei suoi beneficiari³⁵.

A ragione si è ritenuto che l'assetto organizzativo ricalchi quello della società per azioni (v. *infra*), seppur con spiccata originalità, sol se si tenga presente la perdurante mancanza di un'assemblea, la quale costituisce un organo che nel tipo societario menzionato gode, pur

³⁵ Sul punto, cfr. M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., p. 428 s. Sulla nomina e sui compiti dell'organo di controllo la disciplina è piuttosto scarna, lasciando ampio margine all'autonomia statutaria, nel rispetto delle regole di autodisciplina. Né d'altronde sono ormai più vincolanti le indicazioni contenute nell'Atto di indirizzo a carattere generale 5 agosto 1999, che richiamava (senza specificarle) le norme del codice civile in materia, le quali presumibilmente andavano identificate in quelle in tema di collegio sindacale di società per azioni (in argomento, cfr. A. GUACCERO, *Gli organi*, cit., p. 783 ss.). A queste stesse norme sono, però, modellate le linee guida contenute nel documento CNDCEC-ACRI, *Il controllo indipendente nelle fondazioni bancarie*, settembre 2011, che forniscono le *best practices* del settore. La vigilanza sulla gestione può in ogni caso desumersi a livello legislativo dal dovere dell'organo di controllo di informare l'Autorità di vigilanza di tutti gli atti o fatti di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire un'irregolarità nella gestione ovvero una violazione delle norme che disciplinano l'attività delle fondazioni (art. 10, comma 3, lett. d), d.lgs. n. 153/1999). Quanto al controllo contabile, lo stesso potrà essere affidato dallo statuto al suddetto organo in coerenza con i requisiti professionali indicati dalla legge, ovvero ad un soggetto esterno, nel mentre il suo contenuto andrà necessariamente attinto dai principi adottati dal CNDCEC, fermo restando il potere dell'Autorità di Vigilanza di disporre anche solo per talune tipologie o categorie di fondazioni che i bilanci siano assoggettati a revisione e certificazione in base alle disposizioni del t.u.f. (art. 10, comma 3, lett. h), d.lgs. n. 153/1999), e quindi, all'esito della normativa transitoria conseguente alla loro abrogazione (art. 43 d.lgs. n. 39/2010), in conformità ai principi di revisione internazionali adottati dalla Commissione europea, di cui all'art. 11 d.lgs. n. 39/2010.

nell'esclusività del potere di gestione in capo agli amministratori, di un potere decisivo sulle vicende straordinarie ed estintive dell'ente³⁶. Assemblea che tuttavia può essere mantenuta dagli statuti delle fondazioni di origine associativa – restando pur sempre ferme, però, le competenze dell'organo di indirizzo – ed a cui può essere attribuito il potere di designare una quota non maggioritaria dei componenti dell'organo di indirizzo (art. 4, lett. d), d.gs. n. 153/1999)³⁷.

Un tale assetto convive con la vigilanza esterna assegnata al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, dicastero assorbito nel Ministero dell'economia e delle finanze ad opera del d.p.r. n. 107/2001. Vigilanza che per esplicito dettato legislativo ha per scopo la verifica del rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione delle fondazioni, la redditività dei patrimoni, nonché (da ultimo ma non per ultimo, si direbbe), l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti (art. 4, comma 2, d.lgs. n. 153/1999); e che si esplicita attraverso l'esercizio dei poteri previsti dal comma successivo (art. 4, comma 3, d.lgs. n. 153/1999).

Stando così le cose, ai fini del discorso che si sta conducendo è da chiedersi in via preliminare se in virtù dell'assegnazione di tali competenze l'organo di indirizzo sia assimilabile in senso lato ad un'assemblea (un simulacro di assemblea, si direbbe), benché munita di competenze di alta amministrazione. Una domanda che coincide con quella, posta al vertice, se lo stesso organo si presti o meno a costituire l'espressione della volontà dei

³⁶ R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 602.

³⁷ Tale organo è suscettibile di essere soppresso ad opera degli statuti, e comunque, quando così non sia, gli spetta unicamente la funzione indicata nel testo, senza nessuna interferenza con gli altri organi. Se ne disconosce, pertanto, la natura di organo sovrano: cfr. E. DEL PRATO, *Fondazioni bancarie*, cit., p. 743, ove ult. rife. Ciò si pone, del resto, in continuità con le casse di risparmio a struttura associativa, che la Banca d'Italia non a caso ricomprendeva tra gli enti a base istituzionale, «perché, in realtà, i soci non sono dei partecipanti in senso proprio e l'assemblea non è un organo formato da portatori di quote d'interessi» (per gli opportuni rife., cfr. F. BELLIF. MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, cit., p. 303).

soggetti interessati. Ed a cui si potrà fornire una risposta indagando il ruolo e la funzione di quest'ultimo alla luce della disciplina che presiede alla designazione ed alla nomina dei componenti l'organo di indirizzo.

Una volta appurato ciò, si potrà più agevolmente discernere in che termini trovi giustificazione il controllo pubblicitario, e dunque la presenza di un controllo esterno, inquadrandone i poteri in rapporto alle competenze attribuite all'organo di indirizzo, il quale esercita pur sempre una forma di controllo interno. Tanto sia nei casi in cui la disciplina è esplicita al riguardo, sia in quelli in cui, come quello che ci occupa, la stessa, isolatamente considerata, consente diversità di letture.

4. Il ruolo e la funzione dell'organo di indirizzo nella governance delle fondazioni bancarie alla luce della disciplina della designazione e nomina dei componenti secondo le indicazioni della Corte costituzionale.

In conformità al piano di indagine in tal modo tracciato, è opportuno ora prendere le mosse da una serie di principi e regole che delineano il quadro giuridico entro il quale all'autonomia statutaria è consentito di muoversi in ordine alla composizione dell'organo di indirizzo.

Ci si riferisce alla norma che, nella versione introdotta dall'art. 11, comma 4, l. n. 448/2001, stabilisce la necessaria presenza nello statuto di una previsione, nell'ambito dell'organo di indirizzo, che sancisca «una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'art. 114 della Costituzione, idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione», oggetto di intervento additivo della già menzionata sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. n. 301/2003), nella parte in cui non prevede invece «una prevalente e qualificata rappresentanza di enti, pubblici o

privati, comunque espressivi della realtà locali»³⁸, fermo quanto stabilito per le fondazioni di origine associativa. A cui si aggiunge «l'apporto di personalità che per professionalità, competenza ed esperienza, in particolare nei settori cui è rivolta l'attività della fondazione, possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali». La stessa previsione statutaria secondo la norma in questione (come modificata dall'art. 27-*quater* d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) deve altresì fissare «un numero di componenti idoneo ad assicurare l'efficace esercizio dei relativi compiti» e prevedere «modalità di designazione e di nomina ispirate a criteri oggettivi e trasparenti, improntati alla valorizzazione dei principi di onorabilità e professionalità dirette a consentire un'equilibrata, e comunque non maggioritaria, rappresentanza di ciascuno dei singoli soggetti che partecipano alla formazione dell'organo».

Ciò che più conta è che il principio richiamato convive con le regole volte ad assicurare l'autonomia e l'indipendenza dei componenti l'organo di indirizzo, entro la cui cornice andrà fissata l'attribuzione del potere di designazione e di nomina da parte dello statuto³⁹. Si allude in particolare alla regola secondo la quale «salvo quanto previsto al periodo precedente

³⁸ Intervento additivo connesso alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 11, comma 4, l. n. 448/2001, nella parte in cui modificava nei termini indicati nel testo la lettera c) del comma 1 dell'art. 4 d.lgs. n. 153/1999, la cui versione originaria si riferiva alla presenza di «un'adeguata e qualificata rappresentanza del territorio, con particolare riguardo agli enti locali». Una modifica, quella della l. n. 448/2001, che, in sostanza, rendeva gli enti locali gli unici soggetti autorizzati a rappresentare gli interessi del territorio, relegando al contempo in posizione ancillare i professionisti (R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 603 s.). L'intervento della Corte è stato, infine, puntualmente recepito dall'art. 3, comma 1, Regolamento MEF.

³⁹ Si osservi che nel sistema delineato dalla legge il potere di designazione non coincide con quello di nomina. È lecito, quindi, ritenere che gli statuti delle fondazioni siano legittimati ad attribuire tali poteri a soggetti differenti. In assenza di previsione statutaria, secondo quanto dispone l'art. 3, comma 5, Regolamento MEF, è lo stesso organo di indirizzo a provvedere alla nomina dei soggetti designati, ed in sua mancanza o impossibilità di funzionamento, provvederà l'organo di controllo. In argomento, ancorché in relazione ad un quadro giuridico non sempre attuale, cfr. A. GUACCERO, *Gli organi*, cit., p. 764 ss. Più di recente, A. SCOTTI, *La composizione degli organi di gestione nelle fondazioni di origine bancaria tra codice civile e disciplina speciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, II, p. 227 ss., spec. p. 240 (ed anche in *Liber Amicorum Paolo Pollice*. Scritti raccolti da C. Fabbricatore-A. Gemma-G. Guizzi-N. Rascio-A. Scotti, II, Torino, 2020, p. 1009 ss.)

(periodo su cui è intervenuta la Corte costituzionale: *supra*) i soggetti ai quali è attribuito il potere di designare componenti dell'organo di indirizzo e i componenti stessi degli organi delle fondazioni non devono essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni» (lett. c), ult. per.). Ed inoltre a quella contenuta nel comma 2 dell'art. 4, secondo la quale «i componenti dell'organo di indirizzo non rappresentano i soggetti esterni che li hanno nominati né ad essi rispondono» (art. 4, comma 2, d.lgs. n. 153/1999)⁴⁰.

Queste regole sono infatti richiamate nella sentenza più volte citata (Corte cost. n. 301/2003), con la quale la Corte ebbe a pronunciarsi a favore della natura privata delle fondazioni bancarie. Sentenza che, come poco più sopra riferito, ha accolto l'eccezione di incostituzionalità riguardo alla previsione che limitava la suddetta rappresentanza nell'organo di indirizzo agli enti territoriali, ricomprendendovi invece la rappresentanza di tutte le realtà, pubbliche e private, radicate sul territorio ed espressive di interessi meritevoli di essere rappresentati all'interno dello stesso. La stessa ha, tuttavia, precisato che l'uso del termine «rappresentanza» da parte del legislatore deve intendersi in senso «atecnico», escludendosi qualsivoglia vincolo di mandato, dovendo i soggetti nominati agire in assoluta e totale indipendenza dall'ente⁴¹.

⁴⁰ A queste disposizioni se ne possono aggiungere di ulteriori, che sono volte più specificamente ad imporre requisiti di professionalità ed onorabilità ed ipotesi di incompatibilità, così da evitare situazioni di conflitto di interessi ed assicurare l'indipendenza e la trasparenza delle decisioni (lett. g) e *g-bis*)), nonché quelle intese ad impedire la commistione di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso la fondazione e presso la società bancaria conferitaria, o sue controllate o partecipate (comma 2-*bis*, mentre il comma 3, avente analogo tenore, oggetto di riformulazione da parte del comma 26 dell'art. 2 l. n. 350/2003, deve ritenersi abrogato per effetto dell'abrogazione del predetto comma 26 ad opera dell'art. 83, comma 28-*duodecies*, d.l. n. 112/2008).

⁴¹ Si legge nella pronuncia che «quel che si radica in capo a tali enti è, infatti, un potere di designazione dell'organo di indirizzo, potere che si esaurisce con il suo esercizio e non comporta alcun vincolo di mandato a carico dei soggetti nominati, i quali agiscono, e devono agire, in assoluta e totale indipendenza dall'ente che li ha nominati». Ed ancora che la salvezza del primo periodo della lettera c) dell'art. 4, deve intendersi in senso generico, come confermativo della vigenza della previsione di legge, interpretando la norma in conformità al canone di ragionevolezza: onde il suo significato va inteso nel senso che «le

Indicazioni, queste, riprese nel recente pronunciamento dell'ANAC⁴², la quale è giunta ad escludere la fondazione bancaria dal novero degli organismi di diritto pubblico. Ivi si fa leva sulla mancata sottoposizione della sua gestione al controllo di pubblici poteri, capaci di influire sulla relativa politica o condizionarne le scelte, con l'effetto di escludere la propria competenza in una vicenda legata ad un appalto di cui una Fondazione aveva dato pubblica evidenza. A tali conclusioni l'Autorità giunge, tra l'altro, proprio in considerazione che la designazione non produce alcun potere di rappresentanza in capo ai designati⁴³.

Alla luce dei principi e delle regole richiamati è lecito ritenere che l'organo di indirizzo non costituisca un organo di rappresentanza, neppure indiretta, se non in senso assai lato ed esteso, degli interessi che l'attività della fondazione è pur chiamata a perseguire. Esso, in ogni caso, non esprime la volontà dei soggetti beneficiari della stessa e dunque, non è assimilabile all'organo assembleare delle società per azioni⁴⁴. Al più

fondazioni non possono svolgere la loro attività a vantaggio diretto dei componenti degli organi delle fondazioni, né di coloro che li hanno nominati, a garanzia dell'imparzialità e indipendenza dell'azione delle fondazioni». Termini, questi ultimi, recepiti dall'art. 4, comma 2, Regolamento MEF, nello stabilire che i componenti degli organi delle fondazioni non possono essere destinatari di attività delle fondazioni stesse a loro diretto vantaggio, salvi gli interventi destinati a soddisfare gli interessi, generali o collettivi, espressi dagli enti designanti.

⁴² *Supra*, nt. 9.

⁴³ Sul punto, si veda anche Cons. Stato, 3 marzo 2010, n. 1255, che analogamente ha escluso le fondazioni bancarie dal novero degli organismi di diritto pubblico, ai fini dell'applicazione del codice dei contratti pubblici, richiamando, tra l'altro, la già menzionata Corte cost. n. 301/2003.

⁴⁴ Cfr. R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 602; e v. anche A. GUACCERO, *Gli organi*, cit., p. 771 s., argomentando anche dalla ricostruzione della disciplina della revoca e della responsabilità dei componenti l'organo di indirizzo. Per una lettura parzialmente diversa, cfr. E. DEL PRATO, *Fondazioni bancarie*, cit., p. 745, secondo cui la prescrizione di cui alla lettera c) del primo comma dell'art. 4 è finalizzata ad evitare situazioni di conflitto di interessi, e non invece ad escludere che nell'organo di indirizzo «affluisca complessivamente la rappresentanza degli interessi a cui l'attività dell'ente è strumentale». E ciò in quanto, per l'A. in questione, un'interpretazione restrittiva finirebbe per frustrare il miglior perseguimento degli scopi di utilità sociale. Il rilievo non pare in questi termini accoglibile, in quanto, in disparte il contrasto con le argomentazioni della Corte costituzionale e la debolezza dello stesso *adducere inconveniens*, pretermette il ruolo del controllo ministeriale nel conseguimento dei predetti scopi (v. *infra*, § 5).

potrebbe essere accostato al consiglio di sorveglianza del sistema dualistico delle società per azioni⁴⁵, pur potenziato nel modo che si è detto⁴⁶, ancorché quello delle fondazioni bancarie non svolga una funzione di controllo di legittimità sugli amministratori, né come detto di rappresentanza di interessi.

5. Il controllo ministeriale sulle fondazioni bancarie e l'individuazione dell'organo di vigilanza nell'interpretazione (autentica) dell'art. 10 d.lgs. n. 153/1999.

L'ordine di conclusioni, cui si è giunti al termine del paragrafo precedente, pare conciliarsi con il compito dell'autorità di vigilanza di assicurare l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti. Sembrerebbe valida anche per le fondazioni bancarie, almeno in linea di principio, l'affermazione, espressa per le fondazioni di diritto comune, secondo la quale «lo spazio del controllo amministrativo viene sostanzialmente a coincidere con lo spazio occupato nel fenomeno societario dall'assemblea, specificamente per quanto attiene ai poteri di controllo, e tipicamente all'azione sociale di responsabilità». Onde la «piena compatibilità tra controllo pubblico e la (possibile) natura privata degli interessi perseguiti», oltre alla natura privata dell'ente in questione⁴⁷.

⁴⁵ R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 602.

⁴⁶ Si osservi che il suddetto potenziamento era previsto anche per il consiglio di sorveglianza di società per azioni in seno al DDL governativo del 20 giugno 2000 n. 7123 (c.d. riforma Mirone), il quale considerava, tra le funzioni di tale organo, quelle, indicate nello statuto, concernenti l'indirizzo strategico della società. Funzioni che, come è noto, possono nondimeno essere previste dallo statuto a norma dell'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis), c.c., con riguardo alle operazioni strategiche ed ai piani industriali e finanziari.

⁴⁷ In termini, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., p. 233 s., di cui le parole nel virgolettato, espresse nella convinzione della ritenuta e condivisibile estraneità al nostro sistema della *Keimanngesellschaft* (su cui in argomento, cfr. di recente ID., *Dalla Keimanngesellschaft alla memberless company. Riflessioni antiche e attuali sulla società senza soci, rileggendo Paolo Ferro Luzzi*, in *Giur. comm.*, 2024, I, p. 516 ss.).

Tale affermazione va, tuttavia, attentamente verificata. In effetti, la stessa giustifica la perdurante esigenza del controllo pubblicistico sulle fondazioni bancarie, ma natura e termini del controllo devono ancora essere accertati. Per il momento si può solo ipotizzare che, al netto delle ipotesi in cui emerga dalla disciplina speciale un discostamento (in aumento o in diminuzione), i suddetti elementi andranno individuati mediante l'ausilio delle norme del codice civile, rendendo allora possibile l'applicazione dell'art. 25, comma 3, c.c. alle azioni di responsabilità contro gli amministratori delle fondazioni bancarie. Per conseguire in modo più tranquillizzante questo esito, occorre, però, prima chiedersi se osti all'applicazione di tale norma quanto espressamente previsto nella disciplina sulla vigilanza delle fondazioni bancarie.

Il vaglio di compatibilità potrebbe, infatti risultare ostacolato dal fatto che il controllo è stato assegnato dalla legge al Ministero del Tesoro (ed ora al Ministero dell'Economia e delle Finanze), in sostanziale linea di continuità con l'impianto prestabilito dalla c.d. legge Amato. Sotto questo distinto angolo di visuale, occorre (ancora) appurare se le ragioni alla base dell'assegnazione della vigilanza a questa autorità siano effettivamente le stesse del controllo di diritto comune attribuito all'autorità governativa (le cui funzioni, come prima riferito, sono esercitate dalla prefettura, ovvero dalle regioni o dalle province autonome competenti per effetto del decentramento amministrativo: art. 5 d.p.r. n. 361/2001), oppure siano differenti, e segnatamente di tutela del credito. Ed invero, è lecito ritenere che solo laddove si giunga ad una risposta nel primo senso, sarà possibile rifarsi alle norme del codice civile. In caso contrario un tale esito non sarà conseguibile.

Offrire una tale risposta non è tuttavia operazione agevole. Che sussistano (o persistano) ragioni di tutela del credito potrebbe ritenersi implicito nella stessa assegnazione al MEF della vigilanza. Il che, è stato

osservato, poteva ritenersi coerente con un'impostazione, quella della legge Amato, che instaurava una qualche forma di connessione tra ente e banca conferitaria⁴⁸. Ma risulta contraddittorio con il venir meno di tale connessione, stante l'obbligo della dismissione delle partecipazioni di controllo, incentivata sul piano fiscale (art. 12 d.lgs. n. 153/1999), al netto del periodo transitorio concesso dall'art. 25 d.lgs. n. 153/1999⁴⁹. Ed ancora con il pieno riconoscimento dell'autonomia statutaria e gestionale ed infine, più in generale, con lo stesso riconoscimento della natura di persone giuridiche private delle fondazioni bancarie⁵⁰. Si tratta allora di comprendere se, indipendentemente dal giudizio di valore che si intenda dare a tale previsione, l'assegnazione della vigilanza al MEF sia tale da escludere la riconducibilità della stessa al controllo di diritto comune per la presenza di diverse ed ulteriori ragioni, comunque non coincidenti con quelle civilistiche strettamente intese ed addirittura con esse contrastanti.

Al fine di sciogliere il dubbio emerso, un tentativo di soluzione si presta ad essere sviluppato prendendo le mosse dal già menzionato art. 10

⁴⁸ Secondo quanto disponeva la legge Amato (art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 218/1990), lo statuto degli enti conferenti doveva prevedere che l'oggetto fosse costituito dalla gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie, dirette e indirette; che lo scopo si ispirasse alle finalità originarie dell'ente; sempre lo statuto doveva altresì fissare i limiti per l'acquisto e la cessione di partecipazioni, prevedendo che la cessione delle azioni dovesse essere approvata dal CICR in caso di perdita del controllo della maggioranza delle azioni con diritto di voto nella assemblea ordinaria (per l'attuazione della delega, si vedano gli artt. 11 ss. d.lgs. n. 356/1990).

⁴⁹ Norma, questa, ritoccata più volte ad opera della legislazione successiva, con la previsione, tra l'altro, della possibilità di affidare la partecipazione ad una SGR scelta nel rispetto di procedure competitive (comma 1-bis, inserito dalla l. n. 448/2001). Ad ogni modo, la possibilità di mantenere partecipazioni di controllo nella società conferitaria è stata alla fine fissata sino al 31 dicembre 2005. Il terzo comma della norma, che contemplava il potere dell'Autorità di vigilanza di provvedere alla dismissione mediante apposito commissario, una volta scaduto tale termine, è stato sostituito dall'art. 7 l. n. 262/2005, con l'inserimento al suo posto della sospensione del diritto di voto nelle assemblee ordinarie e straordinarie per la percentuale superiore al 30 per cento del capitale sociale rappresentato da azioni aventi diritto di voto. Il citato art. 7 è stato, però, a sua volta abrogato dall'art. 4 d.l. n. 303/2006. Se ne desume che l'obbligo di dismissione trovi allo stato solo una «sanzione» indiretta nel venir meno delle agevolazioni fiscali in caso di persistenza di una partecipazione di controllo nella società conferitaria successivamente alla data indicata.

⁵⁰ In termini, R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 598 s.

d.lgs. n. 153/1999 in tema di organi, finalità e modalità di vigilanza. Il cui primo comma appare di una certa utilità ai nostri fini. Lo stesso stabilisce, infatti, che «Fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile, ed anche successivamente, finché ciascuna fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrerà al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo, la vigilanza sulle fondazioni è attribuita al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica». L'indubbia equivocità del testo legislativo è stata in una certa misura ridimensionata dallo stesso legislatore, il quale ne ha offerto l'interpretazione autentica ad opera dell'art. 52, comma 1, d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010, stabilendo quanto segue: «L'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, si interpreta nel senso che, fino a che non è istituita, nell'ambito di una riforma organica, una nuova autorità di controllo sulle persone giuridiche private disciplinate dal titolo II del libro primo del codice civile, la vigilanza sulle fondazioni bancarie è attribuita al Ministero dell'economia e delle finanze, indipendentemente dalla circostanza che le fondazioni controllino, direttamente o indirettamente società bancarie, o partecipino al controllo di esse tramite patti di sindacato o accordi in qualunque forma stipulati. Le fondazioni bancarie che detengono partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrono al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso patti di sindacato o accordi di qualunque tipo continuano a essere vigilate dal Ministero dell'economia e delle finanze anche dopo l'istituzione dell'autorità di cui al primo periodo».

Interpretazione, quest'ultima, che appare nelle motivazioni di una importante pronuncia del Consiglio di Stato, che ha confermato il principio che da essa traspare, vale a dire la permanenza del controllo ministeriale in

tutti i casi, fino all'istituzione della nuova autorità di controllo sulle persone giuridiche, e successivamente per le sole fondazioni che si trovino nelle condizioni indicate dal summenzionato testo legislativo⁵¹.

È peraltro evidente che l'equivocità di cui si diceva non risulta venir meno del tutto. Se infatti la ragione del controllo ministeriale sulle fondazioni bancarie trova fondamento nella presenza di partecipazioni di controllo sulle società bancarie o di concorso al controllo, risulta inspiegabile la sua sussistenza anche con riguardo alle fondazioni che abbiano addirittura dismesso, prima della istituzione di una nuova autorità deputata ad esercitare quel compito, ogni partecipazione nelle stesse⁵².

È questa un'incongruenza, evidenziata dalla dottrina, la quale appare tuttavia, almeno in teoria, di natura transitoria, in quanto destinata a venir meno con l'auspicata riforma organica delle persone giuridiche. Da questa si può in linea di massima prescindere. Occorre piuttosto concentrarsi sul fatto che il controllo ministeriale assegnato dalla norma appare rivelatore di due esigenze di fondo. Quella tutela del credito, in collegamento, però, con la detenzione di partecipazioni di controllo o di concorso al controllo in società bancarie; e quella di sostituzione del controllo di diritto comune. Sostituzione destinata tuttavia a venir meno a seguito dell'entrata in vigore della riforma organica delle autorità di

⁵¹ Cons. Stato, 13 settembre 2011, n. 5118, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 632 ss., con nt. di S. MENTO. Si osservi che tale pronuncia ha anche stabilito che il d.p.r. n. 361/2000, in specie con riguardo alla titolarità dei poteri di controllo, non trova applicazione alle fondazioni bancarie in ragione della specialità della disciplina, connessa all'eterodeterminazione dei fini ed alla natura del patrimonio, derivante non da attribuzioni privatistiche ma dall'attività di rilievo pubblicistico qual è la raccolta del credito (*recte*: risparmio), onde il mancato superamento del vaglio di compatibilità. Queste considerazioni, nell'economia della decisione, sono alla base dell'ulteriore rilievo secondo cui il d.p.r. in questione non possa essere considerato alla stregua dell'auspicata riforma del sistema di controllo prevista dall'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 153/1999. Norma, quest'ultima, che nel riaffermare l'ontologica diversità tra le tipologie di fondazioni contemplate, è tuttavia sospettata di illegittimità costituzionale, atteso il rinvio *sine die* dell'istituzione dell'autorità di controllo.

⁵² R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 600.

controllo delle persone giuridiche e della dismissione di ogni tipologia di controllo (o concorso allo stesso) sulle società bancarie.

Se dunque il MEF, nell'esercizio della vigilanza, è destinato ad essere sostituito, ricorrendone i presupposti, dall'autorità di controllo di tutte le persone giuridiche, non sembra azzardato desumere che la ragione della predetta vigilanza sia da identificare, ancora una volta, nella separazione tra i soggetti interessati ed i gestori⁵³. Separazione in precedenza individuata quale *ratio* del controllo pubblicistico di diritto comune, confermandosi per altra via le conclusioni cui si era in precedenza giunti.

Quanto esposto non pare smentito dal perseguimento in via esclusiva degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico da parte delle fondazioni bancarie. Tali scopi, infatti, assumono un'indubbia rilevanza pubblica, che paiono ulteriormente giustificare il controllo pubblicistico da parte dell'autorità governativa, come di recente specificata dal Protocollo di intesa ACRI-MEF (tanto da discorrersi di vigilanza per certi versi concertata)⁵⁴. In questi termini, anzi, si spiega una vigilanza che sia non solo di legittimità, ma anche di merito, corrispondente al controllo sulla sana e prudente gestione della fondazione, anche in riferimento alla redditività del patrimonio ed alla tutela effettiva degli interessi contemplati dagli statuti⁵⁵, ed in connessione con i poteri di

⁵³ In termini, R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 600 s.

⁵⁴ V. DE STASIO, *Fondazione*, cit., p. 538. La rilevanza pubblica è altresì testimoniata dalla relazione che annualmente (entro il 30 giugno) l'Autorità di Vigilanza deve presentare al Parlamento sull'attività svolta dalle Fondazioni bancarie nell'anno precedente, con riferimento tra l'altro, agli interventi finalizzati a promuovere lo sviluppo economico-sociale nei territori locali in cui operano le medesime fondazioni (art. 10, comma 3, lett. k-bis), d.lgs. n. 153/1999).

⁵⁵ Il che a monte si ricollega alla disciplina specifica per le fondazioni bancarie, quanto all'osservanza dei principi di economicità della gestione (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 153/1999); ai principi di trasparenza e moralità ed ai criteri prudenziali di rischio in funzione della conservazione del valore e del perseguimento di redditività adeguata cui deve essere informata la gestione patrimoniale (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 153/1999); la diversificazione degli investimenti, il collegamento funzionale degli stessi con gli scopi istituzionali nonché con lo sviluppo del territorio (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 153/1999; la destinazione dei proventi secondo canoni prestabiliti (art. 8 d.lgs. n. 153/1999). Sul punto, cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 413 ss.

autorizzazione (trasformazione e fusione) e di approvazione (modifiche statutarie) espressamente previsti dal comma 3 dell'art. 10 d.lgs. n. 153/1999⁵⁶. Sono queste, in sostanza, le coordinate entro cui l'autorità è chiamata ad esercitare i propri poteri di vigilanza, le quali, lungi dal far venir meno le esigenze di tutela sottese al controllo di diritto comune, semmai le rafforzano, non risultando di per sé ostative all'applicazione dell'art. 25 c.c.

Ne consegue che l'indubbia specialità delle fondazioni bancarie, in specie quanto alla vigilanza, di certo attualmente rileva relativamente all'individuazione dell'autorità ad essa preposta, nella differenziazione tra fondazioni bancarie controllanti e non controllanti società bancarie, senza che entri in gioco il d.p.r. n. 361/2000. Con riguardo al contenuto del controllo, la stessa ancora rileva nel senso, però, non della sua riduzione rispetto al controllo di diritto comune, bensì del suo ampliamento, in correlazione con le già menzionate modalità e finalità specifiche della vigilanza pubblicistica, connesse agli scopi degli enti sulla cui attività la stessa è destinata a svolgersi⁵⁷. Tanto facendo naturalmente salve le ipotesi di affievolimento (eventualmente) emergenti *aliunde* dalla disciplina.

6. La persistenza della ratio di diritto comune nelle fondazioni bancarie ad onta della previsione di un organo di indirizzo (anche) in considerazione della portata decisoria della deliberazione di esercizio dell'azione di responsabilità

⁵⁶ Sulle origini e sulla funzione di mero criterio previsionale del controllo sulla sana e prudente gestione, relativamente all'attività bancaria, cfr. M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, sez. III, t. I, Torino, 2007, p. 102 ss., il quale pone in rilievo il collegamento della formula citata con i poteri di autorizzazione della Banca d'Italia, nonché il suo riferirsi agli elementi strutturali dell'ente, nel suo assetto sia organizzativo sia proprietario.

⁵⁷ E v. in tal senso la proposta *de jure condendo* di R. COSTI, *L'ambiguo ruolo*, cit., p. 610, di attribuire all'autorità di vigilanza sulle persone giuridiche anche il controllo delle fondazioni bancarie, modulandolo però in ragione degli scopi di interesse generale dalle stesse perseguiti.

Da quanto sinora esposto, resterebbe immutata l'esigenza dell'autorizzazione anche in ordine all'esercizio dell'azione di responsabilità, ad onta della previsione di appositi organi di indirizzo e di controllo da parte degli statuti, in conformità con quanto dispone l'art. 4 d.lgs. n. 153/1999, ed in particolare con l'espressa previsione circa la già ricordata competenza dell'organo di indirizzo all'esercizio dell'azione di responsabilità.

Se infatti nelle fondazioni la *ratio* della previsione di un controllo da parte dell'autorità governativa è tradizionalmente da riferirsi all'assenza di un organo che esprime la volontà degli interessati, come, invece, può ritenersi l'assemblea nelle associazioni; tale *ratio* parrebbe sussistere anche riguardo alle fondazioni bancarie, attesa la difficoltà di intravedere in quello di indirizzo un organo espressione della suddetta volontà. Né tale *ratio* risulta sconfessata, almeno espressamente, dalla normativa speciale in ordine all'assegnazione al MEF della vigilanza prevista, nonché dalle specifiche modalità e finalità della stessa. Normativa che si pone in linea con la configurazione del rapporto tra diritto generale e speciale, che vede quest'ultimo caratterizzarsi per l'aggiunta di una nota ulteriore riguardo alla relativa fattispecie e non invece per la difformità rispetto al modello di partenza di un elemento che del *genus* è da ritenersi essenziale⁵⁸.

⁵⁸ Per queste distinzioni, cfr. C. IBBA, *Le società legali*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 9 ss., ove ult. riff.; ID., «Generale» e «speciale» nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 485. In effetti, la presenza di un diritto speciale, anche laddove lo stesso si applichi in via residuale, non implica necessariamente la presenza di una fattispecie atipica. Va, infatti, tenuto conto che disciplina speciale e atipicità non si accompagnano necessariamente, e che in particolare la qualifica di speciali o eccezionali è questione di disciplina e non di fattispecie (G. MARASÀ, voce *Società speciali e società anomali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, p. 1 s.). Benché il discorso non si presti ad essere adeguatamente sviluppato nella presente sede, la diversità delle fondazioni bancarie rispetto al modello di partenza pare incentrarsi sulla presenza di elementi aggiuntivi (assetto organizzativo, natura degli scopi da ricondurre ai settori ammessi, particolare fisionomia della vigilanza), risultando invece rispettato lo schema fondazionale codicistico, che vede la destinazione di un patrimonio ad uno scopo, tanto più che il suddetto schema non contempla nessuna particolare conformazione dell'assetto organizzativo. Sul punto, si vedano i condivisibili rilievi di M.V. De Giorgi, *Fondazioni bancarie*, cit., p. 67 ss.

Quest'ordine di conclusioni è solo apparentemente definitivo ai fini del superamento del vaglio di compatibilità. Se, infatti, si tiene a mente quanto rilevato in precedenza, a proposito dell'esigenza specifica dell'autorizzazione all'esercizio dell'azione di responsabilità nelle fondazioni di diritto comune, consistente nella ritenuta insufficienza (da parte del legislatore) del piano decisorio interno, occorre verificare se un tale giudizio di insufficienza emerga anche dalla disciplina delle fondazioni bancarie, sì da giustificare il ricorso all'art. 25, comma 3, c.c.

Per quel che sinora si è detto, un tale giudizio non emerge in modo nitido. Esso, infatti, è reso manifesto in relazione ad una serie di decisioni, le quali, sebbene attribuite dalla legge alla competenza dell'organo di indirizzo, richiedono l'autorizzazione o l'approvazione dell'autorità di vigilanza. Si allude alle operazioni di trasformazione e fusione e di approvazione delle modifiche statutarie (art. 10, comma 3, lett. a) e c), d.lgs. n. 153/1999). Rispetto alle quali si riscontra un affievolimento dell'impostazione seguita dal codice civile riguardo al controllo pubblico sulle fondazioni codicistiche in ordine a talune operazioni straordinarie.

In quella sede, in disparte quanto previsto dall'art. 42-*bis* c.c. in tema di trasformazioni, fusioni o scissioni reciproche tra associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni⁵⁹, che seguono le regole

⁵⁹ Tale norma, inserita dall'art. 98 CTS, prevede, infatti, che, se non espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni. E' dunque consentita la trasformazioni di fondazioni in ipotesi (e con modalità) diverse da quelle contemplate dall'art. 28 c.c. (*infra*, nel testo e nelle note). La norma comporta anche la sicura ammissibilità delle ipotesi, ulteriori a quelle previste, della fusione tra fondazioni, in origine dibattuta (in senso favorevole si era espresso F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*², cit., p. 410, ove *riff.*; in senso contrario, cfr. S. CAPOZZI, *I controlli*, cit., p. 138 s., ove altri *riff.*), e di scissione. E' infatti del tutto evidente che se sono ammesse fusioni tra associazioni e fondazioni, deve del pari ammettersi quelle tra enti della stessa natura (sul punto, cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 445 ss.). Quanto alle decisioni sulle suddette operazioni, le stesse seguiranno le regole previste per le modifiche statutarie dal d.p.r. n. 361/2000 (*infra*, nel testo e nt. successiva): in argomento, cfr. MASS. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, in *Rivista ODC*, 2018, p. 123 ss.

previste più in generale per le modifiche statutarie⁶⁰, nonché dagli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. in tema di trasformazione eterogenea da o in società di capitali, introdotte dalla riforma del diritto societario, è l'autorità governativa a provvedere alla trasformazione⁶¹, in caso di esaurimento dello scopo, o quando lo stesso sia divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio sia divenuto insufficiente, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore (art. 28 c.c.)⁶². Ed è sempre l'autorità governativa a disporre il coordinamento dell'attività di più fondazioni ovvero l'unificazione della loro amministrazione, rispettando per quanto possibile la volontà del fondatore: coordinamento o unificazione implicanti specifiche modifiche statutarie⁶³.

Nel caso delle fondazioni bancarie ci si trova, invece, al cospetto della previsione di alcune competenze decisorie in capo all'organo di

⁶⁰ Giova precisare che il d.p.r. n. 361/2000, nel disporre l'abrogazione del terzo comma dell'art. 16 c.c. (e delle connesse disposizioni di attuazione) ha stabilito che anche per le fondazioni sono ammissibili più in generale modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto, purché approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica, e sia comprovato il rispetto del procedimento stabilito nello statuto medesimo (art. 2, commi 1 e 3, d.p.r. cit.). La questione era in precedenza dubbia. Più precisamente, nel reputare inapplicabile alle fondazioni l'art. 16, comma 3, c.c., si sosteneva che nessuna modifica statutaria potesse essere disposta dagli amministratori, in quanto la volontà del fondatore avrebbe potuto essere modificata solo dall'autorità governativa, nei limiti di quanto disposto dagli artt. 26 e 28 c.c.: S. CAPOZZI, *I controlli*, cit., p. 126 s. Alla luce di siffatta evoluzione, può riscontrarsi, quanto alle generiche modifiche statutarie, (non una contrapposizione ma) una specificazione del ruolo dell'Autorità di vigilanza sulle fondazioni bancarie, rispetto alle funzioni esercitate dall'autorità governativa sulle fondazioni di diritto comune, mercé il citato decentramento amministrativo, essendo la prima chiamata ad approvare le suddette modifiche, al preciso fine di verificare il rispetto degli scopi indicati al comma 2 dell'art. 4 d.lgs. n. 153/1999 (verifica del rispetto della legge e degli statuti, sana e prudente gestione delle fondazioni, redditività dei patrimoni ed effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti; anche *infra*, nel testo e nt. 67).

⁶¹ Come da tanti messo in rilievo, il termine trasformazione, riferito agli enti del I libro, assume tradizionalmente un significato diverso da quello degli enti del V libro, risolvendosi in un mutamento dello scopo, della sede o nella fusione di più fondazioni: cfr. sul punto, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*², cit., p. 410; MIR. BIANCA, *Art. 2, comma 1, lettera i, L. 461/98, in Le fondazioni bancarie*, cit., p. 228 s.

⁶² Si osservi che anche l'ipotesi della trasformazione eterogenea in società di capitali è egualmente disposta dall'autorità governativa (art. 2500-*octies*, comma 4, c.c.). Ipotesi che, tuttavia, non entra nel discorso sviluppato nel testo, in quanto, come è noto, espressamente esclusa per le fondazioni bancarie (art. 223-*octies*, comma 2, c.c.).

⁶³ R. SENIGAGLIA, *voce Fondazione*, cit., p. 531 ss.

indirizzo, che indebolisce, benché non elimini, il ruolo dell'autorità di vigilanza. E ciò in coerenza con la stessa disciplina sopravvenuta inerente alle modifiche statutarie delle fondazioni di diritto comune (art. 2 d.p.r. n. 361/2000). Si potrebbe a questo punto ritenere che, al netto delle ipotesi, previste dal diritto comune, del controllo sostitutivo⁶⁴ e repressivo⁶⁵, la chiave di lettura del rapporto tra organo di indirizzo e autorità di vigilanza nella disciplina speciale debba essere ricostruita alla luce di questo indebolimento⁶⁶, inteso quale criterio generale, e che si specifica a seconda della tipologia di competenze attribuite dalla legge al primo. Nel senso che laddove le stesse siano di tipo decisorio, l'autorità di vigilanza assuma al più un ruolo autorizzatorio o in senso lato omologatorio. Nel mentre

⁶⁴ Si allude, in particolare, al controllo sostitutivo, costituito dalla nomina e sostituzione di amministratori e rappresentanti dell'ente. Un tipo di controllo, questo, che potrebbe reputarsi inapplicabile alle fondazioni bancarie per l'impossibilità di configurare il suo presupposto (impossibilità di attuazione delle disposizioni contenute nell'atto di fondazione: *supra*, nt. 18), attesa l'assegnazione all'organo di indirizzo della competenza sulla nomina e revoca dei componenti l'organo di amministrazione. E tuttavia, merita di essere posto in rilievo il ruolo che l'autorità di vigilanza sulle fondazioni bancarie potrebbe svolgere anche in questo caso, qualora l'organo di indirizzo si trovi in una situazione di stallo nell'adozione delle relative deliberazioni, ovvero nelle più gravi condizioni di impossibilità di funzionamento o di continuata inattività (ossia nelle condizioni costituenti autonome e distinte cause di scioglimento delle società di capitali: art. 2484, comma 1, n. 3, c.c.). E' lecito inferire che le relative vicende, nella disciplina stabilita per le fondazioni bancarie, possano integrare gli estremi per l'applicazione della disciplina generale, in linea con quanto si ritiene per le c.d. fondazioni di partecipazione (G. SICCHIERO, *Fondazione di partecipazione*, cit., p. 70), ovvero l'impossibilità di raggiungere i fini statuari, che legittima l'autorità di vigilanza a disporre con decreto, sentiti gli interessati, la liquidazione dell'ente (art. 11, comma 7, d.lgs. n. 153/1999). Tanto in conformità con le risalenti opinioni che, vigente il codice di commercio, ricomprendevano tali ipotesi, in assenza di autonoma previsione, nella causa di scioglimento costituita dall'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale (cfr. G. NICCOLINI, *Scioglimento e liquidazione ed estinzione delle società di capitali*, in *Tratt. delle soc. per az.*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, vol. 7***, Torino, 1997, p. 275).

⁶⁵ Il riferimento è al controllo repressivo costituito dal potere costitutivo di annullare le delibere illegittime (art. 25, comma 1, c.c.), non espressamente riprodotto tra i poteri dell'autorità di vigilanza sulle fondazioni bancarie, a differenza della gestione commissariale che, come già ricordato, è autonomamente regolata dall'art. 11 d.lgs. n. 153/1999, anche solo per il compimento di atti specifici (comma 9). Mancata riproduzione che sembra inibire la sua applicazione alle fondazioni bancarie (cfr. M. BASILE, *Le persone giuridiche*³, cit., p. 441; diversamente, R. RASCIO, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 6).

⁶⁶ Cfr. E. DEL PRATO, *Fondazioni bancarie*, cit., p. 744, che discorre di affievolimento del controllo pubblicitario per la presenza dell'organo di indirizzo.

laddove siano di questo secondo tipo, l'autorità di vigilanza sia priva di qualsivoglia ruolo, anche perché chiaramente ridondante. Con il che andrebbe a cadere qualunque insufficienza della disciplina interna, tramutandosi quell'indebolimento in vero e proprio annullamento.

Ciò implica, rispetto al piano di indagine, la formulazione della seguente ipotesi, contraria a quanto sin qui sostenuto. Ove venisse dimostrato a livello di articolazione interna dell'assetto organizzativo che l'esercizio dell'azione di responsabilità sia soggetto (non alla decisione, ma) all'autorizzazione dell'organo di indirizzo, non vi sarebbe spazio per l'applicazione dell'art. 25, comma 3, c.c. Quest'ultima norma, infatti, sarebbe chiaramente incompatibile con l'assetto organizzativo della fondazione bancaria. La cui disciplina andrebbe considerata autosufficiente, perché munita sia del piano decisorio (i nuovi amministratori) sia di quello autorizzatorio (l'organo di indirizzo). In sintesi, quel giudizio di insufficienza, insito nella norma da ultimo menzionata, non troverebbe alcuna possibilità di essere espresso relativamente alla disciplina dell'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori delle fondazioni bancarie.

Di là da ogni giudizio di valore su tale esito interpretativo, eventualmente foriero dell'insorgere di questioni di costituzionalità, e a monte sull'affievolimento del controllo pubblico quale mera conseguenza della presenza nelle fondazioni bancarie dell'organo di indirizzo⁶⁷, tale

⁶⁷In effetti, la ricostruzione di un regime di controlli meno severo per le fondazioni bancarie rispetto a quello previsto per le fondazioni di diritto comune sembra in astratto dischiudere una questione di costituzionalità, per disparità di trattamento. Disparità che, per quanto in precedenza detto, potrebbe non trovare giustificazione attraverso il principio di ragionevolezza. In effetti, l'evoluzione normativa in tema di modifiche statutarie delle fondazioni di diritto comune, contenuta nella disciplina del d.p.r. n. 361/2000, sembra andare nella direzione di un affievolimento del controllo pubblico, a prescindere dalla maggiore o minore complessità della struttura organizzativa. Ma questo, a ben vedere, avvicina ulteriormente le fondazioni di diritto comune a quelle bancarie (per le quali, anzi, l'approvazione dell'autorità di vigilanza si rivela anche più incisiva: R. RASCIO, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 7 s.) risultando oltre più ingiustificato l'applicazione alle une e non alle altre dell'art. 25, comma 3, c.c. Anche sul piano dell'interpretazione

ipotesi merita, quindi, di essere indagata e se del caso fugata attraverso l'ausilio del diritto societario. A tale stregua, è necessario interrogarsi su quale sia il valore da attribuire alla deliberazione di esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società per azioni o i consiglieri di gestione – spettante rispettivamente all'assemblea dei soci in sede ordinaria o al collegio sindacale, in caso di adozione del sistema tradizionale di amministrazione e controllo, o alla predetta assemblea in caso di adozione di quello monistico (artt. 2393-2409-*noviesdecies* c.c.)⁶⁸, ovvero sempre alla stessa assemblea o al consiglio di sorveglianza in caso di adozione del sistema dualistico – se decisorio o meramente autorizzatorio, di là da ogni considerazione di carattere processuale⁶⁹.

In effetti, è agevole scorgere nel formante giurisprudenziale, benché non manchino indicazioni in tal senso da parte della dottrina, l'affermazione secondo la quale la deliberazione in esame avrebbe solo contenuto autorizzatorio dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità⁷⁰. Si tratta di un assunto tralaticio della cui fondatezza è, tuttavia, lecito dubitare, anche perché espresso senza nessun approfondimento degno di nota. Esso, a tacer d'altro, urta contro altri

costituzionalmente orientata sembra dunque imporsi il tentativo di dimostrare la sussistenza delle condizioni di applicazione dell'art. 25, comma 3, c.c., risolvendo per tale via l'aporia riscontrata.

⁶⁸ È dubbia l'applicabilità al comitato di controllo sulla gestione dell'art. 2393, comma 3, c.c., che consente al collegio sindacale, nel sistema tradizionale, di deliberare l'azione sociale di responsabilità: per le opposte opinioni, cfr. F. MANCUSO, *Art. 2409 octiesdecies*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, a cura di M. Campobasso-V. Cariello-U. Tombari, Milano, 2016, t. I, p. 1991.

⁶⁹ Come è noto, è piuttosto costante in giurisprudenza la tesi secondo cui la suddetta deliberazione rappresenti una mera condizione dell'azione, che deve dunque sussistere al momento della pronuncia giudiziale; di talché la stessa può sopraggiungere anche nel corso del processo, avendo quindi efficacia retroattiva: da ultimo, Cass., 23 luglio 2021, n. 21245, ove richiami. La tesi non risulta sempre affermata in modo coerente con le premesse (ad es. Cass., 11 novembre 1996 n. 9849, in *Società*, 1997, p. 641 ss., ravvisa nella deliberazione un presupposto processuale che attiene alla legittimazione di colui che ha agito nel processo).

⁷⁰ Cass., 11 luglio 2008, n. 19235, in *Giur. it.*, 2009, p. 883 ss., con nt. di M. AIELLO; Cass., 7 ottobre 2010, n. 20826, in *Società*, 2011, p. 129 ss., con nt. di V. SALAFIA; Cass., 23 luglio 2021, n. 21245, cit.

precedenti, anche risalenti, che più correttamente si pongono nella direzione contraria di assegnare al potere deliberativo dell'organo assembleare il compito di formare e dichiarare la volontà dell'ente in ordine tanto al promuovimento dell'azione sociale di responsabilità, quanto, alle condizioni note (assenza di voto contrario della minoranza qualificata), alla sua rinuncia o transazione⁷¹.

Ed un decisivo argomento a sostegno della natura decisoria discende dal rilievo secondo il quale, ove così non fosse, agli amministratori sarebbe lasciata la piena discrezionalità nel valutare il fondamento e la convenienza dell'azione, in contrasto con la *ratio* della previsione siffatta, di assegnare la relativa competenza ai soci riuniti in assemblea in quanto titolari dell'interesse sostanziale, pregiudicato dalla *mala gestio* dei componenti dell'organo gestorio⁷². *Ratio* da reputarsi valida ed attuale, ancorché sia venuto meno il principio di competenza esclusiva dell'organo assembleare, e che è in ultima analisi da ricondurre, oltre che a ragioni di opportunità, all'intima connessione tra la suddetta competenza e quelle di nomina e revoca degli amministratori e di approvazione del bilancio, quale espressione di un rapporto di natura fiduciaria tra i soci ed i gestori, che già risalente dottrina, sotto il vigore del codice di commercio, non aveva mancato di sottolineare⁷³.

⁷¹ Si veda in termini, Cass., 11 agosto 1972, n. 2681; Cass., 1° ottobre 1999, n. 10869, in *Società* 2000, 432 ss.; Cass., 24 aprile 2007, n. 9901, in *Giur. it.*, 2007, p. 2757 ss. Questa posizione risulta in genere affermata (anche) al fine di ribadire che l'assenza della deliberazione rende radicalmente nulla la rinuncia o la transazione, costituendo modo formale ed inderogabile della volontà della società, di cui non sono ammessi equipollenti.

⁷² In questi termini, F. BRIOLINI, *Art. 2393*, in *Le società per azioni*, cit., p. 1404 s., ove richiami.

⁷³ C. VIVANTE, *Tratt. di dir. comm.*, II vol., *Le società commerciali*, Milano, 1929, p. 352 ss. Si osservi che il codice di commercio prevedeva all'art. 152 cod. comm. una disposizione più netta di quella dell'art. 2393 c.c., che non lasciava adito a dubbi di alcuna sorta circa la necessità della deliberazione assembleare per l'esercizio dell'azione ("L'azione contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità compete all'assemblea generale, che la esercita per mezzo dei sindaci"). La competenza dei sindaci si svolgeva, infatti, secondo opinione unanime, sul mero piano della esecuzione della deliberazione assembleare, senza alcun potere discrezionale in merito.

È del pari evidente che nel caso delle fondazioni bancarie ricorre egualmente un rapporto di natura fiduciaria tra amministratori e componenti dell'organo di indirizzo, sussistendo tutte le competenze enunciate rilevanti (nomina e revoca dei componenti dell'organo di amministrazione e controllo e determinazione dei compensi; esercizio dell'azione di responsabilità; approvazione del bilancio). Non ricorre, per le ragioni predette, l'interesse sostanziale in capo ai componenti dell'organo di indirizzo. Il che conduce, per un verso, ad ascrivere natura decisoria alla competenza dell'organo di indirizzo in ordine all'esercizio dell'azione di responsabilità; per l'altro, di estendere al suddetto piano il giudizio di insufficienza insito nella disciplina delle fondazioni codicistiche. Di talché pare definitivamente confermarsi, anche sotto questo ulteriore versante, la tesi di partenza, in ordine alla necessità dell'autorizzazione dell'autorità di vigilanza, in applicazione dell'art. 25, comma 3, c.c.⁷⁴

7. Considerazioni finali.

La tesi che si è tentato di dimostrare pare in linea, in una prospettiva di sistema, al riconoscimento per via legislativa, ribadito dalla Corte costituzionale e di recente anche dall'ANAC, della natura privatistica delle fondazioni bancarie, concorrendo ad affermare la loro appartenenza al *genus* delle fondazioni di diritto comune.

La stessa si muove, altresì, in linea di coerenza con la disciplina degli enti del terzo settore, categoria nella quale le fondazioni bancarie sono incluse, pur non essendo assoggettate al relativo Codice (Codice del Terzo

⁷⁴ Non si ignora che quanto sin qui esposto rischi di aggravare l'(attuale) commistione di interessi tra MEF e fondazioni bancarie, entrambi soci della Cassa depositi e prestiti s.p.a.: onde il pericolo che la funzione di vigilanza sia utilizzata per ottenere una determinata condotta da parte del socio, ovvero non sia affatto esercitata (C. GIORGIANTONIO, *Vocazione*, cit., c. 1328). Si tratta di un pericolo che sollecita l'attuazione della riforma dell'autorità di controllo delle persone giuridiche private.

settore), per esplicito dettato legislativo. Ed invero, giova ricordare come l'art. 90 CTS nel disciplinare i poteri di controllo dell'Ufficio del Registro Unico nazionale, gli attribuisce espressamente l'esercizio dei poteri ed i controlli di cui agli artt. 25, 26 e 28 c.c.⁷⁵, norma che convive con il richiamo nei limiti della compatibilità, tra l'altro, agli artt. 2393 e 2393-bis c.c., previsto dall'art. 28 CTS: il che comporta, per quel che rileva ai nostri fini, la sicura applicazione anche agli enti del terzo settore della norma che consente l'esercizio dell'azione di responsabilità previo rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente⁷⁶.

Tutto questo non vale a scalfire la constatazione circa l'indubbia peculiarità delle fondazioni bancarie, che giustifica la presenza di una disciplina speciale. Una disciplina speciale a tratti ambivalente, che configura una rigida struttura organizzativa dell'ente, lasciando tuttavia dei margini di intervento all'autonomia statutaria. Una disciplina che amplia, per taluni aspetti, il controllo pubblicistico, sconfinando nel merito della gestione, ma che per altri non è in grado di ridurlo, salve le ipotesi illustrate in cui una tale riduzione emerga in modo esplicito dalla disciplina. Ed è in questi termini che andrà identificato il limite di compatibilità circa l'applicazione della disciplina generale.

⁷⁵ Poteri da esercitare in senso coordinato con le funzioni di altri organi pubblici (arg. ex art. 92, comma 2, CTS): cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 417 s.

⁷⁶ In termini, M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., p. 417; G.B. BARILLA, *Enti del terzo settore e diritto societario. Una riflessione su principi generali e caratteristiche tipologiche*, Torino, 2022, p. 58 s.; M. DE POLI, *L'amministrazione*, cit., p. 124, testo e nt. 120.