



CONSIGLIO DI STATO

SEZIONE CONSULTIVA PER GLI ATTI NORMATIVI

Adunanza del 13 gennaio 2003

N. della Sezione: 4751/2002

OGGETTO:

Ministero dell'economia e delle finanze - Schema di d.m. in materia di affidamento a società di gestione del risparmio delle partecipazioni di controllo delle fondazioni bancarie, ai sensi dell'articolo 11, comma 13, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 e dell'articolo 18, comma 5, lettera a), del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

La Sezione

Vista la relazione prot. n. 19572, pervenuta a questo Consiglio di Stato in data 23 dicembre 2002, con la quale il Ministero dell'economia e delle finanze ha richiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di d.m. in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore ed estensore, consigliere Luigi Carbone;

PREMESSO e CONSIDERATO:

1 – La disciplina in materia di fondazioni bancarie è stata, come è noto, di recente innovata dall'articolo 11 legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per l'anno 2002), che ha in più punti modificato il decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153.

Come previsto dal comma 14 del citato articolo 11, in attuazione di tale legge è intervenuto il regolamento ministeriale 2 agosto 2002, n. 217. Sul relativo schema la Sezione si era espressa con il parere n. 1354/02, reso dall'adunanza del 1° luglio 2002, cui il referente Ministero si è conformato nell'adozione del testo definitivo.

La attuazione della nuova disciplina va, ora, completata, in un settore particolare, che il suddetto regolamento n. 217 del 2002 ha, in parte, rinviato ad un ulteriore intervento normativo: la gestione delle partecipazioni bancarie di controllo in capo alle fondazioni da parte di società di gestione del risparmio (d'ora in avanti s.g.r.).

Si tratta del completamento della disciplina attuativa dell'articolo 11, comma 13, della legge n. 448, che ha modificato l'art. 25 del decreto legislativo n. 153 del 1999, aggiungendovi, in particolare, il comma 1-bis, il quale prevede che le fondazioni bancarie, in alternativa alla dismissione della partecipazione di controllo nella società bancaria conferitaria, possano detenerla per altri tre anni a partire dal 15 giugno 2003, affidandola *“ad una società di gestione del risparmio che la gestisce in nome proprio secondo criteri di professionalità e indipendenza e che è scelta nel rispetto di procedure competitive; resta salva la possibilità per la fondazione di dare indicazioni per le deliberazioni*

dell'assemblea straordinaria nei casi previsti dall'articolo 2365 del codice civile".

Lo schema in oggetto è stato predisposto seguendo la procedura prevista dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, all'articolo 18, comma 5, lettera a), che prevede per i regolamenti ministeriali il previo parere della Banca d'Italia e della Consob. I due pareri in questione, in atti, recano entrambi la data del 13 settembre 2002; svariate osservazioni avanzate in quelle sedi sono state recepite nel testo ora in esame.

2 – La Sezione ritiene opportuno segnalare, in via preliminare, che non ostano all'esame dello schema in oggetto talune questioni sopravvenute successivamente alla sua stesura.

In primo luogo, non incidono sullo schema in esame le recenti modifiche apportate al decreto legislativo n. 153 del 1999 dalla legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria per l'anno 2003). Il comma 20 dell'articolo 80 è intervenuto su due circoscritti profili:

- ha specificato che il regime delle incompatibilità previsto dall'articolo 4, comma 3, del decreto n. 153 (nel testo introdotto dalla legge n. 448 del 2001) si riferisce ai casi "*di partecipazione azionaria o di controllo*";

- ha introdotto un comma 3-*bis* all'articolo 25 del decreto n. 153, ove si prolunga di un ulteriore triennio la possibilità di detenere partecipazioni bancarie per le fondazioni "*con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro e per quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale*".

In secondo luogo, nella materia sono intervenuti, nelle more della pubblicazione del presente parere, i decreti legislativi 17 gennaio 2003, n. 5 e n. 6, recanti rispettivamente – in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366 – la definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione

finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia e la riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative. La scelta del ricorso alle s.g.r. e l'effettivo affidamento ad esse delle partecipazioni bancarie da parte delle fondazioni debbono avvenire in data antecedente all'entrata in vigore delle suddette riforme, prevista per il 1° gennaio 2004. Peraltro, il Ministero dovrà in ogni caso considerare l'opportunità di coordinare l'intervento regolamentare in oggetto con il futuro mutamento di regime, eventualmente prevedendo nello schema in esame una norma transitoria *ad hoc*.

Infine, la Sezione ritiene di doversi comunque pronunciare sullo schema in oggetto anche a seguito della sospensione dell'efficacia degli articoli 7 e 9 del d.m. n. 217 del 2002 disposta dal Tribunale amministrativo del Lazio nella camera di consiglio del 4 dicembre 2002. La sospensiva dei suddetti articoli, connessa con la rimessione alla Corte Costituzionale di alcuni profili della legge n. 448, non incide attualmente sulla disciplina delle s.g.r., poiché l'unico articolo di quel regolamento ministeriale necessario per l'operatività della normativa qui in esame è l'articolo 8, la cui efficacia non è stata sospesa in sede giurisdizionale.

3 – Il richiamato articolo 8 del d.m. n. 217 del 2002 interviene su una serie di rilevanti profili della disciplina delle s.g.r. in materia di fondazioni bancarie. In particolare, tale norma:

- ribadisce per le fondazioni bancarie l'obbligo, in alternativa alla dismissione delle loro partecipazioni di controllo entro il 15 giugno 2003, del loro affidamento “*ad una s.g.r. di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, che le gestisca in nome proprio, secondo criteri di professionalità e indipendenza e nel rispetto delle disposizioni dettate con regolamento ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a) del citato decreto legislativo n. 58 del 1998 per la disciplina del servizio di gestione*” (comma 1);

- fissa i termini per la decisione di affidare la partecipazione alla s.g.r. affidataria (31 marzo 2003) e per il completamento dell'operazione (15 giugno 2003) e ribadisce l'obbligo di dismissione in ogni caso entro il 15 giugno 2006 (commi 2 e 4);

- prevede il caso del “*controllo congiunto di più fondazioni*”, consentendo la possibilità di affidamento ad una (unica) s.g.r. affidataria, scelta “*anche di comune accordo*” (comma 3);

- disciplina l'obbligo del ricorso a “*procedure competitive nel rispetto dei principi di pubblicità e di parità concorrenziale*” per la scelta della s.g.r. e, per le fondazioni non associative, in cui la legge prevede negli organi di indirizzo una “*prevalente e qualificata rappresentanza degli enti diversi dallo Stato di cui all'articolo 114 Costituzione*”, del ricorso alla normativa comunitaria per gli appalti pubblici di servizi (comma 5); la stessa norma specifica che i “*soggetti invitati devono rispondere, anche per disposizioni statutarie, alle caratteristiche indicate nel presente articolo e nel regolamento indicato nel comma 1*”;

- impone, nel caso in cui la fondazione, o la società bancaria conferitaria, intendesse affidare la partecipazione ad una s.g.r. di cui ha promosso la costituzione o della quale detiene una partecipazione superiore al 5%, l'applicazione della procedura competitiva “*alla ricerca di uno o più soci che assicurino il rispetto di quanto previsto dal presente articolo e dal regolamento indicato nel comma 1*” (comma 6);

- dispone che il mancato rispetto dei criteri di svolgimento del servizio, ovvero il sostanziale mutamento dei presupposti considerati per l'affidamento dell'incarico, possa costituire “*giusta causa di revoca*” ove la fondazione, o la società bancaria conferitaria, abbia conferito un mandato irrevocabile alla s.g.r. affidataria (comma 7);

- opera un rinvio generale ai poteri che sono attribuiti al Ministero dell'economia, alla Banca d'Italia e alla Consob da due fonti normative distinte: il richiamato decreto legislativo n. 58 del 1998, che reca il testo unico delle

disposizioni in materia di intermediazione finanziaria e il decreto legislativo n. 385 del 1993, che reca il testo unico delle disposizioni in materia bancaria (comma 8).

Sul d.m. n. 217 del 2002, come si è detto, la Sezione si è espressa con il parere n. 1354/02: a tale avviso si ritiene di poter rinviare per i profili generali ivi affrontati, che hanno valenza anche per la specifica materia ora in esame.

In questa sede, la Sezione ritiene opportuno ribadire che, in relazione alle procedure di scelta delle s.g.r., la applicabilità alle fondazioni bancarie non associative della nozione comunitaria di “organismi di diritto pubblico” non incide sulla più volte affermata natura privata delle fondazioni medesime nell’ordinamento nazionale.

La nozione comunitaria di “organismo di diritto pubblico” (di cui alla direttiva 92/50/CEE, come recepita dal decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157) non incide né tantomeno altera la natura giuridica (pubblica o privata) dei soggetti cui si riferisce: essa assume rilievo ai soli fini della individuazione della normativa applicabile per la scelta dell’erogatore dei servizi.

Pertanto, come ormai pacificamente ritenuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea e delle Corti nazionali, tra cui anche questo Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (quantomeno a partire dalla decisione n. 1478 del 1998 della VI sezione), la normativa comunitaria in materia ben può applicarsi pure a soggetti di diritto privato (quali sono, appunto, anche le fondazioni bancarie) laddove sussistano, congiuntamente, i tre presupposti previsti dalla direttiva n. 92/50 e dall’articolo 2, comma 1, lettera b), del decreto legislativo n. 157 del 1995: il possedere la “*personalità giuridica*”; il “*soddisfare specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale*” e l’aver “*organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza costituiti, almeno per la metà, da componenti designati*” da “*soggetti pubblici*”.

Con riferimento all’ultimo dei tre requisiti sopra elencati, la Sezione rileva come la normativa comunitaria faccia riferimento ad un parametro

oggettivo, che non si presta ad interpretazioni sostanzialistiche, le quali non trovano riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia e neppure, con riferimento al caso di specie, nella legge n. 448, che anzi, al comma 4 dell'articolo 11, esonera i rappresentanti degli enti territoriali dal divieto di essere “*portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni*”.

Deve pertanto reputarsi che la norma comunitaria, nel prevedere il requisito suddetto, fissa una presunzione *juris et de jure*, non interpretativamente aggirabile con operazioni manipolative e potenzialmente elusive, che fa in ogni caso conseguire dall'esercizio del potere di nomina un effetto rilevante ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria, in presenza degli altri due requisiti.

Tanto precisato, la Sezione ricorda come già il precedente parere n. 1354/02 avesse evidenziato, da un lato, la ampiezza della portata applicativa della disciplina comunitaria (che “imporrà il rispetto delle regole della gara europea, oltre che per la scelta delle s.g.r., anche per la realizzazione di tutti i servizi pubblici previsti dal decreto legislativo n. 157 cui la fondazione decida di indirizzare la propria attività, nonché per l'affidamento di lavori”), dall'altro “la rilevante disparità di disciplina con le fondazioni bancarie di origine associativa, nelle quali la regola è invece quella della “non maggioranza” dei rappresentanti degli enti di cui all'art. 114 della Costituzione”.

4 – Passando all'esame testuale dello schema di regolamento ministeriale in oggetto, che consta di sei articoli, questo Consiglio di Stato ritiene di formulare le osservazioni che seguono.

Una prima osservazione riguarda **il titolo e il preambolo** del regolamento in esame, con riferimento all'oggetto e alla natura dell'intervento normativo.

Il titolo dello schema recita, senza alcun riferimento sostanziale alla materia: “*Regolamento ex articolo 18, comma 5, lettera a) del decreto*

legislativo 24 febbraio 1998, n. 58” e anche nel preambolo tale riferimento normativo precede ogni altro.

La norma del testo unico del 1998 citata dispone che “il Ministro del tesoro ... [ora dell’economia e delle finanze], con regolamento adottato sentite la Banca d’Italia e la Consob: a) può individuare, al fine di tener conto dell’evoluzione dei mercati finanziari e delle norme di adattamento stabilite dalle autorità comunitarie, nuove categorie di strumenti finanziari, nuovi servizi di investimento e nuovi servizi accessori, indicando quali soggetti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale possono esercitare i nuovi servizi; b) ...”.

La Sezione ritiene che il riferimento in questione, inteso come fondamento esclusivo del potere regolamentare in materia, non sia idoneo ad indicare adeguatamente il contesto normativo in cui la emananda disciplina dovrà inserirsi.

In primo luogo, il servizio finanziario di cui trattasi, che si riferisce esclusivamente alla gestione, da parte delle s.g.r., delle partecipazioni bancarie di controllo in capo alle fondazioni di cui al decreto legislativo n. 153 del 1999, non è un servizio “nuovo”, individuabile per la prima volta dal Ministro, come invece prevede l’articolo 18 del testo unico dell’intermediazione finanziaria. Tale servizio è stato, infatti, istituito già dalla legge n. 448 del 2001, che anzi ne prevede il ricorso obbligatorio per tutte le fondazioni che non vogliono dismettere le loro partecipazioni bancarie di controllo entro il 15 giugno 2003 (ed è anche già disciplinato, parzialmente, in sede attuativa, dall’articolo 8 del d.m. n. 217 del 2002).

È quindi nella legge n. 448, e segnatamente nel comma 14 dell’articolo 11 – che prevede una generale potestà regolamentare attuativa per tutte le innovazioni introdotte dalle legge stessa in capo al Ministro dell’economia e delle finanze – che va rinvenuto il fondamento legislativo primario per intervenire in materia.

In secondo luogo – come rilevato anche dal parere della Consob, sia pure in un senso parzialmente diverso – il servizio di gestione delle partecipazioni di controllo delle fondazioni bancarie non è pienamente assimilabile (in punto di disciplina applicabile e di Autorità chiamate ad esercitare la funzione di vigilanza) ai servizi di investimento “tipicamente” governati dal decreto legislativo n. 58 del 1998.

Il richiamo al testo unico del 1998 è operato dalla legge n. 448 soltanto in via generale e non esclusiva, laddove si inserisce all’articolo 25 del decreto legislativo n. 153 un comma 1-ter secondo cui “*il Ministro dell’economia e delle finanze e la Banca d’Italia esercitano i poteri ad essi attribuiti dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*”.

Un richiamo più preciso al testo unico per l’intermediazione finanziaria è, invece, contenuto in una fonte di pari grado al regolamento ministeriale qui in esame: l’articolo 8, comma 1, del d.m. n. 217 del 2002, già riportato al punto 3 del presente parere. Tale richiamo, oltre a far riferimento alla figura di “società di gestione del risparmio” già esistente e disciplinata, appunto, dal decreto legislativo n. 58 (articoli 34 e 35), conferma che tale decreto legislativo non è la fonte per la istituzione del servizio di gestione delle partecipazioni bancarie, ma soltanto quella per “*la disciplina del servizio di gestione*”, disciplina peraltro parziale perché lo stesso d.m. n. 217 ne detta, come si è visto, una parte rilevante.

Pertanto, conformandosi allo spazio normativo non disciplinato dal precedente regolamento, nell’ambito della “disciplina del servizio di gestione” delle partecipazioni prevista dal comma 1 dell’articolo 8 del d.m. n. 217 il presente schema indica, in particolare, le “*caratteristiche*” cui “*devono rispondere*” le s.g.r. (articolo 8, comma 5, del d.m. n. 217) e va applicato anche

nel caso di scelta del socio quando la fondazione, o la società bancaria, affidi la partecipazione ad una s.g.r. di cui ha promosso la costituzione o di cui detenga una partecipazione superiore al 5% (articolo 8, comma 6, del d.m. n. 217).

Va, invece, rilevata l'utilità del ricorso alla procedura seguita per il regolamento in esame in ordine alla richiesta dei pareri della Banca d'Italia e della Consob *ex art.* 18 del decreto legislativo n. 58. L'intervento di queste due Autorità nell'*iter* formativo del regolamento in questione appare comunque necessario in relazione al tipo di servizio disciplinato. Difatti, pur non trattandosi di un "nuovo servizio" nel senso inteso dall'articolo 18 del decreto legislativo n. 58, il riferimento ad una figura – le s.g.r. – già disciplinata dal decreto legislativo n. 58 fa rientrare anche questo servizio nel più ampio sistema della intermediazione finanziaria e richiede, quindi, anche in questo caso il coinvolgimento delle due Autorità del settore, pur se non legittima, come si è detto, a fondare il potere di intervento regolamentare soltanto su tale normativa.

Infine, la Sezione ritiene necessario, per esigenze di chiarezza e per evitare che l'intero titolo del regolamento si limiti a rinviare ad altre normative, che il Ministero inserisca nel titolo dello schema un chiaro riferimento anche al contenuto "sostanziale" della materia (nel caso di specie, la disciplina della gestione delle partecipazioni di controllo delle fondazioni bancarie da parte delle s.g.r.), come peraltro già avvenuto per il d.m. n. 217, che reca espressamente la indicazione della "disciplina delle fondazioni bancarie".

La Sezione ritiene, quindi, che il riferimento al decreto legislativo n. 58 del 1998, operato in via esclusiva dal titolo e in via prioritaria dal preambolo dello schema in oggetto, vada integrato e posticipato, nel titolo e nel preambolo, sia con l'indicazione della normativa che fornisce l'effettivo fondamento al potere regolamentare ministeriale di intervenire sulla materia (il comma 14 dell'articolo 11 della legge n. 448) sia con il riferimento al contenuto sostanziale dello schema medesimo.

Tale diverso riferimento formale nel titolo e nel preambolo non è senza conseguenze anche in relazione alla effettiva **natura del regolamento ministeriale in oggetto**, che si viene quindi a configurare come un regolamento **di attuazione della legge n. 448** e non come un regolamento in qualche modo “indipendente”, privo di un riferimento legislativo cogente, come sarebbe stato nel caso dell’istituzione di un “servizio finanziario nuovo” ex art. 18 del decreto legislativo n. 58.

Di conseguenza, valgono anche per lo schema in oggetto le considerazioni relative all’ambito di operatività del regolamento attuativo già esposte nel parere n. 1354/02, in relazione a quello che è poi divenuto il d.m. n. 217 del 2002: “dalla combinazione della scelta del legislatore di muoversi nell’ambito dell’autonomia privata delle fondazioni con quella di operare con lo strumento del regolamento ministeriale attuativo, consegue che tale regolamento non possa prevedere limiti ulteriori alla suddetta autonomia privata che non trovino espresso fondamento (e conseguente limitazione) nella legge medesima. Per contro, l’autonomia di stampo privatistico delle fondazioni bancarie [e, in questo caso, anche delle s.g.r.] riacquisterà naturalmente la sua pienezza laddove cessino i vincoli della eteroregolamentazione derivante direttamente dalla legge”.

5 – All’**articolo 1, comma 1**, si rileva, sotto il **profilo formale**, la necessità di indicare per esteso il decreto legislativo n. 153 e il testo unico della intermediazione finanziaria. Tale indicazione avviene soltanto nel preambolo, mentre deve essere contenuta anche nel primo articolo utile.

Analogamente va modificato il riferimento al “t.u.b.” contenuto nel comma 2 dell’articolo 2 dello schema.

6 – L’**articolo 2, comma 1**, prevede che le s.g.r. “*possono svolgere il servizio di gestione delle partecipazioni bancarie in nome proprio, secondo le*

disposizioni del presente regolamento e dell'articolo 25, comma 1-bis, del d.lgs. n. 153".

La Sezione rileva innanzitutto come sia corretto il riferimento alla gestione "*in nome proprio*" da parte delle s.g.r.: tale dizione riproduce, infatti, quella utilizzata dalla legge al comma 1-bis dell'articolo 25, comma richiamato subito dopo dalla stessa disposizione.

Si ritiene, invece, che non risponda al testo della legge l'inserimento del verbo servile "*possono*" prima della parola "*svolgere*", laddove sempre il comma 1-bis prima richiamato non costruisce tale gestione come una facoltà, poiché l'unico elemento facoltativo è la scelta della fondazione bancaria di ricorrere o meno all'affidamento della partecipazione in alternativa alla sua dismissione. Di conseguenza, la legge utilizza direttamente l'indicativo presente: "*la partecipazione ... può essere affidata ad una s.g.r. che la gestisce in nome proprio*".

Per conformarsi al dettato legislativo, **le parole "*possono svolgere*" vanno, quindi, sostituite dalla parola "*svolgono*".**

Inoltre, sempre allo stesso comma, la Sezione ritiene meritevole di accoglimento l'osservazione della Banca d'Italia in ordine alla precisazione sulla incidenza degli effetti economici della gestione, non recepita nella versione finale: pertanto, è necessario **precisare espressamente, nel testo del comma, che "gli effetti economici della gestione ricadono, anche ai fini fiscali, sulla fondazione affidante"**.

7 – Passando ad esaminare l'**articolo 3, comma 1**, dello schema, la **prima parte** del comma, dopo aver ribadito che la s.g.r. gestisce la partecipazione bancaria in nome proprio, prevede che ciò avvenga "*intestando a sé le azioni*" (ancorché "*nell'interesse dell'affidante*").

La Sezione ritiene che la previsione relativa alla intestazione delle azioni in capo alle s.g.r. debba essere soppressa, per le motivazioni che di seguito si espongono.

La previsione dello schema non si concilia, innanzitutto, con la *ratio* della riforma dell'articolo 25 del decreto legislativo n. 153, volta a procrastinare nel tempo la dismissione delle partecipazioni bancarie con l'affidamento della loro gestione a soggetti autonomi dalle fondazioni e non, al contrario, a farle dismettere già al momento del loro affidamento.

In secondo luogo, il mutamento della intestazione delle partecipazioni non trova alcun fondamento normativo nel decreto legislativo n. 153 e neppure nell'articolo 8 del d.m. n. 217, che si limitano a parlare di “*affidamento*”, e non di “*trasferimento*” o di “*intestazione*” delle partecipazioni in capo alle s.g.r. . Come si è visto, la legge specifica che le s.g.r. gestiscono tali partecipazioni “*in nome proprio*”: non vi sarebbe stato motivo per introdurre tale indicazione ove la legge avesse voluto imporre direttamente il trasferimento della titolarità.

Tale trasferimento si porrebbe, anzi, in contrasto con il comma 1 dell'articolo 25 del decreto legislativo n. 153, in questa parte non modificato dalla legge n. 448, che espressamente afferma che le partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie “*possono continuare ad essere detenute ... ai fini della loro dismissione*”.

Un'ulteriore discrasia con il dettato legislativo si rinviene in relazione all'attribuzione dei poteri di vigilanza al Ministro dell'economia di cui al comma 13 dell'art. 11 della legge n. 448: essa presuppone ancora la detenzione, da parte delle fondazioni, della titolarità delle partecipazioni (ancorché gestite “*in nome proprio*” dalle s.g.r.), con conseguente assoggettamento delle fondazioni medesime, per il periodo transitorio, al regime degli enti creditizi e quindi alla vigilanza ministeriale (cfr. anche, per riferimenti, le sentenze della Corte Costituzionale 24 ottobre 2001, n. 341 e 342).

Coerente con la conservazione in capo alle fondazioni della titolarità formale delle partecipazioni di controllo bancario è, peraltro, anche l'attuale comma 5 dello stesso art. 3 dello schema, secondo cui *“la s.g.r. non può compiere atti di disposizione della partecipazione affidata senza il consenso dell'affidante”*.

Va infine rilevato che nello stesso senso si è espressa la Banca d'Italia, la quale rileva che *“l'intestazione delle azioni non rafforza il carattere di indipendenza della s.g.r., che trova fondamento nel divieto per l'affidante di interferire nell'attività di gestione”*.

8 – Sempre l'**articolo 3, comma 1** prevede, nella **seconda parte**, che la gestione da parte delle s.g.r. avvenga *“secondo criteri di professionalità e indipendenza, con lo scopo di assicurare la sana e prudente gestione, l'efficienza e la profittabilità della banca partecipata, in conformità dei livelli di rischio concordati con l'affidante”*.

I *“criteri di professionalità e indipendenza”* si rinvencono anche nel testo del comma 1-bis dell'articolo 25 del decreto legislativo n. 153. La *“sana e prudente gestione”* e *“l'efficienza e la profittabilità della banca partecipata”* appaiono criteri di massima sufficientemente ampi da non comportare una illegittima compressione dell'autonomia privata dei soggetti affidanti, nel cui interesse sono peraltro dettati.

Non trova, invece, fondamento nel dettato legislativo l'obbligo di concordare dei *“livelli di rischio”*. Tale determinazione, certamente ragionevole nei rapporti tra fondazione affidante e s.g.r. affidataria, va demandata alla autonoma scelta delle parti private, che potranno anche non concordare la fissazione precisa di livelli di rischio, ferme restando comunque le altre indicazioni sulla gestione introdotte dalla legge. A tal fine, **la Sezione ritiene che, dopo le parole “livelli di rischio” e prima delle parole “concordati con l'affidante”, debba inserirsi la parola “eventualmente”**.

9 – L'**articolo 3, comma 4**, afferma che la s.g.r. esercita i diritti relativi alla partecipazione bancaria, con *“divieto per l'affidante di fornire indicazioni, salvo che per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria della società bancaria conferitaria”*.

Il divieto per l'affidante di fornire indicazioni non trova riscontro nel dettato legislativo e, quindi, risolvendosi in una indebita incisione dell'autonomia privata delle fondazioni, va espunto dallo schema.

La legge, al più volte citato comma 1-*bis* dell'articolo 25, si limita a disporre che, in ogni caso, *“resta salva la possibilità per la fondazione di dare indicazioni per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria nei casi previsti dall'articolo 2365 del codice civile”*.

Ciò non implica, ad avviso della Sezione, il divieto per l'affidante di fornire indicazioni per la gestione. Siffatto divieto avrebbe dovuto essere previsto esplicitamente dalla legge, in quanto evidentemente limitativo dell'autonomia privata delle fondazioni. La legge, invece, si limita a *“far salva”* la possibilità di indicazioni per l'assemblea straordinaria.

In tale ottica, al suddetto riferimento legislativo va data una lettura diversa, l'unica compatibile con il regime privatistico della materia: quella di intervenire *“in positivo”* nei rapporti tra fondazioni e s.g.r., imponendo che in ogni caso, quale che sia l'ampiezza delle *“indicazioni”* che la fondazione potrà fornire nel rapporto scelto tra le parti nel rispetto degli altri limiti legislativi, tali indicazioni non possono essere limitate sino ad annullare del tutto la possibilità, per la fondazione, di dare indicazioni per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria nei casi previsti dall'articolo 2365 del codice civile.

Inoltre, il comma 1 dell'articolo 3 afferma chiaramente che la gestione avviene esclusivamente *“nell'interesse dell'affidante”*: appare evidente che l'affidante, pur senza interferire con la gestione concreta da parte delle s.g.r. (che deve rispettare i menzionati *“criteri di professionalità e indipendenza”*),

deve poter essere messo in condizione di fornire, a seconda delle circostanze, indicazioni di massima per il perseguimento del proprio interesse.

10 – Quanto all’**articolo 3, comma 8**, esso appare rispettoso della riforma dell’articolo 25 del decreto legislativo n. 153 laddove prevede un **principio generale di separatezza del servizio di gestione dagli altri servizi erogati dalle s.g.r.** .

La disposizione dello schema appare configurata in maniera da imporre il principio pur senza sconfinare in settori riservati all’autonomia privata: la possibilità (e non l’obbligo) di prevedere “*un organo separato per la gestione delle partecipazioni nelle società bancarie conferitarie*” appare suggerire la visibilità di tale separazione, ma correttamente non incide sulla potestà auto-organizzativa di soggetti privati quali le s.g.r. . L’importante è ribadire in sede attuativa, come fa lo schema in esame, il perseguimento della *ratio* della legge: la separatezza del “*servizio di gestione*” delle partecipazioni bancarie di una fondazione sia rispetto ad altri servizi resi dalla stessa s.g.r. che rispetto alla eventuale gestione “*di partecipazioni riferite a banche appartenenti a diversi gruppi bancari*”.

11 – Gli **articoli 4 e 5 dello schema** recano **disposizioni in ordine alla partecipazione al capitale della s.g.r. e ai suoi amministratori**, disponendo da un lato limiti al controllo e alla detenzione di partecipazioni al capitale della s.g.r. e dall’altro obblighi di indipendenza per gli amministratori della società di gestione.

A livello legislativo, un regime di incompatibilità soggettiva è previsto nell’articolo 4, comma 3, del decreto n. 153, con la specificazione introdotta dalla ricordata legge n. 289 del 2002 (legge finanziaria per il 2003) e l’eccezione del limitato rilievo economico. La applicazione (ad opera dell’articolo 5 dello schema) di tale regime, che riguarda le fondazioni e le società bancarie

conferitarie, anche alle s.g.r. appare completare la disciplina legislativa, attuando concretamente il principio di professionalità e di indipendenza che deve ispirare l'azione delle s.g.r. ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 25 del decreto legislativo n. 153. Ovviamente, varranno implicitamente anche in questo caso le specificazioni e limitazioni al regime di incompatibilità che la legge già prevede al menzionato articolo 4, comma 3, nel rapporto tra fondazioni e società bancarie conferitarie.

Le considerazioni svolte in ordine alla disciplina delle incompatibilità valgono anche per quella delle partecipazioni di cui all'articolo 4 dello schema, che svolge anch'esso una funzione attuativa del principio di professionalità e di indipendenza stabilito dalla legge.

Gli articoli 4 e 5 dello schema in oggetto vanno, poi, coordinati con le disposizioni di pari rango contenute nell'articolo 8 del d.m. n. 217, e in particolare con i suoi commi 5 e 6.

Il comma 5 dell'articolo 8 del d.m. n. 217 fa espresso rinvio alla definizione delle “*caratteristiche*” cui “*devono rispondere*” le s.g.r. che vanno, quindi, rinvenute proprio negli articoli 4 e 5 del presente schema, per colmare lo spazio normativo non disciplinato dal precedente regolamento.

Il riferimento contenuto nel comma 6 dell'articolo 8, infine, appare utile ad integrare la disciplina della partecipazione al capitale della s.g.r. da parte delle fondazioni bancarie di cui all'articolo 4 dello schema e a chiarire che, nel caso in cui la fondazione, o la società bancaria, affidi la partecipazione ad una s.g.r. di cui ha promosso la costituzione o di cui detiene una partecipazione superiore al 5%, vi è l'obbligo di esperire una procedura competitiva per la scelta di uno o più soci “*che assicurino il rispetto di quanto previsto dal presente articolo e dal regolamento di cui al comma 1*”.

12 – Lo schema in oggetto non contiene **nome finali e transitorie**.

La Sezione ritiene, in relazione al tempo trascorso per la elaborazione dello schema in oggetto ed alle modifiche nelle more intervenute nell'ordinamento, di **suggerire al Ministero di valutare l'opportunità di inserire una norma finale per rivedere – nel rispetto del termine per la dismissione del 15 giugno 2003 (fissato con legge) – il termine del 31 marzo 2003 per “la decisione di affidare la partecipazione alla s.g.r.”**, non stabilito dalla legge ma soltanto dall'articolo 8, comma 2, del d.m. 217 e quindi da un regolamento ministeriale di pari rango normativo rispetto a quello in oggetto. Una siffatta previsione potrebbe risultare, ad avviso della Sezione, utile per assicurare l'effettivo rispetto del termine in questione, avendo presenti i tempi tecnici necessari per la adozione, la pubblicazione e la entrata in vigore del regolamento.

In secondo luogo, come si è già detto al punto 2, il Ministero dovrà **considerare l'opportunità di coordinare l'intervento regolamentare in oggetto con la generale riforma del diritto societario di cui ai decreti legislativi nn. 5 e 6 del 2003, che entrerà in vigore dal 1° gennaio 2004, eventualmente prevedendo nello schema in esame una norma transitoria *ad hoc*.**

13 – Alla stregua delle esposte considerazioni, il Consiglio di Stato esprime il proprio parere favorevole sullo schema in oggetto con le osservazioni che precedono.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere del Consiglio di Stato.

Per estratto dal verbale
IL SEGRETARIO DELLA SEZIONE
(Licia Grassucci)

Visto
IL PRESIDENTE DELLA SEZIONE
(Pasquale de Lise)