



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**FONDAZIONI BANCARIE: ORIGINE, EVOLUZIONE E IL LORO
INTERVENTO NELLA CASSA DEPOSITI E PRESTITI**

Il Candidato:
Giulia Corsetti

Il Relatore:
Prof.ssa Elisabetta Bani

Anno Accademico 2012/2013

INDICE

INTRODUZIONE	I
---------------------	---

CAPITOLO 1

CASSE DI RISPARMIO E FONDAZIONI BANCARIE: ORIGINI ED EVOLUZIONI NORMATIVE

1. Origini e contesto storico	1
1.1. <i>Le origini</i>	1
1.2. <i>Le Casse di Risparmio come enti pubblici</i>	4
2. Il processo di riforma degli anni '80	7
2.1. <i>La Legge Amato: una prima fase di privatizzazione del settore bancario</i>	9
2.2. <i>La Direttiva Dini</i>	13
2.3. <i>La Legge Ciampi: una seconda fase di privatizzazione del settore bancario</i>	14
2.4. <i>La riforma Tremonti</i>	17
3. Il ruolo delle fondazioni di origine bancaria secondo la corte costituzionale	22
3.1. <i>Le sentenze nn. 300 e 301 della Corte Costituzionale</i>	24
3.2. <i>La sentenza n. 438/2007 della Corte Costituzionale</i>	33
4. La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria	36
5. Rassegna cronologica delle principali disposizioni normative	51
6. La detenzione e la gestione di azioni e partecipazioni da parte delle fondazioni di origine bancaria	59
6.1. <i>Il ruolo delle fondazioni bancarie all'interno della Cassa Depositi e Prestiti</i>	71

CAPITOLO 2

LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI: DA UFFICIO MINISTERIALE A SOCIETA' PER AZIONI

1. Storia ed evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti	75
1.1. <i>Introduzione</i>	75
1.2. <i>Le origini</i>	76
1.3. <i>L'istituzione delle Casse di Risparmio Postali</i>	79
1.4. <i>L'evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti fino agli anni '80 del secolo XX</i>	81
1.4.1. <i>... Un processo in continua evoluzione</i>	85
2. La Legge 24 Novembre 2003 n. 326	89
3. Natura giuridica e identità attuale della Cassa Depositi e Prestiti	97
3.1. <i>La natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti</i>	97
3.2. <i>Funzioni e organizzazione della società</i>	111
4. Cassa Depositi e Prestiti: una società per azioni di diritto Speciale	120
5. La Cassa Depositi e Prestiti è diventata una nuova IRI?	128

CAPITOLO 3

CASSA DEPOSITI E PRESTITI E FONDAZIONI BANCARIE NEL FINANZIAMENTO ALLE INFRASTRUTTURE: ANALISI PRATICHE

1. Le infrastrutture	142
1.1 <i>Riassetto della cospicua e frastagliata disciplina del sistema infrastrutturale</i>	142
1.2 <i>Il federalismo infrastrutturale</i>	160
2. Le infrastrutture come bene comune	176
3. I soggetti pubblici e privati per finanziare le infrastrutture	179
3.1 <i>Il ruolo delle Fondazioni Bancarie</i>	187
3.2 <i>Il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti</i>	190
4. Gli strumenti della Cassa Depositi e Prestiti per finanziare le infrastrutture	194
4.1 <i>I fondi comuni di investimento</i>	195
4.1.1 <i>I fondi equity strutturali</i>	203
4.2 <i>Il Project Financing</i>	217
4.3 <i>Il Project Bond all'interno delle infrastrutture</i>	226

5. Gli strumenti delle Fondazioni Bancarie per finanziare le infrastrutture	230
CONCLUSIONI	236
BIBLIOGRAFIA	I

INTRODUZIONE

Questo elaborato, nato dal corso di Diritto Bancario, in particolare dalle lezioni sulle Fondazioni Bancarie, svolte dalla Dott.ssa Vanessa Manzetti, ha l'obiettivo di analizzare il ruolo che le Fondazioni di origine Bancaria e la Cassa Depositi e Prestiti rivestono all'interno del nostro ordinamento, soprattutto facendo riferimento alla loro attività, a seguito del processo di privatizzazione, nel settore delle infrastrutture.

La privatizzazione del settore bancario pubblico è il risultato di un lungo processo di riforma avviato nel 1990 dalla legge n. 218 del 30 luglio, (Legge Amato), che si sarebbe concluso, dopo un cammino denso di interventi del legislatore, solo dopo otto anni, con la definitiva trasformazione delle Fondazioni di origine Bancaria in soggetti di diritto privato.

Dopo aver analizzato il processo evolutivo delle Fondazioni, partendo dalle Casse di Risparmio, passando alla riforma degli anni '80 - '90, fino ad arrivare alla c.d. riforma Tremonti (Legge n. 448/2001), il primo capitolo evidenzia il problema relativo alla natura pubblica o privata delle Fondazioni stesse attraverso le sentenze della Corte Costituzionali nn. 300 e 301 del 2003 e la n. 438 del 2007, con le quali è stato riconosciuto loro il requisito di persone giuridiche private dotate di piena autonomia statutaria e gestionale. Tuttavia si deve evidenziare come la definizione fornita dalla Corte Costituzionale, abbia trovato qualche resistenza da parte della dottrina, tanto che, già prima del D.lgs. 17 Maggio 1999 n. 153 era stata messa in dubbio la correttezza della qualificazione legislativa delle Fondazioni bancarie come enti pubblici. Attraverso le numerose sentenze pronunciate in questi anni, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla natura giuridica delle Fondazioni, facendole ricondurre in un primo momento all'interno della

categoria degli enti pubblici (seppur qualificate come soggetti privati dalla Corte Costituzionale) e successivamente considerandole come organismi di diritto pubblico, tuttavia senza trovare una soluzione valida al problema.

In secondo luogo è stato analizzato il ruolo delle Fondazioni di origine Bancaria all'interno della Cassa Depositi e Prestiti, in quanto azioniste del 18,4 per cento del pacchetto azionario di quest'ultima. In particolare si evidenziano le ultime disposizioni ed avvenimenti che hanno caratterizzato la conversione delle azioni delle Fondazioni, a seguito della procedura di privatizzazione della Cassa Depositi e Prestiti avvenuta con la Legge 326/2003.

Il secondo capitolo, dedicato alla Cassa Depositi e Prestiti, dopo aver esposto in maniera puntuale la sua evoluzione storica, analizza la Legge di privatizzazione e quindi i problemi legati alla sua natura giuridica, attraverso le varie sentenze che si sono succedute negli anni sia sulla definizione in generale dell'organismo di diritto pubblico, sia sull'attribuzione delle caratteristiche di tale istituto alla Cassa. La Cassa Depositi e Prestiti viene considerata come una società per azioni di diritto singolare coattiva a partecipazione parzialmente necessaria, partecipando attivamente nell'economia del Paese attraverso la detenzione di azioni di società operanti in vari settori di rilevante importanza.

Tuttavia, dall'analisi dei due istituti, emerge un forte somiglianza, caratterizzata proprio dalla loro natura giuridica singolare, al punto che buona parte della dottrina li ha definiti come soggetti di diritto speciale, in quanto rientranti nell'apparato privatistico ma operanti nell'attività pubblica a sostegno della collettività.

Il terzo capitolo, analizza il ruolo attivo delle Fondazioni di origine Bancaria e della Cassa Depositi e Prestiti nel settore delle infrastrutture. Dopo aver analizzato in maniera specifica e dettagliata la normativa, il capitolo approfondisce l'intervento dei due istituti nel settore, attraverso le varie forme di finanziamento.

In primo luogo, vengono approfonditi gli strumenti utilizzati dalla Cassa Depositi e Prestiti, quindi i fondi comuni di investimento, in particolare

i fondi equity strutturali sponsorizzati dalla Cassa stessa (Fondo F2i, Fondo PPP, Sinloc, focalizzati sul mercato domestico e Fondo Marguerite, Fondo Inframed e European Energy Efficiency Fund, focalizzati sui mercati esteri), l'istituto del Project Financing e il Project Bond.

In secondo luogo vengono approfonditi gli strumenti che permettono alle Fondazioni Bancarie di operare all'interno delle infrastrutture, sia attraverso la Cassa Depositi e Prestiti, in quanto azioniste di minoranza (si pensi al Fondo di Investimento F2i), sia singolarmente, gestendo in maniera del tutto autonoma altri Fondi che intervengono nel settore delle infrastrutture e dell'Housing sociale. Tra i progetti più ricorrenti in questo ambito, vi sono quelli finalizzati al rafforzamento del sistema produttivo locale (sostegno a centri polifunzionali, *start-up* di nuove imprese, innovazione tecnologica), gli interventi di riqualificazione urbana e le iniziative volte alla promozione dei prodotti tipici e della cultura locale. Le Fondazioni effettuano interventi di finanziamento nel settore dell'Edilizia popolare locale con interventi finalizzati all'incremento o al recupero del patrimonio abitativo destinato alle fasce sociali che non hanno accesso alle forme di edilizia pubblica.

Possiamo quindi notare un'ingerenza nel settore pubblico da parte di entrambi i soggetti che si andranno ad analizzare in questa sede. Sia la Cassa Depositi e Prestiti che le Fondazioni di origine Bancaria, svolgono parte della loro attività, in collaborazione con le istituzioni locali, per raggiungere l'obiettivo di efficienza gestionale ed economica. Attraverso lo sviluppo ed il consolidamento di collaborazioni con le realtà economico - sociali, pubbliche, non profit o di mercato del territorio, si mette in funzione un sistema di rete che possa promuovere l'attivazione e la moltiplicazione di sinergie e risorse economiche, garantendo azioni stabili nel tempo.

Quindi, accanto ad un'attività di cura dei propri interessi, se ne enuclea un'altra riferibile allo stesso soggetto ma rivolta alla cura di un interesse alieno, che può essere tanto privato quanto pubblico.¹ Nel caso in

¹ Occorre distinguere l'interesse all'istituzione dell'ufficio (in senso soggettivo o *munus*), dall'interesse che questo cura; il primo è in ogni caso pubblico, il secondo può

cui l'interesse sia pubblico, si viene a creare quello che M. S. Giannini chiama "*munus publicum*", cioè la cura di interessi pubblici e perciò alieni da parte di un soggetto privato².

esserlo o meno. L'attività del munus è sempre una funzione; l'interesse che egli cura è canonizzato perché ha un centro di riferimento prefissato. Cfr. S. Valentini, *Precisazioni sul munus publicum*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, 1988, vol. III, cit. p. 969.

² M. S. Giannini ritiene che «nel munus si ha [...] un fatto di astrazione giuridica avente la struttura logica di un'ipotesi: un soggetto giuridico per una parte del suo agire giuridico, cura interessi alieni e per questo acquista una qualità di figura soggettiva che si aggiunge senza cumularsi a quella di soggetto; per tale suo agire diviene titolare di distinte situazioni soggettive quali potestà, diritti e doveri tutte funzionalizzate di distinte responsabilità ed è assoggettato a distinte sanzioni; il munus è l'attribuzione del carattere di figura soggettiva ad una funzione assegnata ad un soggetto in quanto cura interessi alieni». Cfr. M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, 1950, Milano, cit. p. 124 - 125.

CAPITOLO PRIMO

CASSE DI RISPARMIO E FONDAZIONI BANCARIE: ORIGINI ED EVOLUZIONI NORMATIVE

SOMMARIO: 1. Origini e contesto storico. - 1.1. Le origini. - 1.2. Le casse di risparmio come enti pubblici. - 2. Il processo di riforma degli anni '80. - 2.1. La Legge Amato: una prima fase di privatizzazione del settore bancario. - 2.2. La Direttiva Dini. - 2.3. La Legge Ciampi: una seconda fase di privatizzazione del settore bancario. - 2.4. La riforma Tremonti. - 3. Il ruolo delle Fondazioni di origine bancaria secondo la Corte Costituzionale. - 3.1. Le sentenze nn. 300 e 301 della Corte Costituzionale. - 3.2. La sentenza n. 438/2007 della Corte Costituzionale. - 4. La natura giuridica delle Fondazioni di origine bancaria. - 5. Rassegna cronologica delle principali disposizioni normative intervenute dal 2003 in tema di Fondazioni di origine bancaria. - 6. La detenzione e la gestione di azioni e partecipazioni da parte delle fondazioni di origine bancaria. - 6.1. Il ruolo delle fondazioni bancarie all'interno della cassa depositi e prestiti.

1 - ORIGINI E CONTESTO STORICO

1.1 Le origini

Le attuali ottantanove Fondazioni bancarie, soggetti non profit, privati e autonomi, hanno origine dalle antiche Casse di Risparmio, nate nell'Europa Centrale e affermatesi in Italia nei primi anni del XIX secolo, nel momento in cui divenne fondamentale sostenere lo sviluppo produttivo dei ceti medio - bassi dopo le disastrose guerre napoleoniche e raccogliere flussi di liquidità derivanti dalla nascente Rivoluzione Industriale.

L'origine e l'evoluzione stessa delle Fondazioni bancarie va di pari passo con quella delle Casse di Risparmio che si svilupparono in tutta Europa per iniziativa della società civile, attraverso associazioni di cittadini privati,

religiosi e pie istituzioni. Le prime Casse di Risparmio sorsero nei Paesi tedeschi per iniziativa di soggetti desiderosi di sviluppare lo spirito di previdenza delle classi lavoratrici¹ e avevano lo scopo di raccogliere i risparmi che i cittadini avevano guadagnato (duramente) con il proprio lavoro.

In Italia le prime Fondazioni bancarie nascono molto prima dell'Unità nazionale, a partire dalla prima metà dell'Ottocento², a seguito della scomparsa delle istituzioni intermedie tra Stato e cittadini³. Infatti le Casse assumevano inizialmente più il carattere di Opera Pia che non quello di istituto bancario, intersecando tra loro la finalità di promozione del risparmio, con l'obiettivo di destinare parte dei proventi all'investimento dei capitali e ad opere di beneficenza.

L'attività delle Casse di Risparmio era diversa sia dall'attività bancaria sia da quella di assistenza e beneficenza, in quanto erano istituti nei quali convivevano due anime, entrambe in totale autonomia, responsabilità e sussidiarietà : a) una espressione dell'esercizio del credito; b) l'altra indirizzata ad interventi di utilità sociale nei confronti delle comunità di riferimento.

Occorre sottolineare che le Casse di Risparmio possono avere una duplice origine: istituzionale o associativa, che si diversificano per il fatto che le une sono state fondate da enti morali o su iniziativa statale⁴, mentre le altre sono il risultato dell'iniziativa di privati cittadini associatisi tra loro⁵.

¹ È ancora dibattuto se la prima Cassa di Risparmio nata in Europa sia stata la *Sparkasse der Geselleschaft Zur Beforderung der Hunste und nützlichen Gewerbe*, fondata ad Amburgo nel 1778, o la *Herzögliches Leihhaus*, nata nel 1765 nel Ducato di Brunswick.

² In realtà non è possibile rintracciare un periodo esatto, visto che alcuni di questi enti erano nati molto prima (ne è un esempio il Monte dei Paschi di Siena la cui costituzione risale al Quattrocento).

³ Si pensi alle corporazioni, che rappresentavano forme di sostegno e sicurezza per gli strati sociali più deboli.

⁴ Le c.d. "Casse di Risparmio Fondazioni". Esse erano caratterizzate dal fatto che l'iniziativa e la costituzione partivano direttamente da entità pubbliche o da altre istituzioni che conferivano un fondo di dotazione e nominavano un consiglio o un comitato d'amministrazione. Essere erano inoltre prive dell'organo assembleare.

⁵ Le c.d. "Casse di Risparmio Associazioni". Esse erano caratterizzate, dalla presenza di un organo assembleare e dalla iniziativa assunta da benemeriti cittadini che versavano la propria quota di partecipazione per fondare la cassa e partecipavano attivamente alla sua vita nella veste di soci riuniti in assemblea.

In Italia quindi la situazione fu caratterizzata da una struttura articolata e differenziata a seconda del contesto culturale e territoriale. L'esperienza francese (caratterizzata da Casse di Risparmio strutturate come società anonime) fu il modello a cui si ispirarono le Casse toscane e pontificie, all'interno delle quali assunse un ruolo centrale l'apporto di capitali da parte di privati cittadini. Nell'Italia settentrionale, le Casse di Risparmio verranno alla luce su input delle autorità governative. Per quanto concerne invece il Mezzogiorno, le prime Casse di Risparmio nasceranno solo dopo l'unificazione del 1860, dal momento che prima dell'Unità d'Italia (ad eccezione della Cassa Melfi, nata come Cassa agraria nel 1856 con lo scopo di anticipare agli agricoltori più poveri le sementi necessarie e, nel 1898 messa in liquidazione), il Regno delle Due Sicilie era privo di istituzioni. Quella delle Casse di Risparmio, nel Mezzogiorno, resterà una forma di istituto sconosciuta, in un ambiente in cui la presenza dello Stato giocherà un ruolo più accentuato che altrove, ed è proprio da questa diversità di impulsi originari che deriva l'odierna assenza delle Fondazioni Bancarie nel Sud d'Italia⁶. Per arginare questo problema nel 2008 è stata istituita la Fondazione per il Mezzogiorno⁷ creata dalle Fondazioni Bancarie italiane del Centro Nord per cercare di finanziare progetti nel Sud Italia. La distinzione tra Casse di Risparmio Fondazioni - Associazioni finirà per avere scarso rilievo, come si Legge infatti, nella memoria della Banca d'Italia del 1988⁸.

⁶ Per una disamina più approfondita della nascita e dello sviluppo delle Casse di Risparmio nel territorio italiano: ACRI, *Primo rapporto sulle Fondazioni bancarie (1996)*, Roma.

⁷ La Fondazione per il Sud è nata ufficialmente nel novembre del 2006 frutto di un protocollo di intesa, siglato nel corso del 2005 da ACRI - Associazione delle Casse di Risparmio Italiane e delle Fondazioni di origine Bancaria - e dal Forum permanente del Terzo settore. Ad essi si aggiungono la Compagnia di San Paolo, la Consulta Nazionale Permanente del Volontariato, la Conferenza Permanente Presidenti Associazioni e federazioni Nazionali di Volontariato, il CSV.net - Coordinamento Nazionale dei Centri di Servizio per il Volontariato, e la Consulta Nazionale dei Comitati di Gestione- Co.Ge. Per un maggior approfondimento: S. Bolchi, *Sussidiarietà e Fondazione per il Sud: un'innovazione socio - economica*, Milano, 2008, p. 21 ss.

⁸ Anche le Casse di Risparmio che hanno dei soci e un'assemblea possono farsi rientrare tra gli enti a base istituzionale perché in realtà i soci non sono dei partecipanti e l'assemblea non è un organo formato da portatori di propri interessi. Oggi la differenza principale tra le due Casse di Risparmio consiste esclusivamente nel fatto che le associative conservano tutt'ora l'assemblea dei soci.

Tale ripartizione viene ritenuta inopportuna anche dalla dottrina⁹, in quanto si ritiene che in entrambi i casi prevalga l'elemento istituzionale (ossia la presenza di un fondo di dotazione a composizione non associativa). Quindi il termine "Fondazione", utilizzato in molti statuti, ha valore solo analogico, in quanto viene usato per fare riferimento ad un patrimonio destinato ad un fine regolamentato dal codice civile nella forma della fondazione¹⁰.

1.2 Le Casse di Risparmio come enti pubblici

Sotto il profilo operativo, le Casse di Risparmio, nonostante mantenessero in vita le loro attività filantropiche e sociali, verso la fine del secolo scorso, avevano acquisito tra le loro attività alcune funzioni bancarie arrivando fino a comprendere tutte quelle attività e operazioni che venivano compiute nell'interesse dell'economia locale e della finanza pubblica.

Tuttavia, la qualificazione giuridica delle Casse di Risparmio non è mai stata definita dal legislatore e, per questo motivo, ha subito andamenti altalenanti e contraddittori, in relazione all'attenzione posta in essere dal legislatore stesso verso alcune caratteristiche, o verso altre. Lo stesso si può affermare per quanto concerne la vigilanza sulle stesse, dapprima sottoposte al controllo del Ministero dell'Interno, nel 1860, come le opere pie pubbliche, poi sottoposte alla vigilanza del Ministero dell'Agricoltura, industria e commercio. Inoltre fino al 1888, dottrina e giurisprudenza trovavano non pochi problemi nel ricondurle nell'ambito delle società commerciali, dei corpi morali e delle opere pie.

Solo verso la fine dell'Ottocento, con la Legge Crispi¹¹, le Casse videro la nascita di una loro prima disciplina giuridica organica: si stabilì che ad esse venisse attribuita la qualifica di "Istituto" con lo scopo di raccogliere depositi a titolo di risparmio.

⁹ Cfr. S. Cassese, *La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti*, in ACRI, *La Legge 30 Luglio 1999, n. 218*, Roma, 1991, 35.

¹⁰ Cfr. F. Merusi, *Sulla natura giuridica dei c.d. enti fondazione*, in Dir. Amm., 1993, 491 ss.

¹¹ Legge 15 Luglio 1888 n. 5546 sul "Riordinamento delle Casse di Risparmio".

Si ha così un notevole avvicinamento delle Casse di Risparmio agli enti pubblici¹², nonostante la Legge si pronunciasse esplicitamente sulla natura giuridica di tali enti, nonché il definitivo “divorzio” tra queste e le Opere Pie. Infatti la finalità principale perseguita dal legislatore era quella di sottrarre l’attività delle Casse dall’influenza diretta dei fondatori e dagli interessi privati. In una tale ottica si orientarono le norme che attribuirono carattere personale e intransmissibile allo status di socio (al quale era fatto anche divieto di partecipare agli utili) per le casse a struttura associativa, ed infine, il divieto di costituire o mantenere Casse di Risparmio in forma societaria¹³.

Un altro obiettivo riguardava lo sviluppo dell’attività bancaria, la quale era diventata ormai prevalente rispetto all’attività svolta dalle Opere Pie e occorreva pertanto accrescere la solidità degli istituti in modo da porli in condizione di far fronte ai rischi correlati ad una gestione più dinamica, tenuto conto dell’ampia operatività delle Casse, consentendo la raccolta del risparmio anche attraverso l’utilizzo di depositi in conto corrente, senza limite di importo¹⁴.

In realtà la Legge Crispi, se da un lato riuscì ad adottare una disciplina unitaria ed organica delle Casse di Risparmio, non consentì, di risolvere la problematica relativa all’esatta natura pubblica o privata da attribuire a tali enti. Se, infatti, da un lato, tutte le Casse erano nate principalmente per svolgere fini mutualistici, era evidente come, sotto il profilo operativo, esse svolgessero l’attività di una qualsiasi altra banca. La concomitanza di una “duplice anima” (finalità sociali e finalità economiche) rendeva complicata la

¹² Un ente pubblico, nell’ordinamento giuridico italiano, è una persona giuridica creata secondo norme di diritto pubblico, attraverso la quale la pubblica amministrazione svolge la sua funzione amministrativa. Gli enti pubblici si contrappongono, quindi, alle persone giuridiche create secondo norme di diritto privato, le quali, se sono per lo più destinate a perseguire interessi di carattere privato, possono tuttavia svolgere anch’esse funzioni amministrative. Gli enti pubblici devono svolgere una funzione di pubblico interesse. Cfr. P. Monti, *La Pubblica Amministrazione, in Il diritto...e il rovescio*, Bologna, Marzo 2004, cit. p. 50; P. Monti, *Caratteri generali del diritto, in Il diritto...e il rovescio*, Bologna, Marzo 2004, cit. p.20.

¹³ F. Corsico e P. Messa, *Da Frankenstein a principe azzurro: le fondazioni bancarie tra passato e futuro*, p. 21.

¹⁴ La Legge riservò particolare attenzione alla consistenza patrimoniale degli enti, imponendo la presenza di un fondo di dotazione minimo nella fase iniziale e obbligando di devolvere i 9/10 degli utili a favore della c.d. “massa di rispetto”, fino a che il patrimonio non avesse raggiunto il valore di 1/10 dei depositi.

definizione della natura giuridica delle Casse, al punto che i riferimenti qualificatori continuarono ad individuarsi nel Codice Civile del 1865 e nella legislazione speciale, che definiva formalmente le Casse come “*enti morali*” e le assimilava agli enti pubblici in ragione della funzione creditizia svolta. Venivano quindi definite come un “*tertium genus*”, una figura mista, tra gli istituti di beneficenza e quelli di credito ordinario, in maniera da cercare di conciliare le finalità filantropiche perseguite e la natura commerciale – privata dell’attività svolta.

Nei decenni successivi le Casse si accostarono sempre di più alla struttura delle imprese bancarie e ciò fece emergere la necessità di ulteriori interventi legislativi che abbracciassero più in generale il credito. Alle Casse furono imposti, in particolare, alcuni obblighi in considerazione della loro sempre più prevalente funzione creditizia: 1) obbligo di iscrizione all’albo istituito presso il Ministero delle Finanze; 2) divieto di dare inizio alle operazioni; 3) divieto di aprire filiali e sedi; 4) divieto di operare fusioni senza la preventiva autorizzazione ministeriale; 5) obbligo di comunicare i bilanci all’istituto di emissione.

Possiamo dunque affermare che già prima della Legge bancaria del 1936 le Casse di Risparmio furono inserite nell’ambito degli istituti di credito, anche se con le dovute peculiarità.

Un notevole passo avanti nella qualificazione giuridica fu conseguito con la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile del 10 Maggio 1930, che ne riconobbe la natura pubblica e una totale autonomia rispetto alla pubblica amministrazione. Ma è con la Legge bancaria del 1936¹⁵ che si perviene in particolare alla equiparazione formale di questi

¹⁵ La Legge bancaria del 1936, rimase in vigore per circa sessant’anni, fino al 1° gennaio 1994. Tale Legge portò una ventata di rinnovamento nel sistema creditizio italiano in quanto trasformò in istituti di diritto pubblico molti istituti bancari che svolgevano la loro attività sotto forma di fondazioni: Istituto Bancario San Paolo di Torino, il Monte dei Paschi di Siena e i tre banchi meridionali: Banco di Napoli, Banco di Sicilia e Banco di Sardegna. Venne istituito il CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) e si attuò un sistema di riordino dell’attività bancaria: la raccolta del risparmio fra il pubblico e la gestione del credito era una funzione di interesse pubblico e le Casse di Risparmio vennero classificate come “enti che operano nel settore del credito”. Ma la novità più importante apportata dalla normativa fu la distinzione delle banche fra quelle che raccoglievano il risparmio ed esercitavano il credito a breve termine (c.d Aziende di Credito) e quelle che

istituti con le banche ordinarie e viene definito di interesse pubblico l'esercizio dell'attività bancaria, includendo quindi le Casse di Risparmio, insieme agli istituti di credito di diritto pubblico e ai Monti di Credito su Pegno, tra i soggetti pubblici e assoggettandoli ad un pressante controllo statale. L'evoluzione delle Casse di Risparmio culmina alla fine degli anni '40, con la definitiva loro inclusione all'interno dell'ordinamento bancario.

2 - IL PROCESSO DI RIFORMA DEGLI ANNI '80

Negli anni '80, il processo di liberalizzazione intrapreso nell'ambito della Comunità Economica Europea (che portò all'abolizione del monopolio nell'intermediazione finanziaria), condusse a considerare il nostro sistema economico, inadatto e si maturò la convinzione di un necessario ripensamento al fine di adeguarsi ai capi saldi della Comunità Europea, convinta della necessità di attuare una forte liberalizzazione e privatizzazione dell'economia, contraria ad ogni forma di "aiuti di Stato" e volta a privilegiare un regime di piena concorrenza tra le imprese. L'Italia doveva quindi aprirsi necessariamente non solo al contesto europeo, ma anche mondiale, dando l'opportunità ai soggetti privati di poter liberamente operare nel mercato. In quegli anni, quindi, presero avvio, sotto impulso della Banca d'Italia, dei processi di riforma idonei a consentire un allineamento tra le Casse di Risparmio e il mercato bancario, dal momento che la presenza di Banche pubbliche non era ritenuta confacente con il sistema di concorrenza stabilito dalla Comunità Europea.

Due erano le cause che rendevano l'ente pubblico economico (con veste pubblicistica) inadeguato e non adatto a fronteggiare una ventata di rinnovamento europeistico di questa portata: a) vi era una forte sottocapitalizzazione delle banche pubbliche rispetto ai concorrenti; b) vi era la presenza di forti ostacoli posti in essere dalla Legge bancaria alle ormai

raccoglievano il risparmio ed erogavano finanziamenti a medio e lungo termine (c.d. Istituti di credito speciale). Per una compiuta analisi di questi profili cfr. A. Antonucci, *Diritto delle Banche*, pp. 7 ss.

indispensabili operazioni di aggregazione che avrebbero potuto consentire un consolidamento del sistema¹⁶.

L'impulso decisivo a trasformare le banche pubbliche in società per azioni di diritto privato¹⁷, risale al 1988 con il *Secondo Libro Bianco* della Banca d'Italia, il quale proponeva una vera e propria rivoluzione interna al settore creditizio da un "sistema amministrato" (fondato sulla Legge bancaria del 1936), ad un "contesto di mercato". La Banca d'Italia sosteneva che l'adozione del modello della Società per Azioni avrebbe assicurato alle imprese bancarie una posizione istituzionale più favorevole, consentendo loro di operare in maniera più efficiente in un contesto caratterizzato da una sempre più forte concorrenzialità. L'introduzione sul mercato di nuovi prodotti finanziari che attraevano risparmio e la nascita di intermediari che offrivano ai risparmiatori forme di investimento concorrenziali con quelle offerte dalle banche (la c.d. intermediazione parabancaria), indussero queste ultime a offrire a loro volta una gamma più vasta di prodotti e ad agire secondo una logica di impresa, ponendosi in concorrenza sia con gli altri operatori del sistema bancario sia con i nuovi intermediari finanziari.

Iniziò così l'opera di riforma con lo scopo di risollevarlo il sistema creditizio italiano dalla fase di crisi in cui era entrato alla fine degli anni '80; crisi dovuta dalla perdita della posizione di monopolio sul settore dell'intermediazione, dalla fine dell'intervento dello Stato nel Mezzogiorno e dalla nuova definizione a livello europeo delle aree depresse¹⁸.

¹⁶ La Legge bancaria vietava infatti le fusioni per gli istituti di credito di diritto pubblico, mentre richiedeva un procedimento autorizzativo per le fusioni tra le Casse.

¹⁷ Furono stabilite due trasformazioni: quella diretta per gli enti pubblici a base corporativa, e lo scorporo dell'azienda bancaria con il conferimento a S.p.A. per gli enti a struttura istituzionale, in cui vi erano portatori di interessi istituzionali a cui attribuire la titolarità del capitale sociale. F. Corsico e P. Messa, *Da Frankenstein a principe azzurro: le fondazioni bancarie tra passato e futuro*, cit., p. 27.

¹⁸ Cfr. F. Belli, F. Mazzini, *Le fondazioni Bancarie*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale*.

2.1 La Legge Amato: una prima fase di privatizzazione del settore bancario

Dopo non poche incertezze venne varata la *Legge Amato*¹⁹ (e i relativi decreti attuativi²⁰), con la quale si aprì la prima fase di privatizzazione del settore bancario, chiamata “*privatizzazione fredda o formale*”.

La Legge Amato e il D.lgs. n. 356/1990 portarono ad una radicale ristrutturazione e innovazione del sistema bancario pubblico in nome della privatizzazione – liberalizzazione, convertendo il modello organizzativo in S.p.A.; innovazione che invece non si poteva considerare dal punto di vista sostanziale, ossia per quanto riguarda l’assetto proprietario, dal momento che l’art. 14 del D.lgs. 356/1990 disponeva la doverosità della permanenza del controllo pubblico²¹ (da qui l’aggettivo “fredda o formale” al sostantivo “privatizzazione”); permanenza del controllo pubblico marcata con più incisione soprattutto nel Titolo V del medesimo D.lgs., dove si stabiliva l’appartenenza della maggioranza delle azioni con diritto di voto nell’assemblea ordinaria a enti pubblici, società finanziarie o bancarie²². Inoltre si disponeva un controllo marcato da parte del Ministro del Tesoro il quale doveva intervenire, rilasciando una propria autorizzazione, nel caso in cui si verificassero la cessione delle azioni e ogni altra operazione che determinava per gli enti pubblici la perdita del diritto di voto relativo alle azioni delle società bancarie.

¹⁹ Legge n. 218/90 (“Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico”) e d.lgs. n. 356/90.

²⁰ In attuazione della previsione della Legge delega n. 218/1990, il Governo ha provveduto ad emanare i decreti legislativi 20 Novembre 1990 nn. 356, 357, 358 recanti rispettivamente disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio, disposizioni sulla previdenza degli enti pubblici creditizi e disposizioni sulla ricapitalizzazione degli enti creditizi pubblici.

²¹ D.lgs. 356/1990, Art. 14 “*Vigilanza*”: 1. Gli enti di cui all’art. 11 sono sottoposti alla vigilanza del Ministero del Tesoro. Gli enti trasmettono al Ministero del Tesoro i bilanci annuali preventivi e consuntivi. I bilanci si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal momento in cui pervengono al destinatario. 2. Gli enti trasmettono al Ministero del tesoro e alla Banca d’Italia le informazioni, anche periodiche, richieste. Il Ministero del tesoro può disporre ispezioni.

²² Art. 19, D.lgs. n. 356/1990.

Come emerge dagli atti parlamentari non si mirava ad una privatizzazione della proprietà bensì all'adozione di un modello privatistico di gestione, un intervento *soft* volto ad aggirare ben prevedibili resistenze.

La Legge Amato proponeva quindi due soluzioni alternative per la trasformazione della veste giuridica degli istituti di credito di diritto pubblico: a) per quanto riguarda gli enti aventi una struttura di fondazione (e quindi privi di una componente proprietaria), fu disposto il conferimento dell'azienda bancaria in una Società per Azioni costituita ad hoc, il cui capitale veniva attribuito all'ente pubblico conferente, ovvero a ciò che residuava dell'ente pubblico creditizio a seguito dello scorporo. Quindi si verificò la privatizzazione delle Casse di Risparmio e delle Banche del Monte. Queste erano enti creditizi con una forte connotazione solidaristica, sorti per lo più agli inizi dell'Ottocento sulla spinta di meccanismi di auto organizzazione e di auto tutela delle comunità, in una fase critica di passaggio dalla civiltà agricola a quella industriale; b) per quanto riguarda gli enti creditizi a struttura associativa, che presentavano una struttura proprietaria potevano essere trasformati direttamente in S.p.A., convertendo il fondo di dotazione in capitale sociale con conseguente applicazione delle regole del Codice Civile in ordine alla governance dell'ente²³. Il Governo era altresì delegato a dettare regole sulla composizione e l'allargamento delle assemblee delle Casse di Risparmio a struttura associativa, innovando rispetto ai tradizionali meccanismi di cooptazione e, soprattutto, prevedendo che l'integrazione della base sociale potesse avvenire con il coinvolgimento di istituzioni culturali, organismi di categoria ed enti locali.

²³ Legge n. 218/1990, Art. 1, Comma 1: "*Fusioni, trasformazioni e conferimenti*": 1. Gli enti creditizi pubblici iscritti nell'albo di cui all'articolo 29 del regio decreto-Legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito, con modificazioni, dalla Legge 7 marzo 1938, n. 141, e successive modificazioni e integrazioni, nonché le casse comunali di credito agrario e i monti di credito su pegno di seconda categoria che non raccolgono risparmio tra pubblico possono effettuare trasformazioni ovvero fusioni con altri enti creditizi di qualsiasi natura, da cui, anche a seguito di successive trasformazioni o conferimenti, risultino comunque società per azioni operanti nel settore del credito, nel rispetto della distinzione tra enti che raccolgono risparmio a breve termine ed enti che hanno per oggetto la raccolta del risparmio a medio e lungo termine.

L'attività creditizia venne così separata da quella filantropica. La prima fu scorporata e attribuita alle Casse di Risparmio Spa e alle Banche del Monte Spa, ormai società profit, commerciali private. Le attività finalizzate allo sviluppo sociale, culturale, civile ed economico rimasero invece proprie delle Fondazioni (dette di origine bancaria proprio perché nate in occasione della riforma del sistema bancario italiano), a cui inizialmente fu data anche la proprietà di tutte le azioni in cui era stato ripartito il patrimonio delle neonate società bancarie: proprietà che è stata significativamente ridotta negli anni fino a scendere sotto la quota di controllo per la maggior parte delle Fondazioni.

Con la realizzazione della privatizzazione mediante scorporo abbiamo la creazione di due distinte entità: a) le S.p.A., all'interno delle quali confluiva l'azienda bancaria; b) l'ente conferente, ossia quello che rimaneva del vecchio ente pubblico creditizio. Ente conferente che poteva essere paragonato a un ente Holding, destinato ad esercitare il controllo e la gestione del pacchetto azionario della società, senza tuttavia cessare lo svolgimento delle funzioni pubblicistiche che gli erano proprie.

Altro elemento fondamentale che emergeva dal D.lgs. n. 356/90 riguardava la disciplina relativa agli Statuti degli enti, disciplinati all'interno dell'art. 12 dal quale emergeva, fin dal comma 1 lettera a), il fine di interesse pubblico e di utilità sociale che tali enti devono perseguire nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte e della sanità. Vi si stabiliva, inoltre, quasi a sottolineare un persistente collegamento al ruolo svolto nel passato da questi enti, che potevano essere mantenute le originarie finalità di assistenza e di tutela delle categorie sociali più deboli. Se nella lettera a) si stabiliva il ruolo degli enti con riferimento al loro ruolo sociale, alla lettera b) veniva tuttavia disposto un divieto fondamentale relativo ad una particolare attività. Infatti si disponeva che "gli enti non possono esercitare direttamente l'impresa bancaria, nonché possedere partecipazioni di controllo nel capitale di imprese bancarie o finanziarie diverse dalla società per azioni conferitaria; possono invece acquisire e cedere partecipazioni di minoranza al capitale di altre imprese bancarie e finanziarie".

Agli enti conferenti viene assegnato un compito primario con la gestione del pacchetto di controllo della banca, ed uno secondario, per le Casse di Risparmio, con la promozione dello sviluppo economico, sociale e culturale della comunità. Essi inoltre dovevano dedicare le risorse loro derivanti dalla partecipazione al capitale della società conferitaria ai fini di interesse pubblico e utilità sociale, secondo i rispettivi statuti. Il loro compito principale era l'amministrazione della partecipazione nella società per azioni conferitaria, al fine dell'attuazione della riforma, fino a quando ne fossero rimasti titolari.

Dalla scissione delle antiche aziende di credito sorsero due entità: l'ente conferente e la banca conferitaria. Fu una soluzione della quale, lo stesso fondatore Giuliano Amato, ne sottolineò ben presto le contraddizioni e i limiti, paragonandosi a "Frankenstein"²⁴, in quanto aveva dato vita a quelle creature in cui pubblico e privato si sovrapponevano senza regole²⁵. Di per se la norma non diceva quale fosse lo spazio del diritto pubblico e quello di diritto privato, ma lo si deduceva dall'articolo 12, secondo il quale gli enti possono compiere le operazioni finanziarie, commerciali, immobiliari e mobiliari, necessarie ed opportune per il conseguimento dei loro scopi, nonché amministrare il pacchetto azionario rappresentativo del valore dell'azienda bancaria scorporata e acquisire e cedere partecipazioni di minoranza al capitale di altre bancarie e finanziarie. Da ciò ne possiamo dedurre che per l'attività usano il diritto privato, per l'organizzazione il diritto pubblico²⁶.

Le 82 Casse di Risparmio adottarono le disposizioni contenute all'interno delle Legge Amato e nel biennio 1990/92 hanno dato avvio ai processi di ristrutturazione, dai quali è derivato un sistema composto da 81 Casse di Risparmio S.p.A. e da 82 Enti - Casse di Risparmio.

²⁴ Cfr. G. C. Feroni, *Le fondazioni di origine bancaria, ordinamento del credito e crisi economica: il modello italiano alla prova*, in G. C. Feroni, *Fondazioni e banche: modelli ed esperienze in Europa e negli Stati Uniti*, cit., p. VII.

²⁵ Art. 11, comma 2, D.lgs. n. 356/1990: "A tali enti, che hanno piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato, continuano ad applicarsi le disposizioni di Legge relative alle procedure di nomina degli organi amministrativi e di controllo".

²⁶ Cfr. F. Merusi, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata, cronache di una riforma decennale*, p. 83 - 84.

La causa principale della decisione di non dare una collocazione precisa di questi enti risiede nel fatto che allora (1989 - 90) i mutamenti del contesto cultural - istituzionale erano ancora troppo lievi per poter influenzare uno stravolgimento del sistema in corso, tanto che la stessa Banca d'Italia manifestò una sostanziale avversione alla effettiva privatizzazione dell'assetto proprietario delle banche.

2.2 La Direttiva Dini

L'obbligo delle Fondazioni di mantenere il controllo della maggioranza del capitale sociale delle Casse di Risparmio, sopravvivrà fino al 1994, anno in cui venne emanato il D.l. 31 Maggio 1994, n. 332, convertito in Legge n. 474/1994 ("Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni") attuata attraverso la Direttiva Dini (dal nome del Ministro del tesoro, il 18 Novembre 1994). La Legge e la relativa direttiva, quindi, hanno introdotto incentivi fiscali per quegli enti che, nei cinque anni successivi (1994/99) all'entrata in vigore della Legge, avessero ceduto le partecipazioni bancarie, diversificando così il loro patrimonio²⁷. Ciò ha favorito l'avvio di un processo di diversificazione degli assetti societari delle banche partecipate, che ha consentito di coniugare il raggiungimento di una dimensione adeguata delle società partecipate alle esigenze del mercato con il mantenimento del radicamento territoriale delle banche stesse.

La direttiva però, recava indicazioni che riguardavano anche ambiti non previsti dal legislatore, quali l'assetto organizzativo e le modalità di intervento nei settori istituzionali, fornendo spunti volti a qualificare gli Enti conferenti anche dal punto di vista operativo, sulla base del modello desumibile dalla normativa contenuta nel D.lgs. n. 356/1990. Ciò ha originato anche dubbi sulla legittimità della direttiva stessa²⁸, per violazione dei

²⁷ Art. 1 comma 7 - 7ter, Legge n. 474/1994. Tali commi sono stati abrogati dal D.lgs. n. 153/1999.

²⁸ Cfr. S. La Porta, *Fondazioni bancarie e partecipazioni di controllo nelle società bancarie*, in *Il diritto dell'economia*, 2001, p. 55.

principi di autonomia regolamentare e statutaria riconosciuti dal legislatore agli Enti conferenti.

Se da un lato si apriva un primo spiraglio di una più precisa regolazione delle Fondazioni, dall'altro emergeva sempre di più la necessità di un intervento legislativo mirato alla definizione dei ruoli ed alla separazione definitiva dei rapporti tra ente conferente e società conferitaria, capace di dettare regole chiare per la privatizzazione formale e sostanziale degli enti conferenti.

2.3 La Legge Ciampi: una seconda fase di privatizzazione del settore bancario

Nel 1998, venne varata la Legge delega 23 Dicembre 1998, n. 461 ("Delega del Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'articolo 11 comma 1, del D.lgs. 20 Novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria"), la c.d. Legge "Ciampi" e il successivo decreto applicativo n. 153/99.

Si doveva attuare un processo che doveva necessariamente passare per via legislativa, perché tali enti erano stati creati dal legislatore senza comprenderne la reale portata; proprio a costui spettava il compito di colmare le lacune e le divergenze della normativa in vigore. Non potevano, infatti, essere posti in essere procedimenti amministrativi senza compromettere la natura privatistica e senza farli nuovamente traghettare verso i vecchi sistemi pubblicistici.

La Legge definì, il regime civilistico (Art. 2) e tributario (Art. 3) delle Fondazioni, unitamente ad una nuova disciplina fiscale (Art. 4), volta alla creazione di nuovi presupposti per la completa ristrutturazione del sistema bancario avviata con la Legge "Amato".

Dal punto di vista della disciplina civilistica, la riforma attuata dalla Legge "Ciampi", la cui prima fase si concluse con l'approvazione degli statuti da parte dell'Autorità di vigilanza (Ministero del Tesoro, ora Ministero

dell'Economia e delle Finanze), stabilì che "le Fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale. Perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, secondo quanto previsto dai rispettivi statuti." (Art. 2 D.lgs. 17 Maggio 1999, n. 153). Si ha, quindi, un ritorno delle Fondazioni Bancarie al diritto privato e quindi alla società civile, luogo di origine delle Fondazioni stesse.

Le Fondazioni Bancarie vennero dunque delineate come enti di diritto privato nel settore no profit, dal momento che non era loro più consentito né di svolgere il ruolo di holding di partecipazione bancaria, né di assumere il controllo di imprese. La Legge rimette all'autonomia statutaria e gestionale delle Fondazioni, il compito di individuare le finalità istituzionali e le caratteristiche del modello organizzativo, articolato su tre livelli: indirizzo, amministrazione, controllo²⁹. A tal proposito, assume importanza la possibilità per le Fondazioni di promuovere iniziative volte a consentire lo sviluppo economico del territorio, nonché svolgere l'esercizio diretto di attività imprenditoriali solo nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli³⁰.

Il riconoscimento della natura giuridica privata delle fondazioni, segna il ritorno al servizio delle comunità locali e quindi un rafforzamento del legame esistente con il territorio, prevedendo che gli enti devono assicurare, nell'organo di indirizzo la presenza del rapporto con la propria comunità di appartenenza, attraverso la presenza obbligatoria negli organi collegiali di una rappresentanza non inferiore al 50% di persone residenti nel territori di riferimento.

L'organizzazione delle Fondazioni si basa sul ruolo e sulle competenze svolte dai diversi organi, con l'attribuzione all'organo di indirizzo di compiti di programmazione, definizione di obiettivi, verifica dei risultati dell'attività

²⁹ Articolo 2, comma 1, lettera g, Legge n. 461/1998.

³⁰ Articolo 2, comma 1, lettera d, Legge n. 461/1998.

compiuta dall'organo esecutivo; all'organo di controllo spetta la verifica contabile e di legittimità.

Secondo la Legge Ciampi tali enti erano sottoposti alla vigilanza del Ministro del Tesoro (fino a quando non sarebbe poi entrata in vigore l'autorità di controllo sulle persone giuridiche) il quale doveva verificare il rispetto della Legge e dello statuto, la sana e prudente gestione, la redditività del patrimonio e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti, nonché il potere di scogliere gli organi di amministrazione e di controllo.

Né la Legge Amato del 1990, né la Legge Ciampi del 1998 utilizzavano il termine "fondazione", né tanto meno l'aggettivo "bancaria". Il termine "fondazione" compare invece nel decreto delegato attuativo della Legge Ciampi. Il decreto si muove nella prospettiva della fuoriuscita di tali soggetti dal settore creditizio, prevedendo la dismissione delle partecipazioni di controllo che gli enti conferenti ancora detenevano nelle società bancarie conferitarie, ad eccezione delle partecipazioni azionarie di minoranza detenute a fini reddituali, inibendo qualsiasi possibilità per le stesse di intervenire in posizione di comando, anche mediante sistemi di partecipazioni incrociate o indirette. Entro 4 anni dall'entrata in vigore del D.lgs. 153/1999, si dovevano realizzare le dismissioni delle partecipazioni della banca conferitaria, pena la perdita della qualifica di ente non commerciale e delle agevolazioni fiscali e tributarie (art. 12 D.lgs. 153/1999) o con un regime fiscale più severo entro un ulteriore biennio (adottando così un sistema di "gradualità"). Scaduto tale periodo l'Autorità di Vigilanza avrebbe provveduto alla dismissione³¹. Tuttavia tale norma non è mai stata applicata e questo viene dimostrato dal fatto che tutt'oggi le fondazioni bancarie sono vigilate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Si poteva quindi affermare che questa caratterizzazione faceva sì che non era consono chiamarli Enti Conferenti ma Fondazione, le cui dotazioni

³¹ Tale disciplina fiscale, la cui durata temporale era dapprima limitata ai 4 anni successivi all'entrata in vigore del decreto applicativo (15 giugno 2003) è scaduta il 31 Dicembre 2005.

patrimoniali consistevano nei risultati economici dell'amministrazione e nell'originaria partecipazione azionaria.

Il procedimento di privatizzazione formale si sarebbe concluso in maniera definitiva solo con l'approvazione degli statuti modificati, essendo ad esse riconosciuta la natura privata malgrado la detenzione di partecipazione anche di controllo. Le Fondazioni Bancarie tornavano così alle proprie origini, alla società civile che le aveva create ancor prima dell'intervento legislativo di Amato.

In realtà il Governo, nel tradurre in norma i principi della Legge delega, portò ad una situazione di non omogeneità tra il decreto e la Legge delega stessa. Come viene affermato nel Quarto rapporto sulle Fondazioni Bancarie, il legislatore non tiene conto delle caratteristiche delle singole Fondazioni che permettono di diversificarle l'una dall'altra. La disarmonia emerge soprattutto dall'obbligo per tali Enti di costituire un organo di indirizzo diverso dall'assemblea dei soci, e ciò non consente di salvaguardare il ruolo istituzionale e il loro fondamento radicato nel territorio³².

2.4 La Riforma Tremonti

Le Fondazioni di origine bancaria, nonostante la Legge Ciampi le avesse definitivamente riconosciute come soggetti privati, risiedevano in territori instabili dal momento che il loro alternarsi tra pubblico e privato sarebbe riemerso a soli due anni di distanza dalla Legge 461/1998.

Nel contesto di una ventata di rinnovamento, nello svolgimento delle attività e dei ruoli delle Fondazioni, diretta a completare il processo di adeguamento degli statuti alle disposizioni contenute nel D.lgs. n. 153/99, nell'autunno del 2001, il Presidente della Commissione Finanze della Camera dei Deputati, attuò un'indagine conoscitiva sullo stato di attuazione della riforma da parte delle Fondazioni stesse; le quali attendevano con positività

³² Per un maggior approfondimento: *Quarto rapporto sulle fondazioni bancarie*, 1999, 30.

l'esito dell'indagine, al fine di verificare se fosse necessario apportare delle modifiche alla legislazione o per migliorarne l'efficacia.

Tuttavia, prima che prendesse avvio l'indagine conoscitiva, venne emanato un emendamento³³, presentato dal Ministero dell'Economia Tremonti, nella Legge Finanziaria del 2002 (c.d. Legge Tremonti), che stravolse totalmente il recente decreto n. 153/1990. Il suo impatto sull'assetto generale della Legge "Ciampi" è stato così rilevante che ha spinto alcuni commentatori a considerare l'intervento legislativo come una vera e propria "controriforma", un cambiamento sostanziale dei principi e presupposti della disciplina previgente³⁴.

La nuova normativa conservava formalmente la natura di persone giuridiche private delle fondazioni, ma nella pratica, il concetto, veniva fortemente svuotato del suo significato intrinseco. Questo era anche dimostrato dal fatto che il potere legislativo deteneva il potere di intervenire ad libitum per imporre in qualsiasi momento ripetuti cambiamenti statutari.

Quello che emergeva dalla nuova normativa era una forte antinomia, data dal fatto che le fondazioni di origine bancaria ne uscivano come "persone giuridiche di diritto privato, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale" ma sottoposte ad una stringente normativa pubblicistica sia sul piano strutturale che su quello governativo.

Con questa Legge sono stati modificati i settori di intervento, la composizione degli organi di indirizzo, in modo particolare per le Fondazioni di origine istituzionale, la disciplina delle incompatibilità, eliminando le cooptazioni. Il legislatore, inoltre, ha ridotto l'attività delle Fondazioni all'ordinaria amministrazione, prevedendo la decadenza degli organi legittimamente insediati. Per quanto concerne i rapporti con le banche conferitarie, è stata introdotta una nozione di controllo congiunto e la facoltà per le Fondazioni di affidare la gestione della partecipazione bancaria ad una società di gestione del risparmio. Si tratta di innovazioni che, se osservate nel loro complesso, possono determinare un forte coinvolgimento delle

³³ Articolo 11, Legge 448/2001.

³⁴ Cfr. *Settimo rapporto annuale*, in ACRI, pag. 27.

Fondazioni con l'apparato pubblico, incidendo con la loro qualificazione giuridica fino a comprimere la loro autonomia statutaria e gestionale. Tutto questo è avvenuto in chiara violazione di molteplici principi costituzionali (art. 2, 3, 18, 21, 41) nonché dell'art. 118 Cost., comma 4 (modificato dalla Legge Cost. n. 3/2001), in quanto la manovra determinava un'invasività dei poteri pubblici che risulta incompatibile con il principio di sussidiarietà orizzontale.

Le Fondazioni, per il tramite dell'Associazione, hanno manifestato la propria contrarietà ai contenuti dell'emendamento, che portava un'imposizione a mutare la loro natura privatistica e ad alterare il concetto di sussidiarietà, con il coinvolgimento diretto delle medesime nel finanziamento della spesa pubblica.

In concreto, emerge, che alle Fondazioni vengono imposte nuove disposizioni cui esse debbono ancora una volta adeguarsi, di fatto annullando la loro piena autodeterminazione. Sono stati modificati i *settori* di intervento, prevedendo, in luogo dei sei settori rilevanti previsti dalla Legge "Ciampi", diciannove settori ammessi, con un ambito talmente ampio, da includere anche materie che non hanno alcuna attinenza con la storia e la tradizione non solo delle Fondazioni bancarie, ma anche dei soggetti privati non profit; si pensi alla prevenzione della criminalità, alla sicurezza alimentare, all'edilizia popolare, fino alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità. All'Autorità di vigilanza, inoltre, è stato attribuito il potere di modificare, con atto amministrativo, l'elenco dei settori ammessi. Infine, le Fondazioni sono chiamate ad individuare fra i 20 settori ammessi tre settori, nei quali operare in via prevalente per un triennio. Tale previsione, comprime oltremodo l'autonomia statutaria ed impedisce di programmare gli interventi tenendo conto adeguatamente dei diversi contesti.

Il principio dell'equilibrata presenza, che aveva prodotto una sostanziale parità di esponenti, espressioni del territorio e della società civile, è stato capovolto, prevedendo una prevalente rappresentanza di soggetti designati dagli enti locali (comuni, province, regioni e città metropolitane),

rispetto alle personalità portatrici di esperienze e professionalità proprie del mondo del non profit e dei settori di intervento.

Il rischio di pubblicizzazione, per quanto riguarda le Fondazioni non di origine associativa, è stato indirettamente evidenziato anche dalla Commissione europea in occasione della decisione riguardo all'indagine avviata nel 2000 con riferimento alle agevolazioni fiscali contenute nel d.lgs. n. 153/99.

A tal proposito è utile far riferimento alla procedura istruttoria svolta dalla Commissione europea ex art. 88, paragrafo 2 TCE in merito all'aiuto di Stato C 54/2000 (ex n. NN 70/2000), misure fiscali in favore delle banche e delle fondazioni. L'indicata procedura è stata dalla Commissione scissa in due *dossier*, l'uno relativo alle misure fiscali agevolative previste dalla legislazione nazionale di riferimento in favore delle banche e l'altro relativo alle misure fiscali agevolative previste dalla stessa normativa in favore delle fondazioni di origine bancaria. Quest'ultima procedura, si è conclusa con la decisione della Commissione europea C 54/B/2000 del 22 agosto 2002³⁵ la quale ha escluso la natura di imprese, secondo il diritto comunitario, delle fondazioni bancarie e dunque la configurabilità di aiuti di Stato ex art. 87 del Trattato, purché non venissero a realizzarsi talune condizioni³⁶ che in sostanza fossero rivelatrici dell'esercizio di attività economiche di fatto svolte da parte delle fondazioni, con il contributo di risorse statali, e determinassero di conseguenza il sorgere dell'obbligo per le autorità nazionali di procedere ad apposita notifica ex art. 88, paragrafo 3 del trattato CE. A giudizio della Commissione, in sostanza, l'attività di gestione del proprio patrimonio e di

³⁵ La decisione è reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

³⁶ Decisione Commissione europea C 54/B/2000, VI Conclusioni, Art. 3: "Qualora le fondazioni intervengano direttamente in un'attività economica nella quale sono presenti scambi tra Stati membri — anche se nei settori nei quali la legge dà ad esse questa possibilità — qualsiasi agevolazione fiscale che possa andare a beneficio di tali attività è atta a costituire aiuto di Stato e deve quindi essere notificata ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE. Quando la maggioranza dei componenti dell'organo di indirizzo delle fondazioni è designata dagli enti locali, l'erogazione ad imprese di fondi o di altre forme di sostegno è atta a costituire aiuto di Stato e deve in tal caso essere notificata ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE. Quando le società conferitarie offrono servizi a terzi, qualsiasi agevolazione fiscale di cui esse beneficino è atta a costituire aiuto di Stato e deve in tal caso essere notificata ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE".

utilizzazione dei proventi per l'erogazione di contributi ad enti senza scopo di lucro svolta dalle fondazioni non è un'attività economica. Di conseguenza le fondazioni bancarie non sono qualificabili come imprese ai sensi delle norme comunitarie.

In particolare la Commissione, pur ritenendo le norme del decreto legislativo conformi ai principi del Trattato UE, ha evidenziato che la prevalenza di soggetti designati da enti locali negli organi di indirizzo delle Fondazioni, potrebbe ricondurre anche le erogazioni delle Fondazioni alla disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato³⁷. Un'ulteriore novità, alla quale occorre prestare una particolare attenzione, per evitare che gli investimenti delle Fondazioni non siano conformi alle caratteristiche economiche di queste organizzazioni, concerne il *patrimonio*, che, in base alla modifica normativa, deve essere impiegato assicurando il collegamento funzionale con le finalità istituzionali e con lo sviluppo del territorio. Tale previsione, per la quale non sussistono contrarietà in via di principio, richiede, per essere attuata, che in ogni caso l'impiego del patrimonio avvenga nel rispetto dei principi sanciti dalla Legge "Ciampi", ossia della diversificazione dei rischi, della salvaguardia patrimoniale e dell'adeguata redditività.

Il Ministero dell'economia e delle finanze, nell'emanazione del relativo regolamento di attuazione, ha inviato alle Fondazioni, il 28 marzo 2002, una circolare in tema di ordinaria amministrazione, con la quale si sono definite le procedure autorizzative per le operazioni non riconducibili all'ordinaria amministrazione.

Le attente valutazioni fin qui svolte inducono a ritenere che il governo, obbligando le Fondazioni a cedere il controllo delle relative società bancarie, abbia oltrepassato i limiti posti dalla L. n. 461/98³⁸. Il provvedimento ministeriale ha costituito il primo atto amministrativo conseguente alla revisione legislativa in ordine al quale le Fondazioni si sono attivate in via giurisdizionale, al fine di salvaguardare la propria autonomia statutaria e

³⁷ Cfr. Decisione Commissione europea C 54/B/2000, II Descrizione dettagliata dell'aiuto, Art. 9.

³⁸ Cfr. S. La Porta, *Fondazioni bancarie e partecipazioni di controllo nelle società bancarie*, in *Il diritto dell'economia*, 2001, p. 67.

gestionale di soggetti di diritto privato che l'art. 11 aveva messo seriamente in discussione. Nel ricorso sono state esposte ragioni analoghe a quelle che durante il 2001 avevano indotto le Fondazioni ad adire al giudice amministrativo in relazione all'atto di indirizzo "Visco" in tema di onorabilità ed incompatibilità degli organi e che hanno trovato accoglimento. Il TAR del Lazio, infatti, con ordinanza del 22 febbraio 2002 ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale per verificare la legittimità del provvedimento ministeriale, dopo aver affermato che l'autonomia statutaria delle Fondazioni non può essere compressa dall'Autorità di vigilanza, che è tenuta ad esercitare i compiti ad essa assegnati nel rispetto dei due parametri rappresentati dalla Legge e dallo statuto, quali, rispettivamente, fonte eteronoma ed autonoma di disciplina dell'attività delle Fondazioni.

3 - IL RUOLO DELLE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA SECONDO LA CORTE COSTITUZIONALE

Sulla revisione legislativa relativa alla Legge Tremonti, le Fondazioni si sono ampiamente confrontate ed in più occasioni hanno espresso la propria contrarietà nel merito all'intervento del legislatore, sostenute da una larga condivisione delle proprie ragioni da parte del mondo della cultura, del volontariato, delle organizzazioni internazionali del non profit e dello stesso mondo politico. Il mondo del volontariato, in particolare, ha promosso un manifesto sul tema della riforma delle Fondazioni nel quale ha manifestato l'auspicio che per le Fondazioni venisse confermato un ruolo sussidiario e non sostitutivo di quello pubblico e fosse valorizzato l'apporto della società civile.

Nel corso dell'anno 2002 l'Associazione a livello nazionale e le singole Fondazioni, a livello locale, hanno avviato la campagna di comunicazione istituzionale "Autonome per fare" volta ad illustrare la diversificazione degli investimenti, la redditività del patrimonio, lo svolgimento dell'attività erogativa e la rappresentanza negli organi di indirizzo degli interessi sociali presenti nel territorio. La revisione legislativa della disciplina delle

Fondazioni, operata come affermato dai proponenti dell'emendamento per dare attuazione anche al federalismo contenuto nella riforma costituzionale apportata dalla richiamata Legge costituzionale n. 3/2001, ha trovato opposizione da parte delle stesse Regioni, che avrebbero dovuto essere i primi soggetti interessati. Alcune di queste, infatti, hanno proposto ricorso contro la Legge, sollevando dinanzi alla Corte costituzionale conflitto di competenza con lo Stato.

La Corte Costituzionale con le sentenze n. 341³⁹ e 342⁴⁰ del 2001 è intervenuta sull'interpretazione del Titolo V della Costituzione, riconducendo così la disciplina relativa alle fondazioni bancarie nell'ambito della legislazione concorrente e non nella competenza legislativa statale esclusiva come indicato dall'articolo 11 della "riforma Tremonti". La Corte ha chiarito che, nel periodo intermedio, le Fondazioni rimanevano enti creditizi e soggetti alla vigilanza da parte dei poteri pubblici, per incentivare il passaggio delle banche conferitarie dalla mano pubblica a quella privata. Con il tempo, tuttavia, la maggior parte delle fondazioni avevano provveduto a

³⁹ Nel caso di specie era stato sollevato un conflitto di attribuzione da parte dello Stato contro l'approvazione da parte della Provincia autonoma di Bolzano di alcune modifiche allo Statuto della Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano.

⁴⁰ Nel caso di specie era stato sollevato un "conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato dalla Regione Sicilia, riguardante la spettanza, o meno, allo Stato del potere di adottare modifiche statutarie della Fondazione Banco di Sicilia senza l'intesa con il Presidente della Regione; si chiedeva, di conseguenza, l'annullamento della nota del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica - Dipartimento del tesoro - Direzione IV - prot. n. 306633 del 31 maggio 2000, avente ad oggetto "Legge 23 Dicembre 1998, n. 461" Corte Cost., sent. n. 342 del 2001, *Considerato in diritto*, punto 1. La Corte riconobbe la fondatezza del conflitto di attribuzione proposto dalla Regione Sicilia sulla base di quanto già stabilito nella sentenza 341/2001, la quale aveva "escluso che la nuova normativa sugli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, del predetto d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 potesse avere l'effetto di eliminare le competenze attribuite dallo statuto e dalle relative norme di attuazione di una Regione a statuto speciale, in quanto dotate di forza prevalente su quella delle leggi ordinarie. Nel contempo l'art. 10, comma 1, del D.lgs. n. 153 del 1999 è stato interpretato nel senso (conforme a Costituzione) che rimane salvo l'esercizio dei poteri regionali previsti dallo statuto speciale di autonomia e dalle relative norme di attuazione". Corte Cost., sent. n. 342 del 2001, *Considerato in diritto*, punto 2. Inoltre la Corte ribadisce il fatto che "le modifiche statutarie devono avvenire applicando le regole proprie della natura dell'ente in base alle funzioni ed agli scopi previsti dallo statuto in vigore prima delle stesse modifiche statutarie, e, quindi, con l'esercizio delle competenze della Regione siciliana attualmente previste per gli istituti di credito di interesse regionale" Corte Cost., sent. n. 342 del 2001, *Considerato in diritto*, punto 3.

riformare i propri statuti e a dismettere le partecipazioni maggioritarie nelle banche conferitarie⁴¹.

3.1 Le sentenze nn. 300 e 301 della Corte Costituzionale

Rispetto alle argomentazioni poste a fondamento delle decisioni del 2001, nelle sentenze 300 e 301 2003 si assiste ad un capovolgimento delle trattazioni poste in essere dalla Corte Costituzionale. Con le due sentenze, la Corte crea un nuovo capitolo della tormentata vicenda delle Fondazioni di origine bancaria.

Sulla base di numerose ordinanze del TAR del Lazio⁴², con la sentenza n. 300 del 2003, la Corte Costituzione ha risolto il conflitto di attribuzione sollevato da alcune Regioni sull'articolo 11 della "riforma Tremonti". Nel caso di specie, Marche, Toscana, Emilia Romagna e Umbria sollevarono la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 11 Legge 448/2001, in quanto ritenevano che la disciplina relativa alle Fondazioni di origine bancaria rientrasse nella legislazione concorrente delle Regioni (sulla base di quanto previsto dall'articolo 117, terzo comma, Costituzione) "non essendo portato a definitivo compimento il processo di progressiva trasformazione delle fondazioni medesime in persone giuridiche di diritto privato"⁴³. Sulla base di ciò, la Regione Marche riteneva che la disciplina della fondazioni non poteva ricondursi alla materia dell'ordinamento civile, propria dello Stato, con la conseguenza che a quest'ultimo fosse affidata solo la determinazione dei principi fondamentali della materia. La Regione Marche, inoltre, denunciò la violazione ulteriore dell'articolo 117, sesto comma, Cost., in quanto l'art. 11 della Legge Tremonti riconosceva all'Autorità di Vigilanza una potestà

⁴¹ Cfr. E. Balboni, *Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni primaria e secondaria con riguardo alla natura di origine bancaria*, in www.astrid-online.it, p. 3.

⁴² Il quale aveva già, con ordinanza n. 1196 del 22 Febbraio 2001, sollevato dubbi di legittimità costituzionale in merito ai poteri dell'Autorità di vigilanza sulle fondazioni ai sensi del D.lgs. n. 153/99. La questione nuovamente sollevata forma oggetto della sent. 301 del 2003.

⁴³ Corte Cost., sent. n. 300 del 2003, *Ritenuto in fatto*, punto 1.1.

regolamentare in materia di legislazione concorrente (potestà che, sulla base di quanto dispone l'art. 117, deve spettare alla Regione).

La Regione Toscana, dal canto suo, riteneva che la normativa statale violasse, da un lato, la competenza concorrente regionale (articolo 117, terzo comma, della Costituzione) per quanto concerne le Casse di Risparmio, poiché le Fondazioni esercitano attività creditizia e bancaria, e dall'altro, violasse anche l'articolo 117, quarto comma, della Costituzione, perché i settori ammessi, nei quali le fondazioni devono operare rientrano in ambiti di competenza concorrente o esclusiva della Regione⁴⁴.

La Regione Emilia Romagna ha impugnato l'articolo 11 sotto vari aspetti, partendo dal presupposto che, nonostante fosse stabilito che le fondazioni bancarie assumessero personalità giuridica di diritto privato, la legislazione emanata dallo Stato non le ha mai considerate propriamente tali, essendo intervenuta su vari aspetti della loro disciplina (cosa che non sarebbe stata possibile se le fondazioni fossero soggetti dotati di piena autonomia privata). Sotto questo profilo, la Regione Emilia Romagna assume che "sia la intervenuta modifica della Costituzione (con la attribuzione alle Regioni ordinarie di potestà legislativa concorrente in una materia, quella delle «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale», che è testualmente ripresa da analoga norma dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige), sia la nuova disciplina dei settori di intervento delle fondazioni, portano ad anticipare al momento attuale il problema del coordinamento tra la normativa sulle fondazioni e quella delle persone giuridiche private senza scopo di lucro, in rapporto alle competenze assegnate alle Regioni e alle Province autonome, proprio secondo quanto prefigurato nella sentenza n. 341 del 2001"⁴⁵. Per gli stessi motivi, anche la Regione Umbria, con ricorso notificato il 26 febbraio 2002, ha impugnato l'art. 11 della legge n. 448 del 2001⁴⁶.

⁴⁴ Corte Cost., sent. n. 300 del 2003, *Ritenuto in fatto*, punto 2.1.

⁴⁵ Corte Cost., sent. n. 300 del 2003, *Ritenuto in fatto*, punto 3.1.

⁴⁶ Corte Cost., sent. n. 300 del 2003, *Ritenuto in fatto*, punto 4.1.

Quindi possiamo ritenere che, con argomenti sostanzialmente analoghi, tutte le Regioni ricorrenti sostenevano non soltanto che le disposizioni della Legge impugnata intervenissero con norme di dettaglio in una materia («casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale») che l'art. 117, terzo comma, Costituzione (dopo la riforma del relativo titolo V della parte II ad opera della l. cost. n. 3/2001) assegna alla legislazione concorrente regionale, ma anche che la competenza legislativa regionale in materia di Fondazioni di origine bancaria trovasse il suo fondamento nel fatto che tali Fondazioni erano chiamate dalla Legge ad operare in settori affidati costituzionalmente alla legislazione regionale (con competenza concorrente o esclusiva)⁴⁷.

Sulla base delle impugnazioni sollevate dalle Regioni, la Corte Costituzionale si è pronunciata nel merito dei fatti, ritenendo non fondate le questioni di illegittimità costituzionale dell'Articolo 11, riconoscendo la disciplina delle Fondazioni di origine bancaria di competenza esclusiva dello Stato, quindi rientrante nella materia dell'"ordinamento civile"⁴⁸. Le Fondazioni di origine bancaria sono state definitivamente consacrate come "persone giuridiche"⁴⁹ private dotate di piena autonomia statutaria e

⁴⁷ Cfr. M. Atelli, *Fondazioni bancarie oppure ordinamento creditizio regionale: su cosa ha deciso la Consulta?*, in www.astrid-online.it.

⁴⁸ "Tutte le censure si basano sul presupposto che le fondazioni di origine bancaria siano tuttora soggetti caratterizzati dall'appartenenza all'organizzazione del credito e del risparmio. Tale presupposto non è oggi più sostenibile, tenuto conto degli sviluppi della legislazione in materia a partire dal 1990". Corte Cost., sent. n. 300 del 2003, *Considerato in diritto*, punto 5.

⁴⁹ Negli ultimi anni sono state varate diverse riforme relative al Titolo II del Libro I del Codice Civile, in materia di Fondazioni, associazioni e comitati, in attuazione del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118, comma quarto, Costituzione. In particolare si fa riferimento alla Proposta "Commissione Pinza"; Proposta di Legge BOBBA ed altri: "Delega al Governo per la riforma della disciplina del codice civile in materia di associazioni, di fondazioni e di altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, nonché istituzione dell'Agenzia per il Terzo Settore" (Atto della Camera n. 3683), Presentata il 30 luglio 2010; con il Consiglio dei Ministri n. 134 del 31 Marzo 2011 è stato approvato, su proposta del Ministro della giustizia, Alfano, e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, Sacconi, un disegno di legge che delega il Governo a riformare il Titolo II del Libro I del Codice civile in materia di disciplina delle fondazioni, delle associazioni e dei comitati, in attuazione del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118, comma quarto, della Costituzione, il cui esame era già stato avviato in una precedente riunione. Tuttavia tutte le proposte di riforma qui evidenziate non hanno avuto buon esito dal momento che «è difficile pensare, per le Fondazioni di origine bancaria ad un regime normativo che superi qualsiasi elemento di specialità rispetto ad una riforma delle fondazioni civilistiche, dato che l'uniformità della

gestionale" collocate a pieno titolo "tra i soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali". Secondo la Corte, le Fondazioni sorte dalla trasformazione degli originari enti pubblici conferenti, non sono più elementi del sistema del credito e del risparmio (il quale è sottoposto alla disciplina dell'articolo 117, terzo comma, Costituzione), sulla base dell'evoluzione legislativa che ha separato l'ente conferente alla società bancaria e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (articolo 2, comma 1, del D.lgs. n. 153). Dal momento che si è avuta una rottura del "vincolo genetico e funzionale"⁵⁰ del rapporto intercorrente tra le Banche e le Fondazioni, la disciplina di quest'ultime non può essere più ricompresa nella materia bancaria (di cui le Regioni hanno la competenza concorrente per le banche locali). L'Articolo 11 della Legge n. 448/2001 opera, infatti, nella materia dell'ordinamento civile comprendente la disciplina relativa alle persone giuridiche di diritto privato; disciplina che l'Articolo 117 secondo comma della Costituzione fa rientrare nella competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Sulla base delle stesse considerazioni sopra esposte, la Corte ha dichiarato l'infondatezza della censura mossa nei confronti dei commi 1 e 14 dell'articolo 11 in quanto, riconducendo la disciplina in esame nel secondo comma dell'articolo 117, cade la possibilità per le Regioni di argomentare la propria competenza regolamentare secondo quanto previsto dal sesto comma, articolo 117. Tuttavia, se la competenza regolamentare dell'Autorità deve ritenersi non insidiata da quella regionale, la Corte, lascia uno spazio di apertura normativo alle Regioni, stabilendo che "nei confronti dell'attività delle fondazioni di origine bancaria, come di quella di qualunque altro

disciplina tradirebbe comunque una differenza di sostanza tra questi soggetti che non è possibile obliterare del tutto, in quanto le fondazioni bancarie non solo nascono da atti di autonomia privata di un privato fondatore, come le fondazioni civilistiche, ma amministrano patrimoni talmente ingenti certamente non comparabili ai patrimoni derivanti da atti di liberalità privata. [...] nelle 88 Fondazioni di origine bancaria si trovano infatti molte diversità con riferimento alla loro natura [...] cosicché sarebbe difficile pensare che i vari problemi possano essere risolti da un intervento legislativo generale». Cfr. G. Tiberi, *Terzo settore e Fondazioni di origine bancaria tra successi e asimmetrie normative*, cit. p. 712, in D'Elia G.; Tiberi G.; Viviani Schlein M. P., *Scritti in memoria di Alessandro Concaro*, 2012.

⁵⁰ Cfr. Corte Cost., sent. nn. 341 e 342 del 2001.

soggetto dell'«ordinamento civile», valgano anche le norme regionali, emanate nell'ambito delle proprie competenze per disciplinare i diversi settori dell'attività, nei quali queste istituzioni, secondo i propri statuti, operano”⁵¹. In questa parte, l'art. 11 della l. n. 448/2001 è stato pertanto dichiarato dalla Consulta costituzionalmente illegittimo.

Superato il tema della natura giuridica delle fondazioni, si chiedeva alla Corte Costituzionale di erigere una valutazione (svolta nella sentenza n. 301 del 2003) sulla legittimità costituzionale di alcune disposizioni della Riforma Tremonti nella parte in cui, modificando il disegno avviatosi con la Legge Ciampi, prevedeva una serie di regole operanti nel senso di una ri - pubblicizzazione delle Fondazioni.

Con la sentenza n. 301, la Corte ruota attorno a tre nuclei tematici principali: a) il richiamo alla natura di autonomia sociale delle fondazioni; b) la verifica della congruenza e razionalità delle disposizioni censurate; c) alcuni principi e regolamenti attinenti al sistema delle fonti del diritto.

Pertanto, sulle nove ordinanze depositate dal Tar del Lazio, sollevando diverse questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11 della Legge n. 448/2001, la Corte si è pronunciata, annullando alcune disposizioni e reinterpretandone altre, procedendo così ad una riscrittura della Legge.

La Corte ha dichiarato la fondatezza della questione relativa all'art. 11, comma 1, ultimo periodo, in quanto ritenuto in contrasto con l'art. 70 Cost., nella parte in cui attribuiva all'Autorità di vigilanza il potere di modificare, con regolamento, la Legge in qualsiasi direzione, senza indicazione di criteri compatibili con la natura privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria⁵². Più esattamente, il rimettente individuava il profilo di contrasto con l'art. 70 per il fatto che si prevedeva una delegificazione ad opera di una fonte secondaria diversa dai regolamenti della delegificazione, espressamente disciplinati dall'art. 17, comma 2 della Legge n. 400/1988. L'elemento fondamentale che emerge dalla decisione è il fatto che la Corte Costituzionale prende posizione sul tema della “delegificazione in bianco”,

⁵¹ Corte Cost., sent. n. 300 del 2003, *Ritenuto in fatto*, punto 7.

⁵² Corte Cost., sent. n. 301 del 2003, *Considerato in diritto*, punto 5.

considerata illegittima⁵³. Sulla base di quanto stabilisce la Corte (e ribadito anche dalla dottrina⁵⁴) la delegificazione richiede la necessità che la Legge stabilisca almeno le norme generali della materia, rinviando il resto alla fonte secondaria.

Inoltre la Corte si è pronunciata nel merito dell'art. 11, comma 4, dichiarando la questione fondata, nella parte in cui prevedeva una prevalente rappresentanza, nell'ambito dell'organo di indirizzo, riservata ai soli enti territoriali⁵⁵.

Attraverso l'uso dell'interpretazione adeguatrice, la Corte ha dichiarato l'infondatezza: a) della questione sollevata in riferimento all'art. 11, comma 2, potendo tale norma essere interpretata nel senso che la scelta dei settori rilevanti non era imposta dall'Autorità, ma rimessa alla libera determinazione delle fondazioni⁵⁶; b) dell'art. 11, comma 3, potendo la norma (nella parte in cui introduce quale criterio nella scelta dei settori,

⁵³ Sul punto, la Corte è intervenuta successivamente, non direttamente sul fenomeno della "delegificazione in bianco", bensì sulle norme che la autorizzano. Si fa riferimento in particolare alla sentenza 303/2005. La Corte era stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale di una norma di legge che autorizzava il Governo ad emanare un regolamento di delegificazione, sul presupposto che con tale legge si consentisse all'esecutivo di disciplinare una materia soggetta a riserva di legge. Contestualmente, il giudice *a quo* ha sollevato anche questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, censurando il fatto che l'art. 17, nell'autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare governativa in materie non coperte da riserva assoluta di legge, si limitasse a richiedere l'apposizione legislativa di norme generali regolatrici della materia, anziché dei più restrittivi principi e criteri direttivi previsti dall'art. 76 Cost. La decisione, che pure si limita a dichiarare l'inammissibilità della questione, è da ricordare poiché la Corte, ricorda che "le norme generali regolatrici della materia" di cui ragiona l'art. 17, comma 2, devono avere una "*funzione delimitativa più stringente rispetto ai principi*". Un'altra utile indicazione sulle modalità con cui sottoporre efficacemente alla Corte costituzionale il problema della delegificazione può essere tratta dalla sentenza n. 115 del 2011, in tema di ordinanze dei sindaci. In tale decisione, infatti, la Corte (nel dichiarare l'incostituzionalità della norma che autorizzava i sindaci ad adottare provvedimenti a «contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato», al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza) ha fortemente valorizzato il principio di legalità sostanziale. Ecco allora che, in presenza di delegificazioni autorizzate da norme eccessivamente generiche, proprio il mancato rispetto del principio di legalità sostanziale da parte delle leggi potrebbe essere utilmente evocato dai giudici remittenti al fine di ricondurre il fenomeno della delegificazione almeno nei limiti delineati dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988. Cfr. G. Arconzo, *Regolamenti governativi tra giudici amministrativi e corte costituzionale: un bilancio del periodo 2001 - 2011*, cit. p. 30 - 31.

⁵⁴ Cfr. G. Crepaldi, *La potestà regolamentare nell'esperienza regionale*, 2009; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, 2007.

⁵⁵ Corte Cost., sent. n. 301 del 2003, *Considerato in diritto*, punto 9.

⁵⁶ Corte Cost., sent. n. 301 del 2003, *Considerato in diritto*, punto 6.

quello della rilevanza sociale dei settori stessi), essere interpretata nel senso di una mera indicazione generale, priva di valore vincolante⁵⁷; c) dell'art. 11, comma 4, essendo la norma interpretabile nel senso che le fondazioni non potevano svolgere la loro attività a vantaggio diretto dei componenti degli organi delle fondazioni, né di coloro che li avevano nominati, a garanzia dell'imparzialità⁵⁸; d) dell'art. 11, comma 7, il quale nel predisporre un regime di incompatibilità tra le fondazioni e le analoghe funzioni svolte sia presso la società bancaria conferitaria sia presso le altre società operanti nel settore bancario, deve essere inteso nel senso restrittivo di società in rapporto di partecipazione azionaria con la banca conferitaria⁵⁹; d) dell'art. 11, comma 10, limitandosi la norma a estendere la nozione di controllo anche all'ipotesi in cui esso sia esercitato da una pluralità di fondazioni congiuntamente e devono essere in quanto tali oggetto di specifica prova e intendendo come presupposto della norma l'esistenza di un effettivo controllo congiunto da parte di più fondazioni⁶⁰.

Analizzando la sentenza, possiamo notare un suo dato caratterizzante dato dalla quantità e dalla struttura delle decisioni interpretative di rigetto⁶¹. Con riguardo ai commi 4, 7 e 10 dell'art. 11, la Corte interpreta in modo restrittivo locuzioni che potevano essere sottoposti a letture più estreme. In altri casi la Corte fa un passo ulteriore e compie delle vere e proprie abrogazioni interpretative, eliminando espressioni ambigue ma che potevano essere chiarite con una visione complessiva della riforma. Si pensi ad esempio al comma 3, articolo 11, che secondo la Corte, nella parte in cui dispone che le fondazioni assicurano "singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse", non vuol dire che le Fondazioni siano

⁵⁷ Corte Cost., sent. n. 301 del 2003, *Considerato in diritto*, punto 7.

⁵⁸ Corte Cost., sent. n. 301 del 2003, *Considerato in diritto*, punto 8.

⁵⁹ Corte Cost., sent. n. 301 del 2003, *Considerato in diritto*, punto 10.

⁶⁰ Corte Cost., sent. n. 301 del 2003, *Considerato in diritto*, punto 11.

⁶¹ Tale tecnica è risalente e consolidata nel tempo, soprattutto dopo che la giurisprudenza costituzionale ne ha delineato gli elementi essenziali, stabilendo che "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazione incostituzionale" Cfr. E. Balbone, *Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni primaria e secondaria con riguardo alla natura di origine bancaria*, p. 10.

parte di un sistema unitario perché la norma ha carattere generale e quindi priva di carattere vincolante.

Un'ulteriore particolarità sta nel fatto che la Corte incide particolarmente sulla Legge censurata attraverso la collocazione sistematica delle varie decisioni nella sentenza presa nel suo complesso. Ciò lo troviamo nelle decisioni riguardanti i settori ammessi: se l'enumerazione di tali settori non ha effetto vincolante perché le singole previsioni legislative dei settori ammessi riproducono tutte le attività proprie delle fondazioni, e se il potere di modificarli (riconosciuto all'Autorità di vigilanza) è incostituzionale, sulla base dell'art. 70, Cost., si conferma una sorta di autonomia in capo alle fondazioni illimitata. Resta comunque l'obbligo per le Fondazioni di scegliere non più di tre settori di intervento primario.

La Corte dunque utilizza diverse tecniche decisorie, per mettere ordine ad un sistema agitato e , nel fare ciò, attribuisce al Legislatore una lezione (implicita) su come le leggi andrebbero scritte⁶².

In conclusione al di là dei profili considerati, la Corte riconduce nuovamente le Fondazioni di origine bancaria all'interno dell'ordinamento civile, allontanandole così del tutto dalla materia del credito⁶³, procedendo ad una riscrittura di una intera Legge, mettendo a fuoco con queste sentenze – soprattutto con la sentenza n. 301 – alcuni momenti patologici delle fonti del diritto.

Tuttavia, anche se la natura e la disciplina della Fondazioni di origine bancaria risultano chiarite, rimangono molti profili di incertezza, dati dalla presenza di una mancata definizione certa e stabile circa la competenza

⁶² E. Balboni, *Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto*, cit., p. 3, secondo il quale la Corte spiega al Legislatore le conseguenze “sul quel che può accadere quando i nuovi atti normativi intaccano la coerenza del sistema complessivo e lasciano sostanzialmente unica arbitra dei successivi sviluppi una potestà regolamentare, che ormai di secondario ha soltanto la qualità formale (ma trova un valido argine nell'attività consultiva e giurisdizionale dei giudici amministrativi)”.

⁶³ Cfr. V. Marcenò, *La qualificazione della natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria: alla ricerca della coerenza*, in G. Pastori, G. Zagrebelsky, *Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, p. 114.

legislativa regionale in tema di enti creditizi⁶⁴. Alcuni commentatori ritengono infatti che la Corte non avrebbe affrontato la questione della natura delle fondazioni⁶⁵ in modo chiaro e preciso, lasciando la possibilità ai giudici comuni, in futuro, di proseguire l'opera di adeguamento. L'impressione, infatti, è quella che l'argomento principale usato dalla Corte possa avere l'effetto di apportare delle modifiche sostanziali e permanenti al diritto bancario nazionale, fornendo i presupposti necessari affinché le Regioni si sentano legittimate a ricostituire una serie di sistemi crediti con carattere pubblicistico⁶⁶. Inoltre altri commentatori (nonché il Consiglio di Stato) hanno rilevato alcune analogie sul livello dei principi costituzionali nel rapporto tra pubblico e privato nel perseguimento di interessi della comunità, con i principi delineati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 396 del 1988, sul "caso Ipab"⁶⁷.

La Fondazione di origine bancaria ha fatto così il suo ingresso, nelle comunità che organizzano e promuovono le "libertà sociali", da tenere distinte dai "diritti sociali", con i quali si allude ad una posizione giuridica

⁶⁴ Il problema nasce dal fatto che anche a seguito delle riforme succedute nel tempo non è chiara la competenza concorrente tra Stato e Regioni, riconosciuta dalla Legge Cost. n. 3/2001, sulle Casse di Risparmio, Casse rurali e aziende di credito a carattere regionale. Per un maggiore disamina del caso cfr. M. Atelli, *Le fondazioni di origine bancaria fra transizione infinita verso il diritto privato e innovazioni dell'ordinamento regionale in materia creditizia*.

⁶⁵ E. Balboni, *Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni primaria e secondaria con riguardo alla natura di origine bancaria*, cit., p. 14, secondo il quale "le decisioni in commento chiariscono senza infingimenti e senza incertezze la natura essenzialmente privata, non lucrativa e non a scopo di lucro, delle fondazioni"; F.C. Rampulla, *La Corte si esercita in difficili equilibri sulle fondazioni bancarie*, in "Le Regioni", n. 1, 2004, il quale invece, afferma che, "La Corte Costituzionale ha, ritenuto di non prender posizioni nette sulla natura delle Fondazioni ed ha assunto una linea altalenante, cercando di risolvere caso per caso i motivi di impugnativa, ed ha finito per dare un'immagine di questi soggetti non legata ad una loro precisa configurazione giuridica, ma piuttosto alla ragionevolezza individua delle disposizioni oggetto di giudizio del giudice delle leggi. [...] La Corte non ha imboccato la via della definizione giuridica della natura delle Fondazioni, sotto il profilo di ciò che effettivamente sono in base ai tratti della legislazione vigente, ed ha, viceversa, assunto la linea della delimitazione, caso per caso, della risoluzione dei motivi di impugnativa, alla luce del preminente canone della ragionevolezza e della sostanziale tollerabilità istituzionale dell'intervento normativo statale."

⁶⁶ Cfr. M. Atelli, *Fondazioni bancarie oppure ordinamento creditizio regionale: su cosa ha deciso la Consulta?*.

⁶⁷ Per un maggior approfondimento del caso cfr. E. Balboni, *Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni primaria e secondaria con riguardo alla natura di origine bancaria*; E. Balboni, *Le fondazioni bancarie: verso un nuovo "caso IPAB"? Osservazioni sul parere del Consiglio di Stato, sez. Atti normativi n.1354 del 1.7.2002*.

protetta dall'ordinamento in capo a ciascun cittadino, ma la fruizione riguarda altre dimensioni collettive e sociali. L'introduzione delle Fondazioni nelle libertà sociali evoca un tipo di società capace di autodeterminarsi con lo scopo di utilizzare le risorse di origine privata per fini altruistici.

Quello che allora apparve come un durissimo braccio di ferro tra il Ministro Tremonti e le Fondazioni di origine bancaria si risolse solo in una disputa davanti alla Corte Costituzionale, risolta attraverso la comune partecipazione in Cassa Depositi e Prestiti.

3.2 - La sentenza n. 438/2007 della Corte Costituzionale

Con la sentenza del 20 Dicembre 2007 n. 438, la Corte Costituzionale è tornata sulla natura pubblica – privata delle Fondazioni di Origine bancaria.

Nel caso di specie, la Provincia autonoma di Bolzano aveva proposto, nei confronti dello Stato, conflitto di attribuzione in relazione alla nota del Ministero dell'economia e delle finanze con la quale erano state approvate, alcune modifiche apportate allo statuto della Fondazione Cassa di risparmio di Bolzano. Secondo la ricorrente, con l'atto impugnato il Ministero dell'economia, pretendendo di approvare le modifiche statutarie, e non limitandosi ad esprimere su di esse un parere, avrebbe violato le previsioni attributive delle competenze regionali e provinciali, in materia di ordinamento del credito locale, contenute negli artt. 5⁶⁸, numero 3, 11⁶⁹ e 16⁷⁰ del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige),

⁶⁸ D.P.R. n. 670/1972, Articolo 5, comma 3 dispone che «La Regione, nei limiti del precedente articolo e dei principi stabiliti dalle leggi dello Stato, emana norme legislative nelle seguenti materie: [...] 3) ordinamento degli enti di credito fondiario e di credito agrario, delle Casse di risparmio e delle Casse rurali, nonché delle aziende di credito a carattere regionale».

⁶⁹ D.P.R. n. 670/1972, Articolo 11, dispone al primo comma che «La Provincia può autorizzare l'apertura e il trasferimento di sportelli bancari di aziende di credito a carattere locale provinciale e regionale, sentito il parere del Ministero del Tesoro» e, in base al successivo terzo comma, «La Provincia nomina il presidente e il vice presidente della Cassa di risparmio, sentito il parere del Ministero del tesoro».

⁷⁰ D.P.R. n. 670/1972, Articolo 16, dispone che «Nelle materie e nei limiti entro cui la regione o la provincia può emanare norme legislative, le relative potestà amministrative, che in base all'ordinamento preesistente erano attribuite allo Stato sono esercitate rispettivamente dalla regione e dalla provincia».

nonché nelle relative norme di attuazione, dalle quali la ricorrente faceva derivare la sua competenza riguardo alla «approvazione delle modifiche» apportate allo statuto della Fondazione Cassa di risparmio di Bolzano. La ricorrente chiese che la Corte dichiarasse la non competenza allo Stato, (nella figura del Ministero dell'economia e delle finanze), di approvare le modifiche allo statuto della Fondazione Cassa di risparmio di Bolzano e, di conseguenza l'annullamento dell'atto.

La Corte, svolgendo una dettagliata analisi delle norme che la Provincia autonoma riteneva violate, ha fatto emergere che la potestà legislativa della Regione dovesse essere esercitata nell'ambito «dei principi stabiliti dalle leggi dello Stato», e con il «rispetto delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica»⁷¹. Ciò, comportava che le valutazioni circa la legittimità costituzionale dell'intervento statale dipendevano dallo stato delle riforme economico-sociali della Repubblica e dei principi che derivano dalla legislazione statale.

La Consulta ripercorrendo, quindi, il complesso iter delle riforme e del processo di ristrutturazione al quale è stato sottoposto dagli anni 90 in poi il settore degli istituti di credito di diritto pubblico, ivi comprese le Casse di risparmio, è arrivata alla conclusione che il processo legislativo ha dato vita, in ciascuna delle sue fasi, ad una riforma economico-sociale della Repubblica, con la conseguenza che la Regione e la Provincia autonoma erano tenute ad adeguarsi sia nell'esercizio della loro competenza legislativa sia nel parallelo svolgimento dell'attività amministrativa. Tanto che è la stessa Regione che, ha provveduto a scorporare l'azienda della Cassa di risparmio dal preesistente ente, configurando quest'ultimo come una fondazione, ed ha infine previsto che la legge n. 461 del 1998 e il d.lgs. n. 153 del 1999 disciplinassero il funzionamento della fondazione stessa (art. 2, comma 2, del vigente «Statuto della Fondazione Cassa di risparmio di Bolzano»).

La giurisprudenza nel seguire il processo di ristrutturazione del settore degli istituti di diritto pubblico ha avuto andamenti altalenanti fino a

⁷¹ Corte Cost., sent. n. 438 del 2007, *Considerato in diritto*, punto 3.1.

quando nel 2003 (a seguito anche della cristallizzazione normativa) con la sentenza n. 300 ha precisato che mentre nel «periodo transitorio delle operazioni di ristrutturazione bancaria (cfr. sentenze n.163 del 1995 e 341 e 342 del 2001) la qualificazione di ente creditizio è ritenuta plausibile, in base al mancato venir meno, in concreto, del vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie, ora “l'evoluzione legislativa ha spezzato quel “vincolo genetico e funzionale”, di cui parlano le sentenze n. 341 e n. 342 del 2001, vincolo che in origine legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, e ha trasformato la natura giuridica del primo in quella di persona giuridica privata senza fine di lucro (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 153 del 1999) della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante. Con questa trasformazione, muta la collocazione nel riparto materiale delle competenze legislative tracciato dall'art. 117 della Costituzione»⁷².

La Corte, quindi, preso atto dell'avvenuto consolidamento del processo legislativo statale di profonda modifica di questo settore, e, alla luce di tali atti normativi, constata che si è realizzata la separazione tra il sistema delle fondazioni e quello degli istituti creditizi e ritiene che le fondazioni bancarie rientrino non più nell'ambito della materia del credito, «ma in quella dell'“ordinamento civile”, comprendente la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato che l'art. 117, secondo comma, della Costituzione assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato». La Corte dopo aver sottolineato, in conclusione, che presupposto necessario per ritenere che le fondazioni siano collocabili nell'ambito di competenza legislativa delle Regioni è che esse e le loro attività «rientrino in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo, deduce che dopo il d.lgs. n. 153, questo presupposto (cfr sentenza n. 300 del 2003) non è più sostenibile»⁷³. La Corte ritiene quindi che l'attrazione della disciplina delle fondazioni nell'ambito dell'“ordinamento civile” a seguito di una

⁷² Corte Cost., sent. n. 438 del 2007, *Considerato in diritto*, punto 4.3.

⁷³ Corte Cost., sent. n. 438 del 2007, *Considerato in diritto*, punto 4.4.

riforma economico-sociale, nel costituire un limite all'esercizio della potestà legislativa regionale e provinciale fa derivare, per il principio del parallelismo, l'impossibilità da parte della Provincia di rivendicare l'attribuzione delle correlate funzioni amministrative. In tal senso quindi dichiara, rigettando il ricorso, che spettava allo Stato e, per esso al Ministero dell'economia e finanze approvare le modifiche allo statuto della Fondazione cassa di risparmio di Bolzano.

4 - NATURA GIURIDICA DELLE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA

La Corte Costituzionale con la sentenza 29 Settembre 2003 n. 300 ha affermato in maniera chiara e precisa che le Fondazioni devono essere collocate tra i soggetti privati e non è più sostenibile che le loro attività rientrino in una nozione di Pubblica Amministrazione né in senso oggettivo, né in senso soggettivo. Inoltre ha sostenuto che la disciplina relativa alle Fondazioni sia da collocare all'interno dell'ordinamento civile⁷⁴.

Tuttavia la definizione enunciata dalla Corte Costituzionale ha trovato qualche resistenza da parte della dottrina, tanto che, già prima del D.lgs. 17 Maggio 1999 n. 153 era stata messa in dubbio la correttezza della qualificazione legislativa delle Fondazioni bancarie come enti pubblici.

La natura privata delle Fondazioni di origine bancaria è il risultato di un lungo percorso evolutivo, iniziato con la Riforma Amato - Carli (L. n. 218 del 1990 e D.lgs. n. 356 del 1990) e ha attraversato forti evoluzioni ad opera della Riforma Ciampi (L. n. 461/1998 e D.lgs. n. 153/1999)⁷⁵.

⁷⁴ Tesi ribadita con la sentenza della stessa Corte 20 Novembre 2007, n. 438.

⁷⁵ V. Marcenò, *La qualificazione della natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria: alla ricerca della coerenza*, in G. Pastori e G. Zagrebelsky, *Fondazioni Bancarie: una grande riforma da consolidare*, p. 103, considera le Fondazioni come un "Giano bifronte" per il fatto che esse (con la Legge Ciampi) acquisivano la veste di persone giuridiche private, capaci di darsi un proprio atto costitutivo e proprie regole di organizzazione e di funzionamento. Tuttavia permanevano una serie di previsioni di carattere pubblicistico. Vennero così considerate come enti di diritto privato speciale.

Lo stesso Santi Romano⁷⁶ osservava che le Casse di risparmio erano istituti che si proponevano di accettare depositi e titoli di risparmio per trovare un loro conveniente collocamento.

Quindi la loro natura è molto incerta e ha da sempre dato origine a controversie vivissime. In genere, si ritiene che debbano essere classificate come enti commerciali, ma le loro prestazioni hanno un forte connotato pubblicistico. Da questo deriva infatti la speciale vigilanza cui esse sono sottoposte, il Ministero dell'Economia e delle Finanze il quale ne approva gli Statuti e ne provoca la liquidazione qualora venisse accertata una perdita non inferiore alla metà del patrimonio⁷⁷. Romano riteneva, infatti, che le Casse di Risparmio non potessero venire qualificate istituti di utilità pubblica alla francese anche se una tale qualificazione era già stata prospettata dalla giurisprudenza dell'epoca. La distinzione alla francese tra stabilimenti pubblici e stabilimenti di utilità pubblica era stata tenuta presente dal nostro legislatore⁷⁸; tuttavia l'articolo 2114 cod. civ. del 1865, parlava di corpo morale e il corrispondente articolo del codice francese parlava invece di *établissements public*. Quindi la distinzione tra stabilimenti pubblici e stabilimenti di utilità pubblica non può essere applicata nel diritto italiano, dal momento che il nostro diritto considera pubbliche persone giuridiche fondate dall'attività privata.

Successivamente, con lo sviluppo di enti collocati al di fuori dello Stato ma con il compito di svolgere attività sociale (ordini professionali, camere di commercio, università), cominciò a svilupparsi l'idea che lo Stato non poteva disinteressarsi dell'organizzazione del risparmio e del credito. Da qui la possibilità di qualificare le casse di risparmio come entità più vicine allo Stato e quindi, enti pubblici⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. S. Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, 1906.

⁷⁷ Legge 15 Luglio 1888, Legge 17 Luglio 1898, r.d. 21 Gennaio 1897 e r.d. 18 Novembre 1898.

⁷⁸ L'espressione *établissements publics* era stata tradotta in "stabilimenti" o "istituti pubblici", mentre *établissements d'utilité publique* con l'espressione "corpi morali".

⁷⁹ Tale tesi venne affermata negli anni '20 e trovò la sua collocazione nelle legge bancaria del 1936.

Negli anni successivi, tuttavia, lo scorporo delle casse dagli istituti di diritto pubblico dell'azienda bancaria (realizzato dalla Legge Amato) ha dato luogo a società di diritto comune, ma gli enti conferenti vennero qualificati espressamente come enti pubblici.

Tutto questo spiega una serie di problemi che si sono sviluppati nel corso degli anni, relativi alla natura pubblica o privata delle Fondazioni di origine bancaria, sebbene la Corte Costituzionale le abbia configurate all'interno del "mondo" privato.

Il Codice Civile disciplina l'organizzazione di società di capitali, consorzi, società cooperative, associazioni e fondazioni. Per quest'ultime essendo assoggettate ai controlli amministrativi, a tutela del patrimonio altrui affidato agli amministratori, il potere che il legislatore esercita, si giustifica maggiormente. Il loro patrimonio, infatti, si è formato nel tempo grazie al risparmio della collettività di quel territorio e a sua volta è destinato a scopi di interesse pubblico. Da qui l'esigenza di creare delle limitazioni al potere di organizzazione per poter assicurare la trasparenza nell'attività degli organi degli enti, circa le tecniche e i criteri di relazione di bilanci.

Alla luce di tutto ciò, dobbiamo tuttavia domandarci se tale regolamentazione possa subire delle limitazioni. È stata infatti sollevata la questione se la disciplina relativa alle Fondazioni sia o meno conforme ai precetti costituzionali legati al principio di autodeterminazione della volontà privata e di sussidiarietà come previsto dall'Articolo 118, comma 4, Cost.

Con la sentenza del 1° Luglio 2002 n. 1354, il Consiglio di Stato, sezione atti normativi, ha sottolineato, come l'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale, abbia dotato di particolare importanza l'obbligo di protezione dell'autonomia privata nelle formazioni sociali rispetto a discipline di fonte eteronoma. Il legislatore quindi può intervenire su tale autonomia solo nei limiti della proporzionalità e ragionevolezza e soprattutto nel rispetto della riserva di legge stabilita nell'Articolo 41 Cost.⁸⁰. Dopo aver

⁸⁰ La regolazione delle Fondazioni Bancarie "deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, raffrontando i benefici dell'attività di vigilanza e controllo con i possibili costi economico - sociali che possono derivare dal ritardo o dal

sottolineato la portata innovativa dell'Articolo 118, comma 4, Cost. (principio di sussidiarietà in senso orizzontale), il Consiglio di Stato ha rilevato come lo stesso articolo «abbia modificato la stessa nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione di bisogni individuali (Articolo 41 Cost.), ma anche quando persegue utilità generali configurando spazi autonomi di tutela per attività strumentali, mediante le quali si persegue la realizzazione delle utilità generali, così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi»⁸¹.

Secondo quanto è stato affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza 28 Febbraio 1992 n. 75, l'attività svolta dalle Fondazioni è "l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale

rallentamento che tali funzioni di vigilanza possono provocare sulle attività operative degli organismi privati vigilati". Sentenza Consiglio di Stato n. 1354/2002, *considerato in diritto*, punto II 3.3.

⁸¹ Sentenza Consiglio di Stato n. 1354/2002, *considerato in diritto*, punto II 3.2. Occorre inoltre considerare che anche in ambito comunitario le Fondazioni vanno assumendo una certa rilevanza. Infatti, il documento della Commissione europea sulla "Promozione delle associazioni e delle Fondazioni" (COM 97, 241 def.), sottolinea che le Fondazioni costituiscono un gruppo più omogeneo rispetto alle associazioni, in quanto possono essere raggruppate in due categorie in ragione delle finalità perseguite (pubbliche o private). Inoltre viene rilevato che esistano diverse tipologie di Fondazioni negli ordinamenti interni.

normativamente prefigurata dal Costituente”⁸². Da ciò ne consegue che i limiti legislativi e i controlli previsti devono avere una giustificazione in preminenti interessi pubblici di rilievo costituzionale e devono rispettare il nucleo essenziale di libertà privata in cui consiste l’attività delle fondazioni⁸³.

All’interno dell’ordinamento italiano esistono varie tipologie di Fondazioni e molte di queste sono sottoposte in via residuale alla disciplina del Codice civile⁸⁴. È proprio nella sottoposizione in via residuale al Codice civile che trova origine il dibattito sulla natura giuridica di questi enti. In particolare ci si chiede se, nonostante la loro formale veste privatistica, debbano essere riqualificati come enti pubblici. Infatti, le Fondazioni continuano a perseguire finalità di interesse pubblico e il loro regime relativo alle loro attività espletate è rimasto invariato. Tenendo conto che numerose regole comportano una significativa alterazione dei meccanismi di funzionamento di rispetto al modello generale previsto dal codice civile, l’unico soggetto in grado di stabilire se la disciplina speciale dell’ente privatizzato comprima o meno in modo irragionevole la sua autonomia privata ovvero se, per contro, tale disciplina risulti compatibile, è il giudice delle leggi.

Possiamo infatti osservare che se da un lato, sono presenti diversi orientamenti del Consiglio di Stato⁸⁵ e della Corte Costituzionale⁸⁶ atti a ricondurre le società a partecipazioni pubblica all’interno del regime pubblicistico, dall’altro tali orientamenti non possono trovare fondamento

⁸² Sentenza Corte Costituzionale n. 75/1992, *considerato in diritto*, punto 2.

⁸³ Cit. G. Morbidelli, *Le attività delle Fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in G. Cerrina Ferroni (a cura di), *Fondazioni e Banche, Modelli ed esperienze in Europa e negli Stati Uniti*, p. 10.

⁸⁴ Da tempo è presente la tendenza legislativa ad istituire Fondazioni a regime particolare. Possono, a titolo di esempio, richiamarsi: l’Articolo 42, comma 1 L. n. 3/2003 e il D.lgs. n. 228/2003, riguardante la trasformazione degli enti pubblici – istituti di ricovero e cura a carattere scientifico in fondazioni di diritto pubblico; il D.lgs. n. 367/1996 riguardante la trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato.

⁸⁵ Si veda ad es.: Cons. St. sez. IV, 2 Marzo 2001, n. 1206, n. 1303/2002.

⁸⁶ La Corte Costituzionale con la sent. n. 29/2006 ha riconosciuto che le norme che sottopongono al rispetto delle stesse procedure concorsuali cui risultano assoggettati gli enti locali, le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di un servizio pubblico *in house*, nell’assunzione del personale sono compatibili col sistema costituzionale in quanto non pongono limitazioni alla capacità di agire di persone giuridiche private, atteso che l’ente *in house*, sebbene sia un ente privato, «può essere assimilato, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici».

per le Fondazioni a statuto speciale. Nonostante da diversi anni si sottolinei l'esigenza di realizzare una profonda riforma della disciplina civilistica in tema di Fondazioni, la stessa è stata fin'ora parzialmente modificata. È stata, infatti, semplificata solo la procedura richiesta per l'acquisizione della personalità giuridica degli enti non lucrativi ed è stato eliminato l'obbligo di acquisire l'autorizzazione di eredità, legali, donazioni⁸⁷.

Le Fondazioni di origine bancaria sono state ritenute dai giudici comunitari⁸⁸ degli enti che possono essere qualificati come imprese, con la conseguenza che le misure fiscali di favore di cui esse beneficiano possono configurarsi come aiuti di Stato. Ciò nonostante hanno osservato come le Fondazioni non possano essere considerate imprese, se partecipano all'attività economica svolta dall'impresa controllata e ove si limitino ad esercitare un'attività rivolta all'erogazione di contributi ad enti senza scopo di lucro.

Tuttavia, le Fondazioni bancarie, sono state sottoposte, ex Articolo 8, comma 5, D.M. 2 Agosto 2002, n. 217 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, al rispetto della normativa prevista per gli appalti pubblici di servizi; da ciò ne consegue che in parte la loro attività è a regime di diritto amministrativo. Ma, lo stesso Franco Bassanini, ha ribadito più volte la natura privata delle Fondazioni. La qualificazione privatistica costituisce per le Fondazioni di origine bancaria il riconoscimento di una realtà che le ha fin da subito caratterizzate in quanto nate nella società civile, da iniziativa dei privati o di collettività locali⁸⁹.

Con un'importante sentenza del Tar Lazio, 31 Luglio 2007 n. 7283, il Giudice amministrativo è intervenuto in merito al ruolo che i soggetti privati possono rivestire, pronunciandosi positivamente sull'introduzione delle Fondazioni bancarie all'interno della categoria di organismo di diritto

⁸⁷ Per un maggior approfondimento cfr. F. Roversi Monaco, A. Maltoni, *Fondazioni e interessi generali in Italia, Relazione al XVIII Congresso italo - spagnolo dei professori di diritto amministrativo Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?* - Bologna, 27-29 maggio 2010.

⁸⁸ Corte di Giustizia Ce, sez. II, sent. 10 Gennaio 2006, in causa C-222/04.

⁸⁹ Cfr. Intervento di F. Bassanini, *Le Fondazioni di origine bancaria, il sistema creditizio e la Repubblica della sussidiarietà*, Congresso ACRI 22 - 24 Giugno 2006, Bolzano.

pubblico. Tuttavia la sentenza ha ignorato o comunque tralasciato l'iter relativo alle origine delle Fondazioni bancarie, il quale viene ritenuto come un elemento imprescindibile per comprenderne l'assetto legislativo attuale e la ratio della disciplina cui sono soggette. La sentenza è stata così oggetto di profonde critiche.

Il Giudice ritiene che le Fondazioni, per essere riconosciute come organismi di diritto pubblico, debbano soddisfare esigenze di interesse generale, aventi il carattere non industriale o commerciale.

Tuttavia la giurisprudenza comunitaria⁹⁰ ha sul punto maturato la convinzione che è irrilevante la qualificazione oggettiva delle attività svolte dall'ente oggetto di esame ai fini della sua natura di organismo di diritto pubblico, in quanto la conclusione sulla natura delle attività svolte dall'ente deve essere effettuata indagando se le medesime costituiscano lo scopo diretto o indiretto dell'esercizio della funzione⁹¹.

Analizzando più da vicino la definizione di organismo di diritto pubblico, possiamo trovare il suo fondamento all'interno del D.lgs. 25 Febbraio 2000 n. 65, Articolo 2 (che ha sostituito il D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, art. 2), il quale nello statuire, in materia di appalti pubblici, che rientrano tra le amministrazioni aggiudicatrici gli organismi di diritto pubblico, da detti organismi la seguente definizione: sono tali gli organismi dotati di personalità giuridica, istituiti per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle Regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici". Tale disposizione è stata poi recepita nel D.lgs. 17 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), il quale

⁹⁰ Cfr. Corte di Giustizia UE VI, 16 Ottobre 2003 C-283/00.

⁹¹ Cfr. G. Di Chio, *La Natura e qualificazione di organismo di diritto pubblico sono estranee alle fondazioni bancarie: fraintendimenti ed equivoci in ordine alla nozione di bisogni di interesse generale e di controllo*, in *Giustizia Amministrativa*, Riv. Di Diritto Pubblico, 2007.

all'art. 3 (sulle definizioni) comma 26 stabilisce: " L'organismo di diritto pubblico" è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specifiche esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Tale definizione ricalca pedissequamente la definizione di organismo di diritto pubblico data dall'art. 1, lett. b) della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi⁹².

Quindi l'organismo di diritto pubblico è una figura di carattere residuale destinata ad individuare i soggetti riconducibili alla categoria delle amministrazioni per effetto della compresenza in essi di taluni elementi sintomatici. Questa nozione, tuttavia, ha sollevato numerose e complesse questioni sulla qualificazione di alcuni soggetti come organismi di diritto pubblico, tra i quali rientrano anche le Fondazioni. Il dibattito è stato rivolto soprattutto all'interpretazione del requisito secondo il quale l'organismo deve essere istituito per soddisfare bisogni d'interesse generale senza possedere i requisiti della non industrialità o commercialità. Infatti sul punto, non sorge nessuna questione per gli enti che perseguono bisogni di interesse generale avvalendosi di un'organizzazione pubblicitica e dei tradizionali strumenti di diritto amministrativo; il problema sorge per quegli enti che hanno una struttura di tipo privatistico.

⁹² Sulla questione relativa alla qualificazione dell'organismo di diritto pubblico cfr. R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra il Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. Garofoli – M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*; G. La Rosa, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità della giurisprudenza*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2/2007; M. Pennisi, *Requisiti dell'organismo di diritto pubblico*, in www.ildirittoamministrativo.it; G. Ottaviano, *Il concetto di "organismo di diritto pubblico" nelle privatizzazioni*, 1999.

La Direttiva 18/2004 ha dedicato un ampio spazio alla definizione di organismo di diritto pubblico, in particolare all'interno dell'Articolo, comma 9⁹³, ma a differenza di quanto si è verificato nel nostro ordinamento interno, nel quale, si è tradizionalmente tentato di elaborare una definizione unitaria di soggetto pubblico, a livello comunitario, tale non è intesa come categoria unitaria, ma viene elaborata, tanto sul piano normativo, quanto nell'interpretazione giurisprudenziale, settore per settore, adattandola, quindi, di volta in volta alle esigenze della normativa delle singole materie nelle quali si fa riferimento al soggetto pubblico. Tuttavia possiamo osservare che ciò che accomuna tale molteplicità di nozioni è l'approccio di tipo sostanziale: alla individuazione dei soggetti pubblici, infatti, non si procede, tanto sul piano normativo, quanto su quello giurisprudenziale, con criteri formali di definizione, bensì sulla base di parametri di tipo sostanziale, tra cui, in particolare, quello della sottoposizione a dominanza pubblica di carattere funzionale o strutturale.⁹⁴

Come emergerà anzi dall'esame dei più recenti interventi giurisprudenziali, soprattutto del Giudice comunitario, siffatto approccio si traduce nella difficoltà di identificare una volta per tutte uno o più dati formali al cui riscontro subordinare la qualificazione del singolo ente in termini di organismo di diritto pubblico; è necessario piuttosto valutare, caso per caso, le condizioni ed il contesto in cui l'ente espleta la sua attività, sì da verificare se sia o meno effettivamente assoggettato alla regole proprie della

⁹³ L'Articolo 1, comma 9, Direttiva 18/2004 afferma «Si considerano "amministrazioni aggiudicatrici": lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico. Per "organismo di diritto pubblico" s'intende qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Gli elenchi, non limitativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i criteri di cui al secondo comma, lettere a), b), e c), figurano nell'allegato III. Gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modificazioni intervenute nei loro elenchi.»

⁹⁴ Cfr. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra il Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. Garofoli – M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, cit. p. 9.

competizione economica. Solo la sostanziale indifferenza alle leggi del mercato e della competizione economica può innescare quel sospetto che l'ente possa preferire in sede di affidamento delle prestazioni di cui necessita le imprese nazionali discriminando quelle degli altri Stati membri: sospetto sotteso alla imposizione legislativa di precisi metodi di scelta dell'appaltatore.

Un'importante contributo al dibattito è stato svolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, attraverso le Sentenze 15/1/1998 in causa C-44/96⁹⁵; 10/11/1998, in causa C-360/96⁹⁶ e 17/12/1998 in cause C-353/96 e 306/97⁹⁷.

Attraverso queste pronunce la Corte ha chiarito la nozione di organismo di diritto pubblico e in particolare l'espressione «bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale»⁹⁸. La Corte parte dal presupposto che la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico prescinde dalla natura dei compiti che gli vengono affidati; è invece necessario che il soggetto in questione svolga in qualche modo compiti diretti al perseguimento di bisogni d'interesse generale anche in misura non prevalente rispetto all'attività

⁹⁵ Causa Mannesmann Anlagenbau Austria AG/ Osterreichische Staatsdruckerei. La questione sottoposta all'attenzione della Corte era stata sollevata dal Bundesvergabeamt austriaco, il quale aveva chiesto una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'Articolo 1, punto b) della Direttiva 93/97/CEE relativo alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e lavori. Il Bundesvergabeamt austriaco aveva rivolto alla Corte la domanda sulla qualificazione del Osterreichische Staatsdruckerei come organismo di diritto pubblico. La Corte si è pronunciata ritenendo l'ente un organismo di diritto pubblico in quanto è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Per un maggior approfondimento sulla Sentenza in questione cfr. A. Mozzati, *Osservazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/1999, p. 250.

⁹⁶ Causa Geemete Arnhem – Geemete Rheden/BFI Holding BV. La questione trae origine da una controversia sottoposta sorta dopo la costituzione da parte di Comuni olandesi (Rheden e Arnhem) di una società per azioni (A.R.A.) per svolgere il servizio di smaltimento dei rifiuti nell'ambito dei relativi comprensori. Erano state sollevate delle questioni da parte della BFI Holding BV in quanto riteneva che i due Comuni non potessero affidare ad A.R.A. la gestione del servizio in questione. I Comuni invece ritenevano che A.R.A. fosse un organismo di diritto pubblico e quindi la sua attività non doveva farsi rientrare nella Direttiva 92/50, bensì nell'articolo 6 di quest'ultima, il quale stabilisce le relative esenzioni (parere accolto della Corte di Giustizia). Cfr. A. Mozzati, *Osservazioni sulla nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/1999, p. 252 ss.

⁹⁷ Cause Commissione/Irlanda e Connemara Machine Turf Co.Ltd/Coillte Teoranta.

⁹⁸ Articolo 1, Lett. b) della Direttiva n. 92/50.

imprenditoriale.⁹⁹ Più problematica è invece l'individuazione del significato dell'espressione «bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale». La Corte all'interno delle sentenze sopra citate, ha inteso realizzare una distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e dall'altro lato i bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale. La prima situazione si può riscontrare nel soggetto che svolge le attività come pubblica amministrazione. In particolare la Corte afferma che il soggetto è istituito per soddisfare bisogni di interesse generale quando sussistono elementi che possono riguardare sia le attività svolte sia le caratteristiche del settore in cui opera il soggetto, sia le finalità dallo stesso perseguite. Quindi un soggetto deve svolgere un'attività esso riservata, rispettando determinati obblighi di servizio pubblico.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, non potrebbe essere considerato organismo di diritto pubblico il soggetto che è stato istituito per svolgere attività imprenditoriale in regime di libera concorrenza.

Nel nostro ordinamento, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 7 aprile 2010 n. 8225, hanno precisato i requisiti necessari per la configurabilità di un organismo di diritto pubblico, che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, viene sottoposto ad un particolare regime pubblicistico. In particolare, la Suprema Corte, richiamando la giurisprudenza comunitaria, analizza la questione della rilevanza di riconoscere alla circostanza che il soggetto operi in un mercato a struttura concorrenziale e l'incidenza che tale circostanza possa avere in ordine all'attribuzione della qualità di organismo di diritto pubblico. La giurisprudenza nazionale (Cons. di Stato 2.3.2001 n. 1206; Cons. di Stato 17.9.2002 n. 4711; Ad. Plen. 23.07.2004 n. 9; Cass. S.U. 8.2.2006 n. 2637; Cons. di Stato 19 maggio 2008 n. 80), ha affermato che un soggetto debba essere considerato organismo di diritto pubblico anche se svolge attività ibrida, con la conseguenza che esso è

⁹⁹ «Il fatto che il soddisfacimento dei bisogni di interesse generale costituisca solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte da un ente è ... irrilevante, dato che l'ente medesimo continua a provvedere ai bisogni che è specificamente tenuto a soddisfare» Cfr. Sentenza 10/11/1998, in causa C-360/96, punto 55.

tenuto all'applicazione della normativa pubblicistica per l'intera sua attività e, quindi, anche con riferimento all'attività estranea al soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale.

Tale Sentenza è stata tuttavia criticata da una parte della dottrina, sostenendo che la Suprema Corte, definendo l'organismo di diritto pubblico si avvalga della giurisprudenza comunitaria ma in realtà ne prescinde da essa e dai principi che essa stabilisce.¹⁰⁰

La tesi, in base alla quale le Fondazioni di origine bancaria debbano essere qualificate come organismi pubblico, non ha avuto seguito ed è stata abbandonata in sede di regolamento sulla base del rilievo che gli amministratori designati degli enti pubblici per legge non rappresentano tali enti né ad essi rispondono. Manca così il presupposto della disciplina di organismo di diritto pubblico, secondo cui la pubblicità degli enti controllori si riverbera enti controllati. Il Tar Lazio ha invece seguito un ragionamento diverso, estensibile a tutte le Fondazioni bancarie: ha ritenuto utilizzare le fattispecie dell'Articolo 3 comma 26, D.lgs. 163/2006, in virtù del fatto che le fondazioni sono sottoposte alla vigilanza del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Tuttavia la tesi non può essere considerata valida. La Legge si riferisce infatti alla vigilanza svolta da organi interni e non da ogni forma di vigilanza anche esterna¹⁰¹. Quindi il testo del Decreto non è sottoponibile ad equivoci, né sono ammesse interpretazioni estensive trattandosi di introdurre limitazioni alla autonomia di un soggetto privato.

La sentenza del Tar Lazio era condizionata dal fatto che nella specie il contratto riguardava la redazione della progettazione definitiva di un'opera pubblica, inserita tra l'altro nel programma delle opere strategiche (Legge 21 Dicembre 2001 n. 443).

Ai sensi del Codice dei contratti, le Fondazioni Bancarie non sono qualificabili come organismo di diritto pubblico. Sul tema, nel 2010 è

¹⁰⁰ Per un approfondimento alla Sentenza e al relativo casi di specie, cfr. M. Pennisi, *Requisiti dell'organismo di diritto pubblico, nota a cassazione S.U. 7 aprile 2010 n. 8225*, in www.ildirittoamministrativo.it.

¹⁰¹ L'Articolo 3, comma 26, D.lgs. 163/2006 parla di "organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza" costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organi di enti pubblici.

intervenuta la sentenza n. 1255 del 2010 del Consiglio di Stato¹⁰² in riforma della pronuncia del Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I n. 1757 del 6 ottobre 2009, con la quale la Fondazione ex Bancaria Cassa di Risparmio di F. era stata qualificata organismo di diritto pubblico e, in quanto tale, inserita nel novero dei soggetti tenuti a garantire il diritto di accesso agli atti amministrativi ai sensi della L. 241/1990. Il Consiglio di Stato argomenta in modo discordante rispetto a quanto deciso con la prima sentenza, sulla base di un riferimento normativo che espressamente esclude che le Fondazioni Bancarie possano essere ritenute organismi di diritto pubblico, anche ai sensi del D.lgs. 163/2006 (c.d. Codice dei contratti). Tale sentenza ha provocato notevoli conseguenze sul piano pratico¹⁰³.

L'articolo 1, comma 10-ter, del decreto legge n. 162 del 23 ottobre 2008 (convertito con modificazioni in L. 22 Dicembre 2008, n. 201) afferma infatti che "ai fini della applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, non rientrano negli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico gli enti di cui al decreto legislativo n. 153 del 17 maggio 1999, e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, di cui all'art. 1 del decreto legislativo n. 509 del 30 giugno 1994, e di cui al decreto legislativo n. 103 del 10 febbraio 1996, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture".

¹⁰² Nel caso di specie, una Fondazione Bancaria aveva emanato le delibere per cedere le attività di banca a un grande istituto bancario. Uno dei soci della Fondazione aveva chiesto l'accesso a tali delibere ai sensi della legge 241/1990. Il giudice inizialmente aveva ritenuto possibile l'applicazione degli atti sulla base della natura di organismo di diritto pubblico delle Fondazioni ex bancarie non sottoposte a controllo o influenza dominante di altri enti o amministrazioni pubbliche. Di opposto avviso rispetto al Consiglio di Stato è il Tar Lazio Roma, sez. I, n. 7283 del 31 luglio 2007, che ha qualificato organismo di diritto pubblico una fondazione bancaria, considerandola quindi soggetta alla disciplina di cui al D.lgs. n. 163 del 2006. Tuttavia si tratta di una decisione intervenuta prima dell'entrata in vigore del disposto normativo di cui all'art.1, comma 10-ter, del Dl n. 162 del 23 ottobre 2008. Per un maggior approfondimento del caso di specie cfr. R. Cusmai, *Fondazioni Bancarie "blindate": no al diritto di accesso*, in Il Sole 24 Ore, Maggio 2010 n. 5.

¹⁰³ Cfr. R. Chieppa, *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle Fondazioni nel settore pubblico*; Commento a cura dell'Avv. Stefano Calvetti - Ing. Ilde Garritano - Consulenti Studio Legale Rusconi Partners, *Organismi di diritto pubblico*.

Le Fondazioni rientrando tra i soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali e non svolgendo funzioni pubbliche, va riconosciuto loro carattere di utilità sociale agli scopi perseguiti, ma tale carattere non può essere confuso con la attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario espletata da soggetti di diritto privato, di cui all'art. 2, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica n. 184/2006. Di conseguenza le Fondazioni Bancarie non possono farsi rientrare tra i soggetti destinatari della disciplina sull'accesso. Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con la Sentenza 3 Marzo 2010, n. 1255, ha ritenuto che le Fondazioni bancarie non possono essere considerate organismo di diritto pubblico perché non usufruiscono di finanziamenti pubblici; né lo Stato né altri enti di diritto pubblico, esercitano su di esse un controllo di gestione; né risulta che gli organi di amministrazione, di direzione e di vigilanza debbano essere costituiti da soggetti incaricati dall'apparato pubblico. Le Fondazioni Bancarie rientrano tra i soggetti delle organizzazioni delle libertà sociali e non svolgono funzioni pubbliche anche se gli scopi perseguiti hanno i requisiti per essere considerati di utilità sociale. Inoltre ciò non porta a identificarle con i soggetti che svolgono "attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario".¹⁰⁴

Quindi, come si è avuto modo di osservare, i rapporti che le Fondazioni di origine bancaria hanno con il potere pubblico, sono molti e continui, derivanti, per la maggior parte dei casi, dall'esigenza di tutelare un patrimonio che promana dalla collettività e dall'inclinazione al risparmio. L'attività delle Fondazioni è strettamente di diritto privato e non hanno rilievo gli scopi di pubblica utilità perché sono scopi tipici di tutte le Fondazioni. Lo svolgimento ad opera di privati di attività di interesse generale è elemento caratterizzante della sussidiarietà orizzontale¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. M. A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, 2010, p. 195 - 199.

¹⁰⁵ Diversamente F. C. Rampulla, *La Corte si esercita in difficili equilibri sulle fondazioni bancarie*, in *Le Regioni*, 1/2004, p. 288 ss., rileva come la Corte "ha ritenuto [...] di non prendere posizioni nette sulla natura delle fondazioni", ed "ha finito per assumere delle decisioni [...] basate più su di una sorta di buon senso applicativo, piuttosto che su di un solido ragionamento rigorosamente giuridico". Da ciò se ne ricava che dal combinarsi della legislazione con le pronunce del giudice delle leggi le Fondazioni Bancarie vengano ad essere

Tali considerazioni permettono, inoltre, di eliminare dal D.lgs. 153/99 i caratteri pubblicistici che si sono aggiunti nel tempo; il tutto avvalorato dalla sentenza della Corte Costituzionale 300/2003.

Tuttavia in diverse occasioni è stato dimostrato che le Fondazioni, grazie alla propria autonomia e capacità di diritto privato, danno origine a molteplici rapporti e collaborazioni con enti pubblici (in particolar modo nei settori delle infrastrutture, con la presenza nel capitale di Cassa Depositi e Prestiti, nonché sanità e cultura).

Partendo dall'ipotesi che le Fondazioni di origine bancaria si considerino effettivamente persone di diritto privato, e non enti pubblici, la dottrina, prima della pronuncia della Corte, ha rilevato che non è prevista alcuna competenza legislativa regionale sul soggetto Fondazione bancaria: si è così precisato che in tal caso si avrà una competenza esclusiva dello Stato sul soggetto e una competenza esclusiva o concorrente della Regione sull'attività. Tuttavia si è rilevato che, dato che le Fondazioni bancarie operano in settori di attività di competenza legislativa regionale, vi sarà, una serie di sovrapposizioni anche sull'ordinamento delle Fondazioni con un abbassamento del limite dei rapporti di diritto privato: si osserva, a sostegno di tale affermazione, come ci si possa chiedere se i principi di unità dell'ordinamento e di eguaglianza tra i cittadini (presupposti dell'esclusione della competenza regionale in materia di diritto privato) siano lesi ove le Regioni dettino discipline diverse, pur rispettando i principi fondamentali,

configurate "enti, di diritto comune, ma fortemente condizionati da disposizioni pubblicistiche", propendendo per la "qualifica di "enti privati di interesse pubblico", ciò che giustifica i "margini, per vero assai limitati, di autonomia privatistica delle fondazioni stesse". Ne tratta tra gli "enti privati di interesse pubblico" anche G. Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 205 ss. Pare tuttavia che la categoria degli enti privati di interesse pubblico non sia di diritto positivo ma abbia mero valore descrittivo, ed in quanto tale non impiegabile dal giudice o dalla Corte per trarne conseguenze interpretative. Sul problema dell'esistenza di una categoria intermedia tra enti pubblici ed enti privati, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993 (3 ed.), I, p. 226, che rileva come "ben potrebbero esistere, in un diritto positivo, enti intermedi tra gli enti privati e i pubblici", rilevando nel contempo che la "nozione di "ente privato d'interesse pubblico" ha valore descrittivo, non classificatorio"; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 199, che rileva come l'ordinamento italiano non conosca, a differenza di quello francese, "categorie intermedie tra gli enti pubblici e quelli privati".

per questa categoria chiusa di soggetti, operanti .per lo più in ambito regionale e in settori di competenza regionale.

Altra parte della dottrina, ha ritenuto che il regime particolare a cui sono sottoposte le Fondazioni bancarie indichi l'esistenza di un *tertium genus* fra gli enti pubblici e le persone giuridiche private, in modo da concludere che le Fondazioni bancarie rientrino in un ambito non meglio precisato di "enti privati di interesse pubblico": quindi, soggetti ad una particolare disciplina volta a garantire gli obiettivi che le Fondazioni devono conseguire, indipendentemente che esse siano nate dalle Casse di Risparmio a base associativa o dotate di base istituzionale.¹⁰⁶

Quindi, alla luce, di queste considerazioni, possiamo ritenere che le Fondazioni Bancarie siano "enti privati di diritto speciale". Questo altalenarsi, tra una classificazione giuridica piuttosto che un'altra, non è altro che il filo conduttore di una dialettica tra il potere pubblico e l'autonomia privata di figure giuridiche espressione della comunità di radicamento.

Alla luce di tale scenario ci dobbiamo interrogare su come potrà essere modulato in futuro, il rapporto tra potere pubblico e l'autonomia di direzione delle Fondazioni; dobbiamo cioè interrogarci da un lato, sulla natura e sulla funzione giuridica delle Fondazioni, dall'altro sulla configurazione delle funzione di vigilanza che opera su di esse.¹⁰⁷

5- RASSEGNA CRONOLOGICA DELLE PRINCIPALI DISPOSIZIONI NORMATIVE INTERVENUTE DAL 2003 IN TEMA DI FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA

Le novità portate dalle due sentenze della Corte Costituzionale (nn. 300 e 301) hanno inciso in modo determinante sulla disciplina normativa successiva, caratterizzandola di un certo grado di specialità giustificata dalla

¹⁰⁶ Cfr. V. M. Sessa, *Gli enti privati di interesse generale*, 2007, cit. p. 129.

¹⁰⁷ Cfr. S. Amorosino, *Le Fondazioni di origine bancaria tra potere pubblico e un'autonomia privata: un'ipotesi futuribile*, in Giusti M., Passalacqua M., *Quale fiscalità per le fondazioni di origine bancaria. Atti del Convegno nazionale (Livorno, 22-23 ottobre 2008)*, p. 43 ss.

necessità di delineare un percorso graduale di approdo alla prevista revisione delle disciplina generale delle persone giuridiche private, di cui al Titolo II del Libro I del Codice Civile.

Il quadro istituzionale di riferimento per le Fondazioni di origine bancaria, dal 2003 fino ai nostri giorni, è stato interessato pertanto da importanti eventi sia normativi che giurisdizionali. Riguardo al profilo normativo, in particolare, dobbiamo ricordare:

a) Legge Finanziaria 2003 (Legge n. 289/2002): ha modificato la disposizione relativa all'incompatibilità, introdotta dall'art. 11 della Legge n.448/01, restringendone la portata irragionevolmente ampia. Inoltre ha introdotto la distinzione tra Fondazioni "piccole" (Fondazioni con patrimonio non superiore a 200 milioni di euro) o aventi operatività nelle Regioni a statuto speciale, e le altre Fondazioni. Per le prime, ha prorogato di tre anni, il termine per procedere alle operazioni di dismissione delle partecipazioni di controllo detenute nella società bancaria conferitaria, (adeguando coerentemente il periodo di applicazione del regime di neutralità fiscale delle operazioni) e per la cessione degli immobili diversi da quelli strumentali (il termine del 15 Giugno 2003 è stato prorogato al 15 Giugno 2006)¹⁰⁸.

b) D.L. 24 Giugno 2003, n. 143 coordinato con la Legge di conversione n. 123/2003: proroga al 31 Dicembre 2005 il termine di dismissione del controllo e le relative agevolazioni fiscali per tutte le Fondazioni. Per le "piccole" Fondazioni e per quelle operanti nelle Regioni a statuto speciale viene eliminato l'obbligo della perdita del controllo, fermo

¹⁰⁸ Legge 289/2002, Articolo 80, Comma 2: "Al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 4, il comma 3 e' sostituito dal seguente: "I soggetti che svolgono funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo presso le fondazioni non possono ricoprire funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria conferitaria o altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo in rapporto di partecipazione azionaria o di controllo ai sensi dell'articolo 6 con tale società bancaria conferitaria, ad eccezione di quelle, non operanti nei confronti del pubblico, di limitato rilievo economico o patrimoniale"; b) all'articolo 25, dopo il comma 3, e' aggiunto il seguente: "3-bis. Per le fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro, e per quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale, le parole "quarto", "quattro" e "quadriennio", contenute negli articoli 12, 13 e nel comma 1 del presente articolo sono sostituite, rispettivamente, dalle seguenti: "settimo", "sette" e "settennio".

restando la conservazione delle agevolazioni fiscali. Viene inoltre consentito alle fondazioni di investire fino al 10 per cento del patrimonio in immobili non strumentali, senza penalizzazioni fiscali o la perdita della qualifica di ente non commerciale. Il decreto risolve, quindi, alcuni problemi di carattere urgente, la cui soluzione non era stata demandata alla Corte Costituzionale in quanto rischiavano di compromettere l'operatività delle Fondazioni e dovevano avere una soluzione imminente. In particolare, viene accolta una proposta che l'ACRI aveva cercato invano di far acquisire fin dalla Legge "Ciampi", permettendo una migliore diversificazione del patrimonio¹⁰⁹.

c) Legge finanziaria 2004¹¹⁰: introduce nuove norme in tema di incompatibilità per coloro che svolgono le funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo delle Fondazioni. La vigente disciplina distingue il regime delle incompatibilità dei componenti dell'organo di indirizzo da quelle dei membri degli organi di amministrazione, direzione e controllo. Per i primi l'incompatibilità riguarda le funzioni di amministrazione, direzione e controllo nella società bancaria conferitaria, mentre per i secondi l'incompatibilità è estesa anche alle società controllate o partecipate dalla banca conferitaria. Il Governo era stato più volte sollecitato a definire in modo più specifico la nozione di "società partecipate", ma in realtà il desiderato chiarimento non è intervenuto¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. *Ottavo rapporto sulle fondazioni bancarie*, p. 29.

¹¹⁰ Legge 350/2003, Articolo 2, Comma 26: "Le disposizioni previste dagli articoli 17, 18 e 20 della Legge 21 novembre 2000, n. 342, possono essere applicate anche con riferimento ai beni risultanti dal bilancio relativo all'esercizio in corso alla data del 31 Dicembre 2003. In questo caso la misura dell'imposta sostitutiva del 19 per cento è ridotta al 12 per cento e quella del 15 per cento è ridotta al 9 per cento. L'imposta sostitutiva dovuta in base alle disposizioni di cui al presente comma deve essere versata in tre rate annuali, senza pagamento di interessi, entro il termine di versamento del saldo delle imposte sui redditi, rispettivamente secondo i seguenti importi: 50 per cento nel 2004, 25 per cento nel 2005 e 25 per cento nel 2006. L'applicazione dell'imposta sostitutiva deve essere richiesta nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta in cui è effettuato l'affrancamento dei valori. All'articolo 4 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, il comma 3 è sostituito dal seguente: «3. I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la fondazione non possono ricoprire funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria conferitaria o sue controllate o partecipate. I soggetti che svolgono funzioni di indirizzo presso la fondazione non possono ricoprire funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria conferitaria»".

¹¹¹ Per un maggior approfondimento in materia, Cfr. *Nono rapporto sulle fondazioni di origine bancaria*, p. 15 - 16.

d) DM 18 Maggio 2004, n. 150: ha attuato l'Articolo 11 della Legge 448/2001 che era stato ristrutturato dalle due sentenze della Corte Costituzionale (n. 300 e 301 del 2003). Il nuovo regolamento ha abrogato e sostituito il precedente decreto n. 217/02¹¹² (dal momento che era stato sospeso dal TAR del Lazio per i ponderosi profili di illegittimità rilevati) ed ha raggiunto una soluzione alla travagliata vicenda iniziata alla fine dell'anno 2001 con la Legge n. 448, che aveva radicalmente riformato la Legge "Ciampi" (Legge quasi annullata in toto dalle decisioni della Corte Costituzionale). Il regolamento ministeriale ha attuato i principi sanciti dalla Corte; principi, che hanno ampliato i livelli di autonomia delle Fondazioni, nella distribuzione delle risorse, ma ha inoltre ridimensionato i poteri dell'Autorità di vigilanza, rispettando la natura privatistica delle Fondazioni. Con il regolamento sono state apportate ulteriori novità in tema di composizione dell'organo di indirizzo¹¹³ (che il precedente decreto n. 217/02 voleva riservare agli enti locali territoriali).

e) D.L. 12 Luglio 2004, n. 168 coordinato con la Legge di conversione n. 191/04 (Articolo 2, commi 4 e 5): ha disposto l'abrogazione del Comma 2 dell'Articolo 12 del D.lgs. n. 153/99 concernente l'applicazione alle Fondazioni dell'aliquota IRES ridotta alla metà (raddoppiando così l'aliquota d'imposta dal 16,5 al 33%, con conseguente effetto anche sulla tassazione dei dividendi percepiti dalle Fondazioni, per i quali l'imposizione è stata dapprima introdotta e poi duplicata)¹¹⁴.

f) Legge 28 Dicembre 2005, n. 262: ha sostituito il Comma 3 dell'Articolo 25 del D.lgs. n. 153/99 concernente il potere sostitutivo dell'Autorità di vigilanza per la dismissione del controllo delle banche

¹¹² DM 150/04, Articolo 1, comma 1.

¹¹³ DM 150/04, Articolo 3.

¹¹⁴ In materia di disciplina fiscale è intervenuta la Corte di Giustizia della CE sulla decisione relativa al procedimento C-222/04 concernente le questioni pregiudiziali poste dalla Corte di Cassazione riguardo al regime fiscale delle fondazioni. Inoltre, ulteriori interventi legislativi in materia hanno stabilito la misura dell'accantonamento alla riserva obbligatoria e dell'accantonamento patrimoniale facoltativo per l'esercizio 2005 (Decreto Dirigenziale 13 Marzo 2006), 2006 (Decreto Dirigenziale 23 Marzo 2007), 2007 (Decreto Dirigenziale 20 Marzo 2008), 2008 (Decreto Dirigenziale 11 Marzo 2009), 2009 (Decreto Dirigenziale 13 Aprile 2010), 2010 (Decreto Dirigenziale 7 Aprile 2011).

conferitarie nonché la limitazione del diritto di voto delle Fondazioni al 30 per cento del capitale di tutte le società diverse dalle strumentali.

g) D.L. 31 Maggio 2010 n. 78, coordinato con la Legge di conversione n. 122/10 (Articolo 52): la norma introduce una disposizione interpretativa dell'articolo 10, comma 1, D.lgs. 153/1999, in tema di Autorità di vigilanza sulle Fondazioni di origine bancaria. Tale provvedimento non fa altro che confermare l'impianto complessivo delle Legge Ciampi, stabilendo che «fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al Titolo II, Libro I, del codice civile, e anche successivamente, finché ciascuna Fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo 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». La Legge finanziaria del 2010, all'articolo 52, interpreta il citato articolo nel senso che fino a quando non è istituita una nuova autorità di controllo sulle persone giuridiche private (che trovano la loro disciplina nel Titolo II, Libro I, 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»¹¹⁵. Come possiamo notare, al di là delle scarse differenze letterarie dal punto di vista interpretativo, la nostra attenzione deve ricadere sulla presenza di un forte ritardo nella costituzione dell'autorità di vigilanza sulle persone giuridiche, nonché l'assenza di

¹¹⁵ Legge 122/10, Articolo 52, Comma 1.

un'esplicita scadenza per realizzarla. Pertanto, fino a quando non verrà costituita un'autorità di vigilanza specifica, il controllo governativo sarà omnicomprensivo, dovendo tuttavia tenere in considerazione i vincoli stabiliti dalla Corte Costituzionale nelle sentenze 300 e 301 del 2003¹¹⁶. Altre novità, apportate dal D.L. 31 Maggio 2010 n. 78, hanno interessato l'estensione al 2010 della possibilità, riconosciuta a tutti i soggetti di beneficiare delle norme del D.l. n. 185/08 (Articolo 15, Comma 13 e segg.), al fine di limitare l'impatto della instabilità dei mercati finanziari sugli investimenti mobiliari. Le altre disposizioni hanno interessato alcune modifiche relative al D.lgs. 153/1999: a) innalzamento della quota percentuale di patrimonio investibile in immobili diversi da quelli strumentali dal 10 al 15% (in modo che le Fondazioni possano disporre di spazi più adeguati per i loro investimenti in un settore rilevante per la stabilizzazione dei proventi); b) reintroduzione all'Articolo 4, Comma 3, D.lgs. n. 153/99 delle ipotesi di incompatibilità fra l'esercizio di funzioni nella Fondazione e nella Banca conferitaria, che era stata dal legislatore in precedenza abrogata; c) assunzione a carico dell'Autorità di vigilanza dell'obbligo di relazionare il Parlamento, entro il 30 giugno, sull'attività svolta dalle Fondazioni nell'anno precedente. Sempre con riguardo al decreto sopra menzionato, non possono passare inosservati i vari interventi posti in essere durante l'iter di conversione, nel settore espropriativo. Ci si riferisce, in particolare, a due emendamenti volti a inserire, l'uno un obbligo di destinazione patrimoniale o reddituale, mediante l'applicazione di un'imposta straordinaria per gli anni 2011, 2012 e 2013, pari al 2% del patrimonio 2010 o al 2% del reddito, l'altro ad introdurre, a partire dal 2010, un prelievo annuale straordinario pari al 5% dell'utile calcolato al lordo delle imposte sul reddito¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. F. Corsico e P. Messa, *Da Frankenstein a principe azzurro: le fondazioni bancarie tra passato e futuro*, p. 43, 44.

¹¹⁷ Su questo punto l'ACRI è intervenuta più volte per esprimere la propria contrarietà per tali proposte, esprimendo anche il suo rammarico dovuto al fatto che «non si sia compresa appieno l'importanza e la valenza sociale delle Fondazioni». L'intervento dell'Associazione è stato coronato da successo (gli emendamenti non vennero dunque introdotti nella legge), ma resta il rammarico che ancora non si sia compresa appieno

h) Legge 15 Dicembre 2011, n. 217: l'Articolo 22¹¹⁸, Comma 4 della Legge n. 217/2011 ha allineato la disposizione dell'Articolo 12, Comma 4, del D.lgs. 153/99, alla quota percentuale prevista dall'Articolo 7, Comma 3-*bis* del medesimo decreto, pari al 15%.

i) D.L. 24 Gennaio 2012, n. 1, coordinato con la Legge di conversione 27/2012 (art. 27 - *quater*), comma 1): l'Articolo 27 - *quater*, comma 1, del D.l. 1/2012, ha modificato l'Articolo 4 del D.lgs. 153/99, integrando la lett. c) del medesimo articolo, secondo cui gli statuti delle fondazioni dovranno prevedere che le modalità di designazione e di nomina dei componenti dell'organo di indirizzo siano ispirate a criteri oggettivi e trasparenti, improntati alla valorizzazione dei principi di onorabilità e professionalità; viene previsto inoltre che gli statuti dovranno contenere, secondo quanto stabilito nella nuova lettera g - *bis*) una nuova ipotesi di incompatibilità che riguarda l'assunzione o l'esercizio di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo o di funzioni di direzione di società concorrenti della società bancaria conferitaria o di società del gruppo. La ratio di tale intervento normativo è quella di "evitare conflitti di interesse e di assicurare l'indipendenza nello svolgimento dei rispettivi compiti e la trasparenza delle decisioni"¹¹⁹. Alcune fondazioni di dimensioni maggiori hanno adottato un regolamento interno riguardante i requisiti soggettivi e le procedure di nomina dei membri degli organi collegiali¹²⁰.

j) D.l. 18 Maggio 2012, n. 63, coordinato con la Legge di conversione 103/2012: l'Articolo 1, comma 7 - *ter* ha inserito all'Articolo 3,

l'importanza e la valenza sociale delle Fondazioni. Cfr. ACRI, *Quindicesimo rapporto sulle fondazioni di origine bancaria*, cit. , 16. Inoltre l'Acri ha sempre ritenuto questi interventi normativi in palese contrasto con i principi espressi dalla Carta Costituzionale (principi di uguaglianza, tutela della proprietà privata, capacità contributiva e sussidiarietà). Al riguardo si rinvia alle informazioni contenute in ACRI, *Quindicesimo rapporto sulle fondazioni di origine bancaria*, p. 17 ss.

¹¹⁸ Legge 217/2011, Articolo 22, Comma 4: "All'articolo 12, comma 4, primo periodo, del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e successive modificazioni, le parole: «al 10 per cento del proprio patrimonio» sono sostituite dalle seguenti: «alla quota percentuale prevista dall'articolo 7, comma 3-bis»".

¹¹⁹ Art. 4, comma 1, lett. g), D.lgs n. 153/1999.

¹²⁰ Cfr., il regolamento della Fondazione Cariplo del 4 Maggio del 2000, all'interno del quale vengono disciplinati i requisiti di professionalità, di competenza ed etici (Art. 2), Criteri e la procedura per le nomine (Art. 3, 9), nonché le modalità di presentazione delle varie candidature (Art. 4, 5 e 6).

comma 2, del D.lgs. 153/1999, la previsione secondo cui le cooperative che operano nel settore dello spettacolo, dell'informazione e del tempo libero, sono enti finanziabili dalle fondazioni di origine bancaria.

Dall'evoluzione normativa succeduta in cento anni di storia del nostro Paese, emerge che Fondazioni svolgono un ruolo fondamentale "sia sul fronte economico, sia su quello culturale, civile e sociale"¹²¹. Dal 2002 al 2011, le Fondazioni hanno erogato al Paese oltre 13 miliardi e mezzo di donazioni, per sostenere iniziative in settori di interesse collettivo e soprattutto nel welfare. Tuttavia, visto il loro forte radicamento sul territorio, le Fondazioni non sono solo fornitori di ingenti risorse necessarie per l'operare della società civile, ma svolgono ulteriori compiti e ruoli volti a creare un collegamento tra le associazioni e lo Stato¹²².

¹²¹ Citazione di G. Guzzetti, Presidente ACRI, in *88ª Giornata mondiale del risparmio*, Roma, 31 Ottobre 2012. In tale occasione il Presidente Guzzetti ha ribadito che le Fondazioni sono soggetti privati senza scopo di lucro e con piena autonomia statutaria e gestionale, come definite dalle due sentenze della Corte Costituzionale. Ha inoltre ricordato che le risorse delle Fondazioni destinate alle erogazioni sono state pesantemente ridotte dall'aumento della tassazione: sono cresciute le aliquote Imu ed è aumentata quella relativa alle rendite finanziarie (subendo un aumento dal 12,50% al 20%). Essendo le Fondazioni di origine bancaria soggetti privati senza fine di lucro sono sottoposte allo stesso regime tributario degli enti non commerciali di cui all'art. 87, comma 1, lett. c), del Testo Unico delle Imposte sui Redditi. Quindi le Fondazioni pagano l'imposta sui redditi (IRES); l'imposta sulle attività produttive (IRAP); l'imposta municipale sugli immobili (IMU); l'IVA; le imposte locali ad iniziare dalla TARSU. Infine, dal 1° gennaio 2013 le Fondazioni devono corrispondere all'Erario lo 0,15% del loro patrimonio, pari a 50 miliardi di euro, a seguito della revisione del regime dell'imposta di bollo. Le Fondazioni, quindi, non godono alcuna specifica agevolazione. Per quanto riguarda l'IMU, le Fondazioni scontano il tributo nella stessa misura e con le stesse modalità di tutti gli enti non commerciali e come quest'ultimi possono fruire, come già avveniva per l'ICI, della disposizione di cui all'art. 7, comma 1, lett. i), del d. lgs. n. 504/92, secondo cui sono esenti dall'imposta gli immobili "destinati esclusivamente allo svolgimento con modalità non commerciali di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive, nonché delle attività di cui all'articolo 16, lettera a), della legge 20 maggio 1985, n. 222". Per maggiori approfondimenti Cfr. www.acri.it; L. Perrone, *Evoluzione e prospettive dell'imposizione incentivante sul reddito delle Fondazioni di Origine Bancaria*, in M. Giusti e M. Passalacqua (a cura di), *Quale fiscalità per le Fondazioni di Origine Bancaria*, Atti del convegno nazionale, Livorno, 22 - 23 Ottobre 2008, p. 9 ss.

¹²² Cfr. V. Manzetti, *FOB, libertà sociali, e sussidiarietà orizzontale*, in M. Giusti e M. Passalacqua (a cura di), *Quale fiscalità per le Fondazioni di Origine Bancaria*, Atti del convegno nazionale, Livorno, 22 - 23 Ottobre 2008, cit. p. 231.

6 - LA DETENZIONE E LA GESTIONE DI AZIONI E PARTECIPAZIONI DA PARTE DELLE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA

Dalle varie vicende legislative di diversa ispirazione che si sono succedute in questi anni e che hanno caratterizzato le Fondazioni di origine bancaria, ne emerge un'evoluzione e una metamorfosi che ha condotto a risultati quasi paradossali: nate per essere enti non economici, estranei al mondo bancario con una predisposizione per così dire solo culturale, sono divenute oggi, al contrario, protagoniste del sistema creditizio italiano¹²³.

Questo modello italiano di fondazione bancaria¹²⁴ ha dato degli esiti positivi al punto che qualcuno l'ha definita una *success story*¹²⁵ e permette così di rendere giustizia ad alcune valutazioni critiche che ne hanno accompagnato l'evoluzione¹²⁶. Il ruolo positivo che le Fondazioni hanno svolto nel nostro Paese, soprattutto nel percorso di riorganizzazione del sistema creditizio, è stato ritenuto fondamentale e permette di apprezzare la solidità del modello "fondazione". Infatti esse, da un lato hanno diminuito gradualmente le proprie partecipazioni azionarie per consolidare la banca conferitaria e accrescerne la competitività; dall'altro anche se le Fondazioni hanno dismesso il controllo della banca conferitaria, hanno mantenuto comunque il ruolo di azionisti rilevanti garantendo una gestione accorta e diligente.

Inoltre, le Fondazioni sono presenti come sistema delle fondazioni bancarie, nell'area delle infrastrutture con partecipazioni importanti: seppur attraverso azioni di minoranza esse sono un socio importante della Cassa

¹²³ Cfr. F. Galgano, *Le fondazioni bancarie a venti anni dalla loro origine*, in *Italianieuropei*, 2010, n. 3.

¹²⁴ Ovvero lo sdoppiamento di identità soggettive provenienti da un unico corpo: le fondazioni da un lato e le società bancarie dall'altro

¹²⁵ Cfr. F. Bassanini, in C. Cittadino (a cura di), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica Amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008.

¹²⁶ Cfr. A. Patuelli, *Intervento al XXI° Congresso Nazionale ACRI*, Siena 10 - 11 Giugno 2009.

Depositi e Prestiti S.p.A.¹²⁷ in quanto nella realtà, attraverso il modello organizzativo di quest'ultima e attraverso le regole di governance che prevedono consultazioni fra soci (Ministro dell'Economia e Fondazioni sulle decisioni strategiche), svolgono un ruolo di spicco negli interventi del sistema Cassa, ottenendo risultati soddisfacenti¹²⁸.

Nel 2003 si sono succeduti due importanti interventi legislativi che hanno interessato le Fondazioni, in quanto detentrici di partecipazioni azionarie: il D.l. n. 269/2003¹²⁹ convertito successivamente nella Legge n. 326/2003. A seguito dell'operazione di dismissione e della trasformazione della Cassa Depositi e Prestiti in società per azioni, effettuato nel Dicembre 2003, il Ministero dell'economia e delle Finanze controllava la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. ("CDP") con una quota pari al 70% del capitale sociale (245.000.000 in azioni ordinarie), mentre il 30% della società (105.000.000 in azioni privilegiate) era detenuto, dalle Fondazioni Bancarie¹³⁰.

Sempre in data 5 Dicembre 2003 furono emanati due d.P.C.M. che disponevano: a) l'approvazione dello Statuto della Cassa Depositi e Prestiti contenente tra l'altro, la trasferibilità delle azioni a favore di fondazioni bancarie nonché di banche ed intermediari finanziari vigilati e le regole per la conversione delle azioni privilegiate in azioni ordinarie a partire dal 1 Gennaio 2010; b) la cessione e modalità di alienazione delle azioni privilegiate ai sensi della L. n. 474/1994, effettuata sulla base di valutazione delle stesse azioni privilegiate rilasciate dai consulenti finanziari del Ministero, JP Morgan e Deutsche Bank.

Lo Statuto di CDP nel 2003 prevedeva alcune specifiche caratteristiche delle azioni privilegiate possedute dalle Fondazioni: potere di blocco per

¹²⁷ Per un maggior approfondimento relativo alla Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. si veda il Capitolo 2.

¹²⁸ Cfr. M. Nuzzo, *Prospettive di riforma delle FOB tra le fondazioni private*, in M. Giusti e M. Passalacqua (a cura di), *Quale fiscalità per le Fondazioni di Origine Bancaria*, Atti del convegno nazionale, Livorno, 22 - 23 Ottobre 2008, cit., p. 34.

¹²⁹ In particolare, si fa riferimento all'Articolo 5.

¹³⁰ La dismissione del 30% era stata perfezionata dal MEF a 65 Fondazioni bancarie cedendo 105.000.000 azioni privilegiate del valore nominale di euro 1.050.000.000 ad un prezzo di vendita corrispondente al valore nominale delle azioni. Cfr. Parere del Consiglio di Stato, n. 04659/2012.

l'approvazione delle delibere da assumere in assemblea (articolo 14); nomina di un terzo dei componenti degli Organi sociali (articolo 15); designazione di tutti i componenti del Comitato di supporto degli azionisti privilegiati (articolo 22, comma 1); designazione della maggioranza dei componenti del Comitato di indirizzo strategico (articolo 23, comma 1). Inoltre venivano riconosciuti peculiari diritti economici: dividendo preferenziale ragguagliato al valore nominale e commisurato al tasso di inflazione del 3% (articolo 30, comma 2); la postergazione nelle perdite (articolo 31, comma 2).

Tra le peculiarità e i diritti che apportavano le azioni privilegiate, oltre ad attribuire una facoltà di recesso convenzionale¹³¹, si deve ricordare in particolare la conversione automatica delle azioni a decorrere dal 1° Gennaio 2010 secondo un "rapporto di conversione determinato dal Consiglio di amministrazione sulla base di una perizia del valore effettivo del patrimonio della società redatto da un esperto nominato dal Consiglio di amministrazione d'intesa con il Comitato di supporto degli azionisti privilegiati"¹³².

Poco prima che si verificasse la scadenza del termine di conversione automatica delle azioni privilegiate, le Fondazioni avevano esposto al MEF la possibilità di posticipare di tre anni il termine di conversione (dal 1 Gennaio 2010 al 1 Gennaio 2013) con l'eliminazione del privilegio di rendimento per le fondazioni previsto dallo Statuto. Con lettera del 14 Settembre 2012, indirizzata al MEF, il Presidente CDP aveva comunicato che in relazione all'avvio delle procedure di conversione, il Cda aveva affidato il mandato di redigere una valutazione del patrimonio effettivo della CDP a Deloitte & Touche¹³³. Pertanto, nel 2009 l'assemblea della CDP aveva modificato lo

¹³¹ Articolo 9, comma 1, Statuto della CDP, 2003: "Oltre che nelle ipotesi in cui agli azionisti spetti per Legge il diritto di recesso, e fermo altresì quanto previsto al precedente art. 7, comma 10, i soci titolari di azioni privilegiate hanno diritto di recedere dalla società, limitatamente al periodo tra il 1 Gennaio 2005 ed il 31 Dicembre 2009, nel caso in cui il dividendo spettante a dette azioni sia stato inferiore, anche per un solo esercizio al dividendo preferenziale di cui all'art. 30 del presente Statuto. Il diritto di recesso deve sempre essere esercitato dai soci titolari di azioni privilegiate per l'intera partecipazione".

¹³² Articolo 7, comma 10, Statuto della CDP, 2003.

¹³³ Il valore patrimoniale della Cassa era stato stabilito in 15 miliardi di Euro. Quindi affinché le Fondazioni continuassero a mantenere il loro 30% avrebbero dovuto pagare 4 miliardi.

statuto rinviando di tre anni il termine ultimo di conversione delle azioni privilegiate (Articolo 7, comma 10)¹³⁴; eliminando il diritto al dividendo preferenziale (Articolo 30, comma 2) e attribuendo la facoltà di recesso in caso di mancata percezione di utili per due esercizi consecutivi (Articolo 9, comma 1).

La ratio di tali operazioni era quella di trasformare da Cassa Depositi e Prestiti in uno strumento attraverso il quale portare il debito pubblico al di fuori del bilancio dello Stato, creando così un nuovo ministero delle Partecipazioni statali, un veicolo attraverso cui gestire vecchie e nuove partecipazioni in imprese italiane¹³⁵. Per realizzare queste manovre si doveva trasformare la CDP in un soggetto privato, portando al suo interno, appunto, soci privati (le Fondazioni bancarie).

Con lettera del 14 Settembre 2012, indirizzata al Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Presidente di CDP decise di annunciare l'affidamento, in relazione all'imminente avvio delle procedure per la conversione da parte del CdA della società, del mandato di redigere una valutazione del patrimonio netto effettivo di CDP e Deloitte & Touche, successivamente depositata in CDP.

Le Fondazioni bancarie avevano però manifestato alla CDP dubbi sulla legittimità della clausola statutaria riguardante la determinazione del valore delle azioni privilegiate da applicarsi in caso di conversione o recesso (articolo 9, comma 3)¹³⁶. Esse infatti ritenevano che la valorizzazione delle proprie quote doveva essere effettuata non sulla base dello Statuto ma su

¹³⁴ La possibilità di recedere veniva invece posticipata nel periodo dal 1 Ottobre 2012 al 15 Dicembre 2012.

¹³⁵ Cfr. L. Guiso e T. Boeri, *Per una cassa senza fondazioni*, in www.lavoce.info, cit.

¹³⁶ Le Fondazioni a supporto della propria tesi, avevano fatto pervenire un parere legale del Prof. Giuseppe Portale, il quale "proponeva dubbi sulla legittimità delle clausole dello statuto che regolano la valorizzazione delle azioni privilegiate ai fini della conversione o del recesso". Inoltre "riteneva opportuno, in linea con i principi dettati dal Codice Civile, interpretare la frazione del capitale sociale come la corrispondente quota del capitale economico di CDP". Dal parere quindi emerge che le azioni privilegiate di Cdp sono equiparabili a quelle ordinarie detenute dal MEF. Cfr. M. Ferrando, *Le fondazioni trattano su un prezzo "politico"*, in www.ilsole24ore.com, 24 Ottobre 2012.

valori patrimoniali, secondo quanto previsto dall'Articolo 2437 *ter* del Codice Civile (relativo ai criteri di determinazione del valore delle azioni)¹³⁷.

Il Ministro dell'Economia e delle Finanze, dal canto suo, considerava il recesso previsto dal combinato disposto degli articolo 7 e 9 dello Statuto della CDP, un'ipotesi ulteriore rispetto a quelle previste dall'Articolo 2437 del Codice Civile in quanto riteneva che si trattasse di un recesso convenzionale¹³⁸. Sulla base di quanto afferma il sesto comma del medesimo articolo ("E' nullo ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso [...]"), la questione di fondo era quindi se tale previsione codicistica facesse espresso riferimento solo alle cause di recesso considerate inderogabili e se, conseguentemente, la determinazione del valore delle azioni nelle eventuali ulteriori ipotesi enucleate nello Statuto, potesse essere disciplinato da criteri diversi da quelli fissati per Legge per le cause legali di recesso. Il Ministero, inoltre riteneva, che dalle particolari caratteristiche delle azioni privilegiate (che godono di una sostanziale attenuazione della partecipazione al rischio d'impresa¹³⁹) emergeva l'equilibrio delle clausole dello Statuto.

¹³⁷ L'Articolo 2437 *ter* dispone: "Il socio ha diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso. Il valore di liquidazione delle azioni è determinato dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni. Il valore di liquidazione delle azioni quotate in mercati regolamentati è determinato facendo esclusivo riferimento alla media aritmetica dei prezzi di chiusura nei sei mesi che precedono la pubblicazione ovvero ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea le cui deliberazioni legittimano il recesso. Lo statuto può stabilire criteri diversi di determinazione del valore di liquidazione, indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione. I soci hanno diritto di conoscere la determinazione del valore di cui al secondo comma del presente articolo nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea; ciascun socio ha diritto di prenderne visione e di ottenerne copia a proprie spese. In caso di contestazione da proporre contestualmente alla dichiarazione di recesso il valore di liquidazione è determinato entro novanta giorni dall'esercizio del diritto di recesso tramite relazione giurata di un esperto nominato dal tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica in tal caso il primo comma dell'articolo 1349." Articolo aggiunto dal D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (e quindi non ancora presente rispetto al quadro normativo vigente nel momento in cui la CDP venne trasformata in S.p.A.).

¹³⁸ Per un maggior approfondimento sulla definizione Cfr. E. Navarretta, *Diritto Privato*, 2005, p. 313 - 314.

¹³⁹ Le azioni privilegiate infatti riconoscono un dividendo preferenziale, il diritto di recesso in caso di mancata percezione del dividendo e la postergazione nelle perdite. Per un

Si deve sottolineare come lo Statuto stabiliva una garanzia fondamentale alle Fondazioni relativa alla possibilità di una loro uscita, con integrale recupero dell'investimento effettuato in caso di mancato pagamento di dividendi per due soli esercizi nonché l'azzeramento del rischio delle perdite sul valore delle azioni privilegiate.

Nacque così la necessità, da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze, di ottenere un parere del Consiglio di Stato¹⁴⁰ in relazione alla legittimità delle clausole statutarie sopra citate per stabilire se fossero da ritenere legittime o fossero fondati i dubbi di legittimità e se, dunque non si potesse escludere il rischio di soccombenza del Ministero/CDP in sede di eventuale contenzioso civile con le Fondazioni Bancarie. Al Consiglio si chiedeva, inoltre, se si potesse seguire un percorso alternativo nel caso in cui fossero fondati i dubbi di legittimità, per la determinazione del corretto criterio di valorizzazione delle azioni privilegiate in sede di conversione o di recesso. Le opzioni riservate alle Fondazioni, nel caso della conversione delle azioni privilegiate in azioni ordinarie e considerando l'adesione di tutte le fondazioni alla medesima opzione per l'intera loro partecipazione, venivano ipotizzate nella relazione trasmessa il 27 Settembre 2012 al Consiglio di Stato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze¹⁴¹. Con Decreto del 4 Ottobre 2012 si è costituita una Commissione speciale, presieduta dal Presidente del Consiglio di Stato, al fine di rendere tale parere.

Il Consiglio di Stato, ripercorrendo le origine storiche della CDP, ha evidenziato come l'istituto in questione sia caratterizzato da un certo ibridismo¹⁴², sia per la sua natura giuridica (prima ritenuta ente o azienda statale, successivamente azienda autonoma speciale, ora impresa organo), sia nelle modalità operative. Anche prima della sua trasformazione, l'attività della CDP era ritenuta in dottrina ed in giurisprudenza di natura privatistica

maggior approfondimento Cfr. M. Campobasso, *Diritto Commerciale, Diritto delle società*, Ottava Edizione, 2012, p. 199 ss.

¹⁴⁰ Parere espresso con l'Adunanza della Commissione speciale del 16 Ottobre 2012, n. 08178/12.

¹⁴¹ Cfr. *Le conclusioni del Consiglio di Stato*, in *I rapporti tra CDP e le fondazioni bancarie*, www.parlamento.it.

¹⁴² Consiglio di Stato, parere del 16 ottobre 2012, considerato in diritto punto n. 3.

e quindi dotata di tratti simili a quelli caratterizzanti l'attività bancaria. Pertanto il Consiglio di Stato ritiene valide le tesi che considerano un'attività amministrativa di diritto privato, quell'attività che la CDP svolge ai fini di interessi pubblici (cioè soccorrere la finanza degli enti locali e di agevolare la realizzazione di opere pubbliche, senza fine di lucro) con strumenti di diritto privato.

Partendo dal presupposto che alle Fondazioni è vietato l'esercizio di funzioni creditizie ed è loro precluso l'esercizio di forme di finanziamento, di erogazione, o comunque di sovvenzione ad enti con fini di lucro o in favore di imprese di qualsiasi natura per non compromettere la realizzazione del loro programma sociale, il Consiglio di Stato interviene sulla definizione del loro ruolo all'interno della CDP, definendole "investitori istituzionali"¹⁴³ che possono garantire alla CDP stessa stabilità e condivisione di obiettivi di interesse sociale e generale; nonché esprime un proprio parere sulla natura giuridica delle azioni privilegiate. Proprio su quest'ultimo elemento viene evidenziato il ruolo fondamentale dal punto di vista giuridico, che svolge la clausola che disciplina il valore della quota di partecipazione al momento del recesso (art. 9, comma 3). La clausola statutaria in questione prevede (senza alcun dubbio interpretativo) il recesso al valore nominale con l'unico correttivo della "sterilizzazione"¹⁴⁴ del meccanismo dell'extradividendo, detratto dall'ammontare del valore nominale.

Quanto alla legittimità della clausola, il Consiglio di Stato (sulla base delle valutazioni, realizzate all'atto di ingresso delle fondazioni, di JP Morgan e Deutsche Bank¹⁴⁵) ha rilevato che il trasferimento delle azioni privilegiate

¹⁴³ Consiglio di Stato, parere del 16 ottobre 2012, considerato in diritto punto n. 4.

¹⁴⁴ Consiglio di Stato, parere del 16 ottobre 2012, considerato in diritto punto n. 6.

¹⁴⁵ JP Morgan, in data 16 Dicembre 2003, ha determinato il valore delle azioni privilegiate sulla base del valore terminale al 31 Dicembre 2009. La stessa valutazione è stata realizzata anche dalla Deutsche Bank, tenendo conto del valore futuro delle azioni privilegiate al 31 Dicembre 2009, con un'analisi di *Discounted Cashflow* (metodo di valutazione utilizzato per stimare l'attrattiva di una opportunità di investimento attraverso l'uso di proiezioni future per arrivare a un valore attuale e per valutare il potenziale di investimento. Se il valore, ottenuto attraverso l'analisi DCF, è superiore al costo attuale della partecipazione, l'occasione può essere un buon compromesso). Il valore delle azioni, anche secondo quanto stabilito nello Statuto all'Articolo 9, comma 3, è pari ad euro 10,00 per

dallo Stato alle Fondazioni è avvenuto al valore nominale, senza valutare l'apporto in natura del Tesoro, generando per le Fondazioni una plusvalenza.

Per poter analizzare la questione della legittimità della clausola dobbiamo prendere le mosse dal Codice Civile (non dal testo vigente all'atto di approvazione della clausola ma dal testo vigente attualmente). Possiamo osservare che all'Articolo 2437 ai commi 1 e 2 si limita a disciplinare il recesso legale in ipotesi inderogabili e derogabili dallo Statuto, mentre il recesso convenzionale trova il suo unico fondamento nel Comma 4 del medesimo articolo dove si stabilisce che lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato dei capitali può prevedere ulteriori cause di recesso.

A giudizio della del Consiglio di Stato è invece diverso il ragionamento che dobbiamo fare per il caso di recesso (convenzionale) disciplinato dall'art. 7, comma 10 dello statuto per quanto concerne la conversione delle azioni privilegiate in azioni ordinarie per il fatto che "la materia della liquidazione della quota è disponibile e lo statuto può intervenire derogando al criterio legale"¹⁴⁶ (articolo 2437 *ter*, comma2).

Sulla base di questo ragionamento il Consiglio di Stato sostiene la legittimità della clausola statutaria in esame, riferendosi al recesso convenzionale sancito dallo statuto.

Se da un lato viene risolto il quesito sulla legittimità di tali clausole statutarie, dall'altro restano dubbi sulla possibilità di un eventuale contenzioso fra CDP (e Ministero) e Fondazioni. Al riguardo il Consiglio di Stato¹⁴⁷, ha dichiarato l'esistenza di 3 azioni perseguibili dalle fondazioni nei confronti della CDP: a) un'azione di nullità della clausola di cui all'articolo 9, comma 3, dello statuto; b) l'annullamento della clausola statutaria, perseguibile con l'articolo 2437 *ter*, comma 4; c) ottenere l'accertamento del proprio diritto alla liquidazione di una quota del patrimonio ed un equo apprezzamento della propria partecipazione ai sensi dell'articolo 2437*ter*, comma 6.

azione. Per un maggior approfondimento sull'istituto Discounted Cashflow, Cfr. www.borsaitaliana.it.

¹⁴⁶ Consiglio di Stato, parere del 16 ottobre 2012, considerato in diritto punto n. 7.

¹⁴⁷ Consiglio di Stato, parere del 16 ottobre 2012, considerato in diritto punto n. 8.

Quindi, in ordine agli interventi con i quali si poteva prefigurare tale risultato, la Commissione non ha ritenuto utile la modifica statutaria, atteso che a fronte di modifiche statutarie ove i soci di minoranza non siano soddisfatti, si può provvedere ad invocare il diritto di recesso (di cui all'art. 2437 comma 1 lett. f) del codice civile). Né il Consiglio di Stato valutava utile un intervento arbitrale, in quanto lo si reputa limitato alla sola determinazione dei valori economici delle partecipazioni.

Aderendo a quanto prospettato dal Consiglio di Stato, il legislatore è intervenuto con il D.l. 179 del 2012. In particolare, è stato fissato il termine del 31 gennaio 2013 affinché la CDP possa provvedere a determinare il rapporto di conversione delle azioni privilegiate in azioni ordinarie.

La conversione è stata realizzata tenendo conto di diversi passaggi fondamentali. In primo luogo si fa riferimento alla determinazione del valore di CDP sulla base di due momenti diversi: a) la data di trasformazione in società per azioni (ovvero al 12 dicembre 2003, secondo il combinato disposto del richiamato D.l. 269/2003 e del DM del 5 dicembre 2003); b) la data 31 dicembre 2012¹⁴⁸.

In secondo luogo si deve considerare il calcolo del rapporto tra il valore nominale delle azioni privilegiate e il valore della CDP alla data del 12 dicembre 2003 (data di trasformazione di CDP in società per azioni), come sopra determinato.

In terzo luogo si fa riferimento al calcolo del valore riconosciuto alle azioni privilegiate ai fini della conversione, come una quota - corrispondente alla predetta percentuale - del valore di CDP al 31 dicembre 2012.

Nel caso in cui il rapporto di conversione non risulti pari, le norme consentono ai titolari delle azioni privilegiate di beneficiare di un rapporto di

¹⁴⁸ Si ricorda infatti che l'articolo 5, comma 7, lettera a) del decreto-legge n. 269 del 2003 consente alla CDP S.p.A. di utilizzare i fondi derivanti dalla raccolta del risparmio postale per finanziare, sotto qualsiasi forma, lo Stato, le regioni, gli enti locali, gli enti pubblici e gli organismi di diritto pubblico. Il secondo periodo della lettera a) consente l'utilizzo delle suddette risorse anche per il compimento di ogni altra operazione di interesse pubblico prevista dallo statuto sociale di CDP S.p.A., nei confronti dei suindicati soggetti o dai medesimi promossa, tenuto conto della sostenibilità economico-finanziaria di ciascuna operazione.

conversione alla pari versando alla CDP un conguaglio¹⁴⁹ di importo pari alla differenza tra il valore di una azione ordinaria e il valore di una azione privilegiata.

Nel caso in cui i titolari delle azioni privilegiate non avessero esercitato il diritto di recesso nel periodo compreso tra il 15 febbraio 2013 e il 15 marzo 2013, essi devono versare al Ministero dell'Economia e delle Finanze, a titolo di compensazione, un importo pari al 50 per cento dei maggiori dividendi corrisposti dalla CDP dal 12 dicembre 2003 per le azioni privilegiate per cui avviene la conversione, rispetto a quelli che sarebbero spettati per una partecipazione azionaria corrispondente alla percentuale di concambio delle azioni privilegiate in ordinarie (ovvero per una partecipazione azionaria corrispondente alla percentuale di concambio)¹⁵⁰.

Per quanto concerne il diritto di recesso, il periodo per metterlo in atto decorreva dal 15 febbraio 2013 ed è terminato il 15 marzo del medesimo anno. Le azioni privilegiate sono state automaticamente convertite in azioni ordinarie a far data dal 1° aprile 2013. Le condizioni economiche per la conversione sono riconosciute al fine di rinsaldare la permanenza di soci privati nell'azionariato di CDP; quindi esse operano solo ove i soci privati (le Fondazioni bancarie) decidono di mantenere la propria partecipazione in CDP¹⁵¹.

In data 20 Marzo 2013 la CDP ha emesso un comunicato stampa¹⁵², con il quale ha comunicato che nessuna Fondazione bancaria azionista ha esercitato il diritto di recesso nel secondo periodo previsto per tale diritto.

¹⁴⁹ Conguaglio che per mantenere una quota del 20 per cento nella CDP, dovrà essere di 750 milioni di Euro. Cfr. A. Bassi, *CDP, le Fondazioni chiedono al Tesoro condizioni eque per restare nella Cassa*, in www.huffingtonpost.it.

¹⁵⁰ Tale importo può essere versato ratealmente: in una quota non inferiore al 20 per cento entro il 1° aprile 2013, e per la quota residua (l'80 per cento o una quota inferiore) in quattro rate uguali alla data del 1° aprile dei quattro anni successivi, con applicazione degli interessi legali.

¹⁵¹ Si deve ricordare, inoltre, che l'articolo 9, comma 3 dello Statuto prevede che, in tutti i casi di esercizio del diritto di recesso, il valore di liquidazione delle azioni privilegiate debba risultare: a) pari alla differenza tra la quota del capitale sociale per cui è esercitato il recesso (ovvero il valore nominale della partecipazione); b) con riferimento agli utili degli esercizi sociali chiusi sino al 31 dicembre 2008 compreso; c) con riferimento all'extradividendo percepito dalle azioni privilegiate.

¹⁵² N. 11/2013, in www.cassaddpp.it.

Quindi solo due Fondazioni azioniste¹⁵³ hanno esercitato, nel primo periodo (1° Ottobre – 15 Dicembre 2012), il diritto di recesso connesso alla conversione delle azioni privilegiate. Le Fondazioni che non hanno effettuato il recesso “hanno ricevuto 49 azioni ordinarie per ogni 100 azioni privilegiate da convertire dietro versamento al Tesoro di un conguaglio sui dividendi percepiti pari a 207.8 milioni di Euro”.

Inoltre, dal 1° Aprile 2013 e fino alla data di approvazione da parte dell’assemblea degli azionisti CDP del bilancio d’esercizio al 31 dicembre 2012 (avvenuta in data 17 Aprile 2013), a ciascuna fondazione bancaria azionista di CDP è stata concessa la facoltà di acquistare dal Ministero dell’economia e delle finanze un certo numero di azioni ordinarie di CDP. Tuttavia tale acquisto non può risultare superiore alla differenza tra il numero di azioni privilegiate già detenute e il numero di azioni ordinarie ottenute ad esito della conversione. Tale facoltà di acquisto è trasferibile a titolo gratuito tra le fondazioni bancarie azioniste di CDP. Tale importo può essere corrisposto al Ministero dell’economia e delle finanze in più soluzioni e con varie possibilità di dilazioni¹⁵⁴ di pagamento (accordate dal MEF su richiesta dell’azionista).

Come possiamo osservare dalle recenti disposizioni del maxi emendamento al decreto Sviluppo (Articolo 36 bis) si è venuta a creare una “strada preferenziale” nonché un’agevolazione per quanto concerne la conversione¹⁵⁵ delle azioni privilegiate della CDP. Inoltre viene risolto

¹⁵³ Le due fondazioni che hanno effettuato il recesso sono state la Fondazione *Cariverona* e *Cr Tortona* titolari di n. 9.084.000 azioni privilegiate, pari rispettivamente al 2,60 per cento e allo 0,30 per cento del capitale sociale.

¹⁵⁴ Una quota non inferiore al 20 per cento è versata entro il 1° Luglio 2013, mentre la quota residua sarà corrisposta in quattro rate uguali, il 1° Luglio 2017, con applicazione dei relativi interessi legali.

¹⁵⁵ Originariamente, l’istituto della conversione delle azioni non era previsto dal codice civile e fu introdotto per la prima volta in relazione alle azioni di risparmio dall’art. 1 Comma 14 della L. 216/74. La conversione delle azioni (secondo la disciplina generale) può avvenire attraverso tre modalità differenti: A) *Conversione Volontaria* che ricorre quando la società riconosce all’azionista il diritto di effettuare la conversione in azioni di risparmio o in altre categorie. In questo caso la conversione è rimessa alla libera determinazione degli azionisti. Per procedere alla conversione occorre una delibera dell’assemblea straordinaria che deve determinare il numero massimo delle azioni da convertire, il termine e le modalità di conversione e i meccanismi idonei ad assicurare il rispetto dell’art. 2351, I comma, secondo periodo, C.c. B) *Conversione Forzata* che ricorre quando la società, con assemblea

l'annoso problema relativo alla questione della restituzione dei dividendi straordinari pagati dalla Cassa nel caso in cui si verifichi la conversione delle azioni da parte degli azionisti; si è ritenuto infatti che le Fondazioni dovranno rimborsare solo la metà dell'extradividendo.

In data 17 Aprile 2013¹⁵⁶ è stata convocata l'Assemblea Ordinaria per l'approvazione del Bilancio relativo all'esercizio 2012 ed è stato presentato il Bilancio Consolidato 2012. La Cassa depositi e prestiti ha comunicato inoltre che si è chiusa la finestra temporale durante la quale è stata concessa a ciascuna Fondazione bancaria azionista di CDP la facoltà di acquistare dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ulteriori azioni ordinarie CDP. La composizione definitiva dell'azionariato della Cassa, derivante dall'operazione di conversione delle azioni privilegiate in azioni ordinarie, è così distribuita: MEF 80,1%, Fondazioni bancarie 18,4%, azioni proprie 1,5%.

Recentemente è sorto un contenzioso tra la Cassa Depositi e Prestiti e la Fondazione Cariverona, relativo alla questione sulla conversione delle azioni privilegiate.

Nel caso specifico Cariverona insieme a Crtortona decisero di recedere dal pacchetto azionario nel novembre 2012, poco prima che le azioni venissero trasformate in ordinarie. Cariverona possedeva il 2,56% del capitale della CDP e nel momento in cui venne attuato il recesso ricevette dalla cassa 56 milioni, ritenuti, tuttavia, insufficienti dalla Fondazione stessa. Cariverona sostiene infatti di non aver mai sostenuto la nuova strategia da fondo sovrano individuata dalla CDP e, inoltre, sostiene (tramite il suo presidente Biasi) che la CDP abbia difeso solo chi ha deciso di convertire le azioni e restare nel capitale della cassa.

Il recesso era stato valutato sulla base di una perizia del valore effettivo del patrimonio netto della società, così come stabilito nello statuto della CDP stessa. Tuttavia la fondazione ritiene che si debba applicare la

straordinaria, stabilisce la trasformazione diretta di azioni di una categoria in azioni di un'altra categoria, senza subordinarne l'adesione dei singoli azionisti; C) *Conversione Automatica* che ricorre quando essa sia prevista in origine, sin dal momento dell'emissione delle azioni, nel momento in cui si verifica un determinato evento. Cfr. D. Minussi, *La conversione delle azioni da una categoria all'altra*, 2012.

¹⁵⁶ Comunicato Stampa n. 16/2013

disposizione del codice civile che vista la nullità delle clausole statutarie, la quota dovrebbe essere calcolata sulla base della perizia effettuata da Deloitte che ha stimato il patrimonio della CDP in 19 miliardi di euro. Ecco la richiesta di 488 milioni da parte della fondazione, e decidendo quindi di citare in giudizio la CDP (la causa è prevista per il 14 novembre 2013).

6.1 Il ruolo delle Fondazioni Bancarie all'interno della Cassa Depositi e Prestiti

Il fondamento della scelta del legislatore di indicare le Fondazioni di origine bancaria come i soggetti più indicati a partecipare al capitale della CDP S.p.A., sia pure in misura minoritaria, può essere ravvisato in una duplice ragione.

Da un lato, infatti, grazie al loro percorso storico, le Fondazioni restano connesse al settore dell'intermediazione e trovano un legame forte ed operativo con i territori di riferimento¹⁵⁷. La posizione delle Fondazioni, dunque si pone in linea con l'attività e l'assetto della CDP, in particolare con l'articolazione delle diverse funzioni che essa svolge (sia come finanziatore che come investitore a lungo termine) a favore dello sviluppo dei territori¹⁵⁸. Le Fondazioni di origine bancaria, grazie ai loro statuti, si prestano infatti, egregiamente allo scopo di sostituire il ruolo dello Stato centrale e degli enti locali all'interno delle aree di investimento che caratterizzano il nostro Paese. Tuttavia, dal momento che le fondazioni sono vincolate nelle loro aree di investimento alla Regione di appartenenza, serve un soggetto con ampia autonomia d'azione in cui le fondazioni potessero confluire per finanziare

¹⁵⁷ Nella relazione della Corte dei Conti, del 28 Giugno 2011, sull'esercizio 2010 è stato registrato che tra i rappresentanti delle Fondazioni di origine bancaria si sta realizzando un'analisi su come creare un ponte di collegamento tra le informazioni che giungono dalle Fondazioni con l'operatività della Cassa rispetto al territorio. La Legge Ciampi aveva già considerato il territorio come fondamento dell'attività istituzionale delle Fondazioni, creando un apposito organo di indirizzo nell'ambito della governante interna alle Fondazioni (art. 4, comma 1, lett. c) del D.lgs. n. 153/1999). Cfr. www.cortedeiconti.it.

¹⁵⁸ I primi sviluppi di questo legame si sono registrati nel settore degli investimenti in infrastrutture e nel social housing. Cfr. F. Bassanini, *Le Fondazioni di origine bancaria e la Cassa Depositi e Prestiti*, in *Fondazioni*, Maggio – Giugno 2011.

quella parte di spesa per investimenti non riconducibile agli enti locali: il soggetto capace di realizzare ciò è la Cassa depositi e prestiti.¹⁵⁹

Dall'altro lato sono presenti anche ragioni economiche, a fondamento del forte legame tra CDP e Fondazioni, per poter realizzare una selezione tra quest'ultime, e quindi di poter prendere in considerazione soltanto quelle che sono in grado di svolgere un ruolo preferenziale all'interno della società. Non a caso l'acquisto da parte del Ministro delle Economia dell'intero pacchetto azionario di azioni privilegiate della CDP, ha rappresentato per le Fondazioni una "modalità politico - economica di riattrarre nell'ambito statale almeno parte di tali notevoli risorse finanziarie ormai private"¹⁶⁰.

Inoltre si deve considerare che le 66 Fondazioni di origine Bancaria (azionisti di minoranza), per poter tutelare i propri interessi, in origine e prima dell'avvenuta conversione delle azioni, si avvalevano di due organi specifici della Società: il Comitato di supporto degli azionisti privilegiati e il Comitato d'indirizzo¹⁶¹; due organi che svolgevano un ruolo particolare nella governance e per i quali non si riesce a trovare dei riscontri nei Codici di autodisciplina adottati dalle società per azioni¹⁶². Dopo la conversione delle azioni detenute in CDP, le Fondazioni Bancarie si avvalgono di tre organi: a) un *organo di indirizzo* (variamente denominato: consiglio o comitato di indirizzo, consiglio generale, commissione centrale di beneficenza ecc.) al

¹⁵⁹ Cfr. V. Amorosino, *Le attività di impresa delle fondazioni di origine bancaria*, 2013.

¹⁶⁰ Cfr. M. Cardì, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, cit. p. 162.

¹⁶¹ Il Comitato di supporto è composto da nove membri, nominati da coloro che detengono azioni privilegiate (cinque membri sono nominati dai titolari di azioni privilegiate che rappresentano almeno il 2% del capitale sociale; tre membri dai portatori di azioni privilegiate che rappresentino ognuno almeno l'1% del capitale sociale; infine un membro dai portatori di azioni privilegiate che rappresentano almeno lo 0,5% del capitale sociale. Il ruolo che il Comitato svolge è di grande importanza: riceve preventivamente dal Cda analisi dettagliate sul livello di liquidità, sugli attivi della società nonché su tutte le operazioni societarie di rilievo. Il Comitato di Indirizzo di indirizzo, a sua volta (ai sensi dell'articolo 23 dello Statuto sociale)) è un organo con funzioni consultive e propositive nei confronti del Cda sulla formulazione degli indirizzi strategici della società e con particolare riferimento alla distribuzione territoriale dei suoi interventi. Per un maggior approfondimento Cfr. M. Cardì, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, p. 163.

¹⁶² Il Comitato di Supporto, infatti, nel ruolo che svolge di informazione societaria va al di là del Cda, provocando un allargamento del numero di soggetti destinatari di tali informazioni. Non da meno, il Comitato di Indirizzo, che trasferisce la funzione di indirizzo strategico ad un Comitato in cui la maggioranza è espressione della minoranza societaria.

quale spettano le scelte fondamentali (approvazione e modifica dello statuto, nomina e revoca dei componenti degli altri due organi, approvazione del bilancio, scelte programmatiche ecc.); la sua composizione è stabilita dallo statuto prevedendo, comunque, la prevalenza dei rappresentanti degli enti pubblici e privati espressivi della realtà locale; nelle fondazioni di origine associativa una quota, comunque non maggioritaria, dei membri può essere eletta dall'assemblea dei soci, se lo statuto ha scelto di mantenerla. B) un *organo di amministrazione* (di solito denominato consiglio di amministrazione) cui spetta la gestione dell'ente nell'ambito di programmi, priorità e obiettivi stabiliti dall'organo di indirizzo. C) un *organo di controllo* (solitamente denominato collegio sindacale o dei revisori dei conti) che vigila sull'osservanza della legge e dello statuto.

Quello che emerge da queste considerazioni è dunque, almeno sul piano formale, l'esistenza di un rapporto tra pubblico e privato comparato alla natura – almeno formalmente - privata delle Fondazioni. Rapporto che può essere sottoposto a forti rischi di conflitti di interesse¹⁶³, derivanti dal fatto che le Fondazioni sono assoggettate alla vigilanza di legittimità del Ministero dell'Economia e delle Finanze¹⁶⁴. Ciò può sollevare numerosi interrogativi che emergono in ragione alla necessità di conciliare la nuova configurazione giuridica delle Fondazioni Bancarie (come enti privati), dotati di autonomia, con l'esistenza di potestà pubbliche di direzione. L'autonomia dei privati, va infatti tenuta distinta, sul piano concettuale, dall'autonomia delle istituzioni pubbliche. Le motivazioni a favore di questa tesi sono state sostenute da Santi Romano¹⁶⁵, il quale ritiene che il concetto di autonomia "riguarda principalmente gli ordinamenti non originari"¹⁶⁶; egli quindi ritiene che tale concetto riguardi gli ordinamenti nel rapporto che hanno con l'ente

¹⁶³ Su questo argomento si esprime G. Della Cananea, *La vigilanza sulle Fondazioni Bancarie: percorsi, prospettive*, in M. Giusti, M. Passalacqua (a cura di), *Quale fiscalità per le Fondazioni di origine bancaria*, 2010, p. 134

¹⁶⁴ L'art. 52 del D.l. n. 78/2010, convertito in Legge 30 Luglio 2010, n. 122, ha infatti attribuito la vigilanza di legittimità sulle fondazioni al MEF; vigilanza che terminerà soltanto nel momento in cui verrà istituita un'Autorità di controllo sulle persone giuridiche private (di cui al Titolo II del Codice Civile).

¹⁶⁵ Cfr. S. Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1953, p. 17.

¹⁶⁶ Cfr. S. Romano, *Autonomia*, in *Scritti*, 1951, cit., p. 345.

sovrano (Stato) e non nella loro condizione individuale. Si ritiene infatti che l'unica soluzione coerente con la scelta politica, nel creare Fondazioni come enti privati, consista nel sottrarle al controllo dell'autorità governativa¹⁶⁷ per poterle renderle autonome.

¹⁶⁷ Fino a che permane la norma provvisoria, l'effettiva realizzazione del conflitto è dipendente dalla concreta organizzazione della funzione di vigilanza in capo al Ministero. Cfr. i saggi sulle fondazioni private e su quelle di origine bancaria di S. Amorosino, *Regolamentazioni pubbliche, mercati, imprese*, 2008, p. 185 ss.

CAPITOLO SECONDO

LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI: DA UFFICIO MINISTERIALE A SOCIETA' PER AZIONI

SOMMARIO: 1. Storia ed evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti. - 1.1. Introduzione. - 1.2. Le origini. - 1.3. L'istituzione delle Casse di Risparmio Postali. - 1.4. L'evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti fino agli anni 80 del secolo XX. - 1.4.1 ... Un processo in continua evoluzione. - 2. La legge 24 novembre 2003 n. 326. - 3. Natura giuridica e identità attuale della Cassa Depositi e Prestiti. - 3.1. La natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti. - 3.2. Funzioni e organizzazione della società. - 4. Cassa Depositi e Prestiti: una società per azioni di diritto speciale. - 5. La Cassa Depositi e Prestiti e' diventata una nuova IRI?.

1 - STORIA ED EVOLUZIONE DELLA CASSA DEPOSITI E PRESTITI

1.1 Introduzione

La Cassa depositi e prestiti (CDP) è una società per azioni a controllo pubblico: il Ministero dell'Economia e delle Finanze detiene l'80,1% del capitale, il 18,4% è posseduto da un nutrito gruppo di Fondazioni di origine bancaria, il restante 1,5% in azioni proprie e gestisce una parte consistente del risparmio nazionale, il risparmio postale (buoni fruttiferi e libretti), che rappresenta la sua principale fonte di raccolta. Essa opera come strumento del Ministero dell'Economia e delle Finanze ai fini della realizzazione di quattro compiti fondamentali: a) gestire il risparmio raccolto attraverso gli uffici postali; b) finanziare il fabbisogno del Tesoro; c) finanziare gli

investimenti delle Pubbliche Amministrazioni e di altri soggetti pubblici, in particolar modo gli enti locali, attraverso la concessione di mutui e prestiti; d) gestire per conto del tesoro i pagamenti su fondi di bilancio destinati a scopi specifici.

1.2 Le origini

All'interno dell'ordinamento italiano la Cassa Depositi e Prestiti (CDP) ha da sempre rappresentato l'esempio di positiva sintesi fra il mondo pubblico e quello privato. Tale peculiarità prende le mosse dall'esigenza di utilizzare per fini pubblici le masse finanziarie pervenute allo Stato da particolari canali di raccolta del risparmio privato. Pertanto, gli elementi caratterizzanti l'attività della CDP sono da un lato, l'organizzazione del privato che, attraverso le banche, mette a frutto il capitale inerte dei risparmiatori e sollecita gli impieghi degli investitori; dall'altro l'organizzazione pubblica che, per mezzo dell'amministrazione del debito pubblico, ottiene dai risparmiatori anticipazioni sulle entrate dello Stato.

Il percorso che conduce alla nascita della CDP¹ nel 1850, trova la sua origine già nell'Italia napoleonica grazie all'adozione di modelli amministrativi di derivazione francese come la *Cassa di ammortizzazione Monte Napoleone* (divenuta dopo la restaurazione Monte Lombardo veneto), istituita a Milano nel 1805 sul modello di un organismo nato in Francia nel 1764, la *Caisse d'Amortissement*, cui era affidata la funzione di ammortamento del debito pubblico, utilizzando depositi amministrativi, giudiziari e volontari.

Tale attività, nel 1816 venne trasferita alla Caisse de Dépôt et Consignations² cui spettava la gestione dei depositi e la concessione di prestiti alle collettività locali e ai dipartimenti³.

¹ Il primo direttore generale della Cassa depositi e prestiti fu il Conte Luigi Venosta, senatore del Regno (Tirano 1845 - Roma 1926).

² Tale istituto fu il frutto della messa in liquidazione, con Legge del 28 Aprile 1816, della Caisse d'Amortissement. Nel 1822 essa iniziò ad investire le sue risorse solo per i Comuni, poi, dal 1838, anche per i dipartimenti. Nel 1840 divenne l'istituzione principale e acquisì un ruolo sempre più significativo. Per maggiori approfondimenti Cfr. M. De Cecco e G. Toniolo, *Storia della Cassa Depositi e Prestiti*, Laterza, Bari 2000.

L'esperienza preunitaria e il percorso che doveva condurre all'adozione di un'istituzione analoga alla Caisse des Dépôts et Consignations fu piuttosto lungo. Innanzitutto, col regio brevetto n. 302 dell'11 aprile 1840 Re Carlo Alberto istituì, presso l'amministrazione del debito pubblico, un servizio denominato *Cassa di depositi e di anticipazioni di fondi per i lavori pubblici*. Al servizio, impostato inizialmente come misura sperimentale per 5 anni (poi divenuti dieci⁴) e con il compito fondamentale di raccolta e amministrazione delle risorse a favore degli enti locali, subentrò, nel 1850, la Cassa Depositi e Prestiti, istituita a titolo definitivo con la Legge n. 1097 del 18 Novembre 1850, con sede a Torino.

Il suo compito principale era quello di raccogliere i fondi disponibili delle province, dei comuni e delle amministrazioni pubbliche, oltre ai depositi giudiziari, amministrativi e volontari dei privati, per impiegarli in prestiti a favore di enti locali e morali per il finanziamento di opere di pubblica utilità.

Anche se il legislatore volle stabilire una continuità con il precedente istituto, la Legge del 1850 pose la Cassa su basi nuove e permanenti, influenzate dai nuovi tempi ed in particolare dall'approvazione dello Statuto Albertino (1848). Essa pertanto venne sottoposta al controllo di un Comitato di Sorveglianza (composta di due senatori, due deputati, due consiglieri di Stato, un membro della Camera dei conti, il presidente della Commissione dei prestiti e il direttore generale del Debito pubblico).

³ Analogamente al caso piemontese che vede l'istituzione della CDP nel 1850, anche negli altri Stati preunitari si avvertiva l'esigenza di amministrare fruttuosamente i depositi versati dai privati alle casse statali. Così a Napoli, nel 1807, venne istituita la Cassa Speciale di Ammortizzazione; nel Regno di Sardegna, nel 1819, la Cassa d'Ammortizzazione; in Toscana vennero istituite le Casse Circondariali, con un decreto del 1851; a Parma la gestione dei depositi era invece affidata alla tesoreria ducale, mentre a Modena era affidata all'ufficio del debito pubblico. Infine, nello Stato della Chiesa i depositi amministrativi e giudiziari erano affidati all'amministrazione di congregazioni di carità come il Monte di Pietà, istituito già nel 1339, al fine di favorire i meno abbienti. Per maggiori approfondimenti sul tema, Cfr. G. C. Filippi, *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, disponibile su www.cassaddpp.it; M. Maluzzani e M. Pozzoli, *Storia ed evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti*, International workshop "Accounting history in Italy", Pisa 2005, p. 2.

⁴ L'estensione a dieci anni avvenne in forza del Regio Brevetto n. 386 del 1° settembre 1842.

Una prima riorganizzazione della Cassa venne attuata da Cavour⁵ nel 1857 con la Legge n. 2256, con la quale si attuò il passaggio della sua gestione dal Ministero dei Lavori Pubblici al Ministero delle Finanze, nonché la sua collocazione della sua attività finanziaria sotto la garanzia dello Stato⁶.

Nel decennio successivo alla fondazione della CDP, fino al 1863, vennero attuati molti interventi legislativi⁷ che ne perfezionarono l'assetto istituzionale. Nel 1863 (anno ritenuto come il momento fondante della cassa attuale) venne emanata la legge 17 Maggio 1863, n. 1270. Era infatti presente l'esigenza di sottoporre ad un'unica regolamentazione le diverse entità che, prima dell'unificazione statale, gestivano il servizio di depositi obbligatori. Pertanto, vennero create più Casse dei depositi e prestiti, (che si aggiunsero e si affiancarono a quella già esistente a Torino), corrispondenti territorialmente ai grandi stati preunitari (con sedi a Firenze, Milano, Napoli e Palermo presso le locali direzioni del Debito pubblico). Le varie Casse, pur essendo soggette alla stessa normativa, erano autonome e indipendenti fra loro e rispetto alla Cassa Torino, la quale fungeva da Cassa centrale, con il compito di raccogliere le contabilità delle singole Casse per la compilazione del rendiconto generale⁸.

Con tale intervento normativo si verificò una vera e propria unificazione amministrativa⁹, con la quale le attività delle Casse erano suddivise in una duplice gestione: a) la gestione principale, relativa alle finalità istituzionali (come ad esempio ricevere i depositi obbligatori disposti

⁵ Fu lo stesso Cavour, in una discussione parlamentare, a rispondere ai suoi critici di ritenere che «senza la garanzia dello Stato e il sussidio dei suoi impiegati» la Cassa non avrebbe potuto ottenere risorse sufficienti per poter svolgere la sua attività. Cfr. M. De Cecco e G. Toniolo, *Storia della Cassa Depositi e Prestiti*, Laterza, Bari 2000, p. XVIII.

⁶ Come era già avvenuto dal 1851 per i depositi delle Casse di Risparmio.

⁷ Cfr. G. C. Filippi, *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, p. 9; G. Della Torre, *Il "circuito del Tesoro" e la Cassa Depositi e Prestiti 1863 - 1943*, quaderni monografici Roma, 2002.

⁸ La Direzione del Debito Pubblico ebbe sede fino al 1865 a Torino, fino al 1879 a Firenze, poi a Roma (dove si trova la sede attuale). Nella sede centrale a Roma, le funzioni furono svolte fino al 1870 dal Monte di Pietà; dopo l'annessione di Roma nel Regno d'Italia, il Monte fu posto in liquidazione. Cfr. M. Cardì, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, p. 21. Per un maggior approfondimento relativo al Monte di Pietà Cfr. G. C. Filippi, *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, p. 12.

⁹ Cfr. M. Cardì, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, cit., p. 21.

dalle norme o dall'autorità giudiziaria o amministrativa; ricevere i depositi volontari da parte di privati, corpi morali, amministrazioni e aziende pubbliche, e qualunque altra persona giuridica; impiegare i fondi depositati in prestiti a province, comuni, loro consorzi e opere pie, per il finanziamento di opere di pubblica utilità, per l'acquisto di stabili da destinare ad uso pubblico); b) la gestione annessa per svolgere ulteriori attività. Nel tempo la funzione iniziale della Cassa di raccolta dei depositi cauzionali e della loro gestione centralizzata perse progressivamente rilievo rispetto alla raccolta di risparmio presso gli sportelli postali, che divenne la fonte principale.

Come nella Legge del 1850, il legislatore del 1863, stabilì una sottoposizione della CDP al controllo di una Commissione di vigilanza a composizione mista (due Senatori, due Deputati, due Consiglieri di Stato, un membro della Camera dei Conti, il Presidente della Commissione dei Prestiti e il Direttore generale del debito pubblico).

Con la Legge del 1863 si verificò, dunque, un assetto soggettivo pluralistico della CDP che le consentì di operare comunque in modo decentrato e con un impianto normativo ed istituzionale sui quali avrebbe basato il proprio operato. Con la garanzia statale attribuita ai fondi depositati presso la Cassa, inoltre, si aveva la maggior efficacia della nuova impostazione del sistema¹⁰.

1.3 L'istituzione delle Casse di Risparmio Postali

Superato il primo ventennio dalla nascita della CDP, emergevano forti disuguaglianze fra i diversi territori del Regno e soprattutto fra quest'ultimo e le più evolute nazioni europee. L'Italia aveva quindi bisogno di massicci interventi infrastrutturali (strade, ferrovie, scuole ed ospedali). Per poter realizzare questa nuova politica era necessario l'intervento finanziario di tutti i cittadini. Tuttavia il risparmio non era efficacemente utilizzabile in quanto il sistema bancario non riusciva ancora ad operare, sotto questo

¹⁰ La garanzia dello Stato ha rappresentato per la Cassa un notevole vantaggio, comportando un rischio di indebolimento della raccolta bancaria. Cfr. M. Cardi, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, p. 23.

aspetto, in maniera ottimale. Si pensò, quindi, di creare le strutture per raccogliere il risparmio¹¹.

Fu, quindi, proposto dall'allora Ministro delle Finanze Quintino Sella il disegno di legge n. 5784/1870, con lo scopo di sopprimere le Direzioni speciali del debito pubblico aventi sede a Milano, Napoli, Palermo e Torino, come pure la CDP esistenti presso di esse. Tutte le loro funzioni furono accentrate nella Cassa di Firenze (dislocata successivamente quando si verificò il trasferimento della capitale da Firenze a Roma¹²) e vennero introdotte le Casse di Risparmio postali (prendendo come modello il servizio già introdotto in Inghilterra nel 1861)¹³. Queste ultime, a differenza delle Casse di risparmio ordinarie, non costituivano un ente autonomo ma erano considerate come appartenenti del sistema statale al quale invece concorrevano gli uffici postali e la CDP.

Tuttavia, l'azione politica volta alla istituzione delle Casse di Risparmio postali creò un forte dibattito parlamentare¹⁴ e il disegno di legge venne sospeso e poi ripresentato nel 1872 e nel 1873. La ragione di questo dibattito risiedeva nel fatto che la proposta di organizzare la raccolta del risparmio tra il pubblico per mezzo di una rete di sportelli nasceva in una fase ancora acerba per lo sviluppo economico che ne comportava. Il testo fu nuovamente presentato l'11 Dicembre 1874, con il sostegno del Governo Minghetti, convertito poi in Legge 27 Maggio 1875, n. 2779.

¹¹ Inizialmente si pensò di adottare come sistema quello delle Casse di Risparmio, istituzioni con finalità pubbliche ma dotate di una forte impronta privatistica per la loro creazione. Le necessarie capacità imprenditoriali al momento erano reperibili soltanto nelle aree più sviluppate del Nord, ma il resto della penisola, dove dominava indisturbata l'economia di tipo agricolo, non era certamente il luogo più favorevole per iniziative del genere. Cfr. G. C. Filippi, *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, p. 13 - 14.

¹² La Legge 17 marzo 1907, n. 74 autorizzò la Cassa a costruire la propria sede romana di via Goito.

¹³ Lo scopo dell'iniziativa era quello di migliorare le condizioni economiche della popolazione: "un popolo tanto vale quanto risparmia, poiché il risparmio è la forma più salda e continua, mercé cui la ricchezza presente, diventando capitale, è argomento e misura della ricchezza avvenire". Cfr. Q. Sella, *Presentazione della proposta di legge sull'istituzione delle Casse di Risparmio postali. Camera dei deputati*, X, Camera, Atti, n. 44, citato da M. Cardi, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, p. 25.

¹⁴ Per un maggior approfondimento cfr. M. Cardi, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, cit., p. 25.

Si dispose, quindi, che a partire dal 1° gennaio 1876 gli uffici postali designati dal Governo, operassero come succursali di una Cassa di risparmio centrale, garantita dallo Stato e inserita nella Cassa depositi e prestiti, a cui carico gravavano tutte le spese relative al servizio. I fondi che eccedevano i costi del servizio sarebbero stati impiegati in prestiti agli enti locali e nelle altre attività istituzionali della Cassa. Si avviò, quindi, un periodo di superamento dei limiti di un sistema ancorato ad una tradizione liberistica, creando maggior spazio per un sistema di economia sociale.

Qui conta soprattutto sottolineare l'enorme portata innovativa del provvedimento che porta ad una modernizzazione dello Stato e allo sviluppo di due azioni parallele e complementari: a) l'unificazione dell'apparato amministrativo attraverso gli sportelli postali, per quanto concerne la raccolta del risparmio; b) gli impieghi diretti allo sviluppo del sistema infrastrutturale, soprattutto per quanto concerne la rete materiale (strade, porti e ferrovie) ed immateriale (telegrafo e servizio postale)¹⁵.

1.4 L'evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti e delle Casse di Risparmio postali dalla riforma post unitaria fino agli anni 80 del secolo XX

A partire dall'anno della fondazione, la Cassa vede una sua affermazione significativa sul mercato rispetto al sistema bancario, attribuendo alla stessa un peso centrale nell'erogazione di finanziamenti sul conto della Tesoreria dello Stato, attraverso la sottoscrizione di titoli di debito pubblico. Questa ultima attività venne ulteriormente sviluppata grazie alla Legge 8 Agosto 1895 n. 486 con la quale si stabilì la misura minima delle

¹⁵ Dopo l'approvazione della Legge del 1875 si verifica un vero e proprio sviluppo della raccolta di risparmio postale che, nel 1895, supera i 500 milioni di lire. Per un maggior approfondimento sullo sviluppo che portò il nuovo sistema postale Cfr. M. De Cecco e G. Toniolo, *Storia della Cassa Depositi e Prestiti*, Laterza, Bari 2000, p. XXV ss. Il risparmio postale attrasse anche i risparmiatori più timorosi, data la poca fiducia che riportavano nei confronti delle banche. Vennero, inoltre sviluppati maggiormente gli impieghi in titoli del debito pubblico. Per maggiori approfondimenti cfr. M. Maluzzani e M. Pozzoli, *Storia ed evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti*, International workshop "Accounting history in Italy", Pisa 2005, p. 3.

risorse che doveva essere impiegata in titoli di Stato (fissata al cinquanta per cento), derivanti dalla raccolta postale e volontaria, , oltre a prevedere che l'intera liquidità della Cassa dovesse venire depositata su un conto corrente fruttifero presso la Tesoreria.

L'aumento della produzione legislativa che si era susseguita in quegli anni¹⁶, portò alla necessità di un riordino della materia stessa in un unico testo creando un corpus legis dell'Istituto che trovò la sua conclusione con l'emanazione del R.D. 2 Gennaio 1913 n. 453, di approvazione del "Testo Unico delle leggi riguardanti l'Amministrazione della Cassa depositi e prestiti, delle gestioni annesse, della Sezione di credito comunale e provinciale e degli istituti di previdenza" (il suo Regolamento di attuazione vide la luce alla fine della prima Guerra Mondiale con il decreto luogotenenziale del 23 Marzo 1919 n. 1058).

Nel periodo tra le due guerre mondiali vi fu una forte spinta verso l'accentramento organizzativo finalizzato alla realizzazione di un più stretto controllo: il Ministero del Tesoro fu incorporato nel Ministero delle Finanze il quale assunse direttamente la presidenza del Consiglio di amministrazione della Cassa e all'interno di essa fu soppressa la seconda sezione, relativa alla gestione previdenziale. Da queste operazioni di carattere strutturale ne emergeva la prevalenza del ruolo politico rispetto a quello tecnico. Al fine di favorire nuove fonti di raccolta destinate a coprire il fabbisogno statale (a seguito dei costi bellici e della successiva ricostruzione), venne emanato il R.D. 26 Dicembre 1924 n. 2106 il quale introdusse i Buoni Postali Fruttiferi¹⁷

¹⁶ La Legge 24 dicembre 1896, n. 551 istituì la Cassa di Credito per l'unificazione dei debiti delle provincie e dei comuni della Sicilia, della Sardegna, dell'Isola d'Elba e dell'Isola del Giglio. La Legge portò effetti positivi sulle finanze delle comunità insulari, al punto che da tutto il territorio del Regno aumentavano le pressioni per ottenere le stesse condizioni; il Governo infatti presentò un progetto ad hoc, la Legge 24 aprile 1898, n. 132, che istituì la Sezione di credito comunale e provinciale. Il Ministero del tesoro, autorizzato dalla nuova legge a rideterminare l'ordinamento amministrativo e tecnico della Cassa depositi e prestiti, con R.D. 15 maggio 1898, n. 161, scorporò la Cassa dalla Direzione centrale del debito pubblico, trasformandola in autonoma Direzione generale.

¹⁷ I Buoni Postali Fruttiferi erano titoli obbligazionari a tasso fisso, privi di cedole, a scadenza ventennale, ma estinguibili in qualsiasi momento. Furono emessi anche in dollari e in sterline e vennero collocati anche all'estero soprattutto agli emigranti italiani.

trovando ampia diffusione presso il pubblico dal momento che davano elevati rendimenti e liquidità.

Oltre a svolgere un ruolo di sostegno allo Stato, la CDP, assunse la veste di soggetto detentore di partecipazioni azionarie. Il 9 novembre 1931 venne costituito l'IMI¹⁸ (Istituto Mobiliare Italiano) al quale, fin dalle origini, partecipò per circa la metà anche la CDP. La Cassa partecipò inoltre alla nascita dell'IRI¹⁹ (Istituto per la ricostruzione industriale), insieme a l'INA e l'INPS (allora Cassa Nazionale per le Assicurazioni Sociali).

L'attività di finanziamento e di costruzione delle infrastrutture continuerà a rappresentare il fulcro centrale della Cassa anche successivamente la seconda guerra mondiale; attività che si intensificò maggiormente tra gli anni '60 - '70 a seguito della crisi dovuta alla riforma fiscale che interessò gli enti locali²⁰. Nei primi anni '70 la situazione fu ulteriormente aggravata dal prima crisi petrolifera. Il mercato interno, per far fronte ai maggiori costi, aumentò ulteriormente la domanda di intervento pubblico e, in poco tempo, tutte le amministrazioni pubbliche si indebitarono oltre misura.

Nel 1977, nella prospettiva di una chiarificazione dei ruoli all'interno della pubblica amministrazione (fra i momenti di esercizio delle funzioni dello Stato definite dalla Costituzione e quelli di esercizio delle attività semplicemente strumentali), determinata dal così detto "rapporto Giannini"²¹, venne creata una commissione di studio (presieduta dal senatore Lombardini) per la formulazione di un'ipotesi di riforma della Cassa Depositi e Prestiti ad opera del Ministro Stammati; venne quindi varata un'opera di risanamento della gestione finanziaria degli enti locali attraverso il consolidamento delle loro passività verso gli Istituti di credito e verso la

¹⁸ Istituito con R.D.L. 13 novembre 1931, n. 1398.

¹⁹ Istituito con R.D.L. 23 gennaio 1933, n. 5

²⁰ Venne accentrato fortemente il prelievo fiscale all'erario dello Stato; inoltre gli enti locali erano fortemente indebitati ed erano dipendenti ai finanziamenti statali. La Cassa svolse quindi un ruolo importante nella concessione dei mutui per il ripiano dei bilanci.

²¹ Il rapporto sulla pubblica amministrazione prende il nome da Massimo Severo Giannini, emerito professore di Diritto amministrativo e Ministro delle Funzioni Pubbliche.

Cassa con titoli decennali a carico del tesoro. La Cassa diventò una “banca unica” degli enti locali²².

Il rapporto di Giannini sulla pubblica amministrazione venne presentato in Parlamento con l’obiettivo di evidenziare i principali problemi relativi alle Amministrazioni dello Stato, e indirettamente, anche delle altre Amministrazioni pubbliche, e di chiedere al Parlamento le determinazioni di indirizzo che gli competessero. Attraverso questo documento si aprì una stagione di largo dibattito a partire dall’inizio degli anni ’80 individuando i mali della Pubblica Amministrazione, programmando cure radicali anche al fine di superare i ritualismi di stampo burocratico attraverso un’opera di semplificazione e di delegificazione, contemperando garanzie ed efficienza per il tramite di una adeguata valutazione del pubblico interesse e conseguente alla tutela degli interessi dei singoli.²³

Nel paragrafo intitolato “Per chiudere” Giannini analizzò il problema “amministrazione – società”: problema che fa riferimento al sistema di relazioni intercorrenti tra l’amministrazione e il cittadino, alla fiducia che quest’ultimo dovrebbe avere nei confronti dell’amministrazione.²⁴

La commissione, influenzata certamente dalla riforma della finanza locale, che in quel periodo il Ministro Stammati stava disponendo, considerò come punto centrale della ipotizzata riforma non la Cassa come istituzione, ma l’attività finanziaria da questa gestita a favore degli enti locali.

²² cfr. M. Cardì, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, cit., p. 33.

²³ Cfr. Merloni F.; Pioggia A.; Segatori R., *L’ amministrazione sta cambiando? Una verifica dell’effettività dell’innovazione nella pubblica amministrazione*, 2007, cit. p. 219.

²⁴ «Questo per dire che revisioni di tecniche, riordinamenti, ristrutturazioni, riforme di pubbliche amministrazioni, da sole non basteranno; occorrerà che siano accompagnate da modernizzazione delle leggi regolative dell’azione amministrativa: sono due le condizioni per riportare la pace tra pubbliche amministrazioni e cittadini. La pace, non la fiducia, perché questa non dipende da leggi, e non si avrà finché non sia cancellata da una diuturna opera illuminata di uomini l’odierna figura dello Stato: per i cittadini esso non è un amico sicuro e autorevole, ma una creatura ambigua, irragionevole, lontana, ogni contatto con la quale fa solo ripetere: { je ne sais de tout temps quelle injuste puissance, laisse le crime en paix et poursuit l’innocence». Cfr. M. S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi dell’amministrazione dello Stato*, 16 Novembre 1979, cit. p. 43.

Ne derivò una proposta con la quale vennero tolte alla Cassa alcune sue tradizionali gestioni ma veniva così ipotizzata la trasformazione in Azienda Nazionale per i finanziamenti pubblici - ANFIP. La proposta, così come presentata, cadde. Servì, tuttavia, a mantenere alta l'attenzione sull'esigenza di riformare comunque l'Istituto, al fine di rendere più spedita la sua azione e di razionalizzarne la struttura. Il problema fondamentale era rappresentato, in particolare, dall'organizzazione istituzionale della Cassa, non in linea con la sua natura e con i suoi compiti. La Cassa, infatti, come istituzione, rappresentava un momento completamente autonomo e separato dallo Stato, mentre, come amministrazione, ne faceva parte integrante, nella sua qualità di direzione generale del Ministero del tesoro.²⁵

Da ciò nasceva un evidente conflitto, in quanto i rapporti fra la Cassa e lo Stato, che sul piano sostanziale economico - patrimoniale non potevano che essere di terziarietà e, quindi, necessariamente intersoggettivi, sul piano strettamente formale continuavano ad essere di subordinazione gerarchica.

1.4.1 ... Un processo in continua evoluzione

Se da un lato, la *Cassa*, intesa come istituzione, rappresentava un istituto completamente autonomo e separato dallo Stato, dall'altro, come amministrazione, ne costituiva parte essenziale, nella sua qualità di direzione generale del Ministero del tesoro. Da ciò nasceva un evidente conflitto, in quanto i rapporti fra la Cassa e lo Stato, sul piano strettamente formale, continuavano ad essere di subordinazione gerarchica.

All'inizio degli anni '80, quindi, il Ministro Pandolfi (su proposta del Direttore Generale Giuseppe Falcone) presentò un disegno di legge di trasformazione della Cassa in azienda autonoma con un proprio Statuto. Pur trovando il consenso della Direzione Generale della Cassa, delle associazioni degli enti locali e delle organizzazioni sindacali, la riforma non trovò l'appoggio da parte del sistema bancario, dalla Banca d'Italia e dall'ABI che

²⁵ Cfr. C. Filippi, *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, cit. p. 22.

temevano la forza concorrenziale della Cassa nel mercato del credito e la gestione di cospicui flussi finanziari creditizi fuori dal controllo della Banca d'Italia ed esterni al Tesoro. Il testo di legge fu modificato più volte, fino a quando venne emanata la Legge 13 Maggio 1983 n. 197 ("Ristrutturazione della Cassa Depositi e Prestiti") nella quale scomparve la dizione "azienda autonoma". La Legge tuttavia era caratterizzata da una notevole incertezza e contraddittorietà, generando interpretazioni difficili e difformi; soltanto con l'interpretazione della Corte dei Conti²⁶ si ebbe una visione chiara della normativa: la Cassa doveva appartenere allo Stato ed era assoggettata ai vincoli che tale natura comportava²⁷. Poiché la Legge non aveva espressamente attribuito alla Cassa la personalità giuridica, non era quindi considerata un ente autonomo. Bisognerà attendere ancora un decennio per tale conferimento, nel momento in cui verrà emanato il D.l. n. 6/1993 convertito nella Legge n. 68/1993.

Con la Legge del 1983 si delineò un ampliamento dell'autonomia organizzativa e patrimoniale della Cassa e il finanziamento agli enti locali iniziò a considerarsi come attività esclusiva della Cassa²⁸.

Nel 1996, con la nomina di Maria Teresa Salvemini, Direttore generale, si verificò un cambio di orientamento: il bilancio del 1996 venne impostato in conformità ai criteri generali definiti dalle direttive europee²⁹. Da quel momento i bilanci della Cassa diventarono confrontabili con quelli di un qualsiasi istitutore di credito dell'Unione Europea.

Nel ventennio successivo, i mezzi alternativi al finanziamento si basarono su varie componenti come la dismissione del patrimonio immobiliare disponibile, la privatizzazione di aziende locali e l'impiego di capitali privati per la realizzazione di investimenti pubblici (project

²⁶ Per un maggior approfondimento sul tema cfr. G. C. Filippi, *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, p. 24 ss.

²⁷ Corte Dei Conti - Sez. enti locali, Deliberazione n. 3/84.

²⁸ La Cassa si occupò da un lato di consolidare il deficit degli enti locali attraverso le anticipazioni dalla Tesoreria; dall'altro, attraverso la concessione dell'autorizzazione, si fece carico delle esigenze di finanziamento degli enti locali superando le risorse derivanti dal risparmio postale. Cfr. R. Perez, *La finanza pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, 2° vol., p. 587 ss.

²⁹ Direttive n. 78/660/CEE e 83/349/CEE relative ai conti annuali e consolidati delle società, attuate con D.lgs. 9 aprile 1991, n. 127.

financing) ma l'esclusività della Cassa venne mitigata solo emissioni di obbligazioni degli stessi enti locali come previsto dalla Legge n. 724/1994. Tuttavia la natura aziendale dell'attività ha portato ad un progressivo cambiamento all'ordinamento della Cassa. La natura di azienda autonoma e l'attribuzione del requisito di personalità giuridica sono stati confermati, infatti, dal D.lgs. 30 Luglio 1999 n. 284, il quale ha riconosciuto alla Cassa l'autonomia «ordinamentale, organizzativa, patrimoniale e di bilancio»³⁰ conferendole un fondo di dotazione e un proprio patrimonio.

La CDP ha, quindi assunto, i tratti tipici degli enti economici, come altre aziende pubbliche già presenti sul territorio (poste, ferrovie).

Diverse furono le ragioni enunciate dal Governo³¹: in primo luogo vennero ridefinite le attività della Cassa e delle relative modalità di svolgimento: oltre ai vari compiti istituzionali si aggiunse l'attitudine ad agire sul mercato, osservando le regole dettate dall'Unione Europea, utilizzando l'istituto della società di capitali.

In secondo luogo il Governo volle realizzare un'opera di armonizzazione della normativa relativa alla CDP; normativa che, in più di centocinquanta anni di storia, si era stratificata e aveva creato problemi interpretativi. Tuttavia tale opera di "svecchiamento" ha soltanto valore retorico, in quanto il Governo si limitò a redigere un elenco delle disposizioni abrogate (Articolo 7), a delegificare alcuni ambiti di attività in materia di pubblicità, trasparenza e comunicazioni periodiche ai risparmiatori. Inoltre vennero trasformati in atti amministrativi generali, le regole relative alle caratteristiche e alle condizioni dei depositi (Articolo 2, comma 2).

In terzo luogo, sebbene il decreto non portasse innovazioni per quanto concerne l'impianto degli organi e delle procedure di governo e di controllo della Cassa, li alterò entrambi: venne tolto il potere al Consiglio di Amministrazione per approvare le variazioni dei tassi nonché il parere della Commissione parlamentare di vigilanza sulla CDP che precedentemente al

³⁰ D.lgs. 30 Luglio 1999 n. 284 recante "riordino della Cassa depositi e prestiti a norma dell'articolo 11 della Legge 15 Marzo 1997 n. 59", Articolo 1 comma 1.

³¹ Cfr. G. Della Cananea, *Il riordino della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 12/1999, p. 1147 ss.

decreto anticipavano e seguivano l'atto con cui il Ministro del Tesoro stabilisce le variazioni del tasso; venne ampliato il numero degli atti sottratti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti.

Alla luce dei cambiamenti che si sono succeduti nel tempo³², possiamo cogliere il significato del decreto. Alla Cassa vennero infatti assegnati due tipi di attività³³: a) i compiti istituzionali³⁴; b) compiti riguardanti l'attività strumentali, connesse o accessorie. Queste ultime attività presentano importanti caratteristiche. Esse, infatti, sono distinte da quelle tradizionali non solo sul piano materiale, ma anche giuridico, dal momento che si stabilisce che non devono essere previste dalla legge (a differenza di quanto si stabilisce all'Articolo 1, comma 1, lett. a) e c) del decreto) e non sono caratterizzate dall'obbligatorietà nel loro esercizio (nell'Articolo 1 comma 2 viene usata la parola "possono" essere svolte anziché "devono"). Inoltre si stabilisce che queste attività vanno svolte attraverso le società di capitali delle quali la Cassa può essere azionista di maggioranza.

Come possiamo osservare il cambiamento, apportato dal D.lgs. n. 284/1999, non ha riguardato soltanto un semplice riordino della Cassa. Viene eliminato ogni dubbio circa la natura dell'attività posta in essere (attività di raccolta e intermediazione di risparmio). Trovano ulteriormente applicazione i principi generali dell'ordinamento: la Cassa quando non svolge interessi di servizio economico generale, agisce sul mercato e ne segue le regole. Da ciò ne possiamo dedurre che oltre ad operare come impresa

³² Il legame che da sempre è stato presente tra la Cassa e il Tesoro ha provocato diversi cambiamenti, primo fra tutti la trasformazione dei diritti inerenti alla raccolta del risparmio postale che da esclusivi sono divenuti speciali. Nel frattempo la Corte Costituzionale, con la sent. 23 Maggio 1995, n. 127) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme del codice postale che precludevano il sequestro e il pignoramento dei libretti postali. Inoltre si sono verificate le condizioni per un assetto concorrenziale dal momento che si realizzò la perdita del monopolio del mercato del risparmio locale da parte della Cassa, e la possibilità agli enti locali di utilizzare altre forme di finanziamento. Per un maggior approfondimento cfr. . G. della Cananea, *Il riordino della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 12/1999, p. 1149.

³³ Il dettato, al riguardo, è impreciso in quanto utilizza sia la locuzione "servizi", sia "funzioni"; locuzioni molto diverse tra loro.

³⁴ Che sono di quattro tipi: a) raccolta di risorse (Articolo 2); b) concessione di finanziamenti; c) gestione di fonti per conto delle PA o di altri soggetti; d) altri compiti (Articolo 1, comma 1).

(utilizzando i libretti e buoni postali), la Cassa può avvalersi di nuovi strumenti finanziari e di altre imprese.

2 - LA LEGGE 24 NOVEMBRE 2003 N. 326

Dobbiamo partire dal presupposto che la linea di distinzione tra pubblico e privato non è mai stata marcata e distinta in modo unitario nel corso della storia. Il costituzionalista Albert Venn Dicey, nel 1885, sostenne, ad esempio, la tesi che in Inghilterra l'amministrazione pubblica è sottoposta solo al diritto privato. Invece Maurice Hauriou agli inizi del nostro secolo, sostenne per la Francia la tesi opposta secondo la quale l'amministrazione pubblica è sottoposta solo a diritto pubblico.³⁵

Lungo il corso della storia ci sono state numerose privatizzazioni, che, tuttavia, alla fine del nostro secolo, hanno acquisito un'importanza prima sconosciuta. Dobbiamo quindi interrogarci sulle ragioni di questo fenomeno. In primo luogo si fa riferimento ad una inadeguatezza da parte del diritto pubblico, per i nuovi compiti affidati allo Stato. Infatti è eccessivamente troppo rigido e fondato su una pluralità di statuti non standardizzati come quelli presenti nel diritto privato. Altro motivo, di non poca importanza, consiste nell'inefficienza del settore pubblico. Questo è particolarmente sviluppato in Italia e quindi si ritiene che le privatizzazioni possano rispondere a delle esigenze di affidare a menì più esperte la gestione di compiti pubblici.

Ma, il motivo più importante, sulla base del quale, il fenomeno delle privatizzazioni in Italia ha avuto un notevole sviluppo, consiste nel bisogno di finanziamento del Tesoro, particolarmente accentuato nel nostro ordinamento dall'ammontare del deficit e del debito pubblico. In questo

³⁵ Dalla contrapposizione di queste due tesi è nata la distinzione tra "rule of law" e "régime administratif", il primo fondato sull'unicità del diritto (unico giudice sia del diritto pubblico che del diritto privato), il secondo sulla separazione tra i due diritti, quello privato e quello pubblico, rafforzata dalla dualità di giurisdizioni (giudice ordinario e giudice amministrativo). Cfr. S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento p riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, cit. p. 580.

senso le privatizzazioni rispondono ad una esigenza di finanziamento del bilancio dello Stato.³⁶

A partire dagli anni '80, il tema della privatizzazione delle attività economiche esercitate dallo Stato o da altri Enti Pubblici, ha assunto una crescente importanza in virtù dell'attuazione di una politica diretta all'ottimizzazione, nell'ambito della realtà socio-economica, dei valori resi dalle imprese in termini di prodotti e servizi, ma anche dello stesso valore delle imprese e, quindi, della ricchezza nazionale. Quello della privatizzazione è un processo che ha interessato, ed interessa tuttora, gran parte dei paesi a livello mondiale. In Italia il processo di privatizzazione è partito con forte ritardo rispetto ad altri Paesi; a differenza di questi, inoltre, lo stimolo principale ad avviare le dismissioni sembra essere venuto principalmente dall'incalzare di una grave crisi finanziaria e valutaria e sull'onda altresì di una altrettanto grave crisi istituzionale e politica, piuttosto che da un profondo ripensamento sul ruolo che lo Stato svolge in un'economia di mercato.³⁷

³⁶ Per l'analisi di ulteriori motivi che hanno sviluppato il fenomeno delle privatizzazioni, Cfr. S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario, 1996, p. 582.

³⁷ Con il termine privatizzazione si intende il processo economico che sposta la proprietà di un ente o di un'azienda dal controllo statale a quello privato. Il procedimento opposto è la nazionalizzazione o la municipalizzazione. Si distinguono al riguardo: a) privatizzazione formale: derivante dal semplice cambiamento di forma giuridica. Tipico esempio di privatizzazione formale è rappresentato dalla trasformazione di un istituto di credito di diritto pubblico in una società per azioni a capitale pubblico. Essa avviene ricorrendo ad una forma giuridica propria delle imprese societarie private, tale da permettere, nell'ambito delle aziende pubbliche, l'introduzione di obiettivi, procedure e criteri gestionali tipici delle imprese private, basati su principi di efficienza e di creazione di valore. Nel 1992, tra i principali enti pubblici che si sono costituiti in Società per Azioni si ricordano: l'ENEL: con funzioni di produzione, importazione e distribuzione di energia elettrica; l'INA: che ha assunto la qualifica di imprenditore commerciale operante nel settore assicurativo; le Ferrovie dello Stato: svolgente l'attività di gestione del servizio ferroviario secondo moduli imprenditoriali, nel rispetto degli obiettivi generali della politica dei trasporti. Mentre tra gli enti di gestione delle partecipazioni statali, si ricordano: l'IRI l'ENI, l'EFIM, l'EAGC, l'EAGAT, la GEPI. B) Privatizzazione Sostanziale con la quale si realizza la vera e propria dismissione della pubblica partecipazione, attraverso il trasferimento della proprietà di un'impresa pubblica ad un soggetto privato. La prima fase del processo di privatizzazione sostanziale è la *selezione delle attività oggetto di cessione*. Le attività cedute, infatti, devono essere le più idonee in funzione agli scopi che la privatizzazione si pone e agli effetti che ne possono derivare. In secondo luogo si procede ad una *verifica dei presupposti giuridici della privatizzazione*; è necessario infatti che vi sia una libera trasferibilità dei diritti di proprietà. La transazione ha come oggetto i diritti di proprietà, il sistema dei controlli e degli incentivi, che dopo la cessione divengono di pertinenza dei mercati finanziari (ci si

Il processo di riforma della Cassa Depositi e Prestiti non si è arrestato alla fase che potremmo definire di “scorporo” di talune funzioni dall’oggetto principale dell’attività della stessa, bensì ha trovato una espressione rilevante nel Decreto Legge 30 Settembre 2003, n. 269 convertito nella Legge 24 Novembre 2003, n. 326 (“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici”).

Il Decreto Legge, e la relativa Legge di conversione hanno portato una fondamentale evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti, trasformandola in Società per Azioni, seppur di diritto speciale³⁸, a decorrere dalla pubblicazione di un apposito decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze con cui si devono definire le condizioni essenziali di struttura e di funzionamento della Cassa per quanto riguarda il profilo degli organi componenti e delle dotazioni di natura finanziaria³⁹. In particolare, per quanto concerne la CDP si deve fare riferimento al Capo II (“Investimenti pubblici in infrastrutture”), in particolare all’Articolo 5 della Legge 326/2003 (“Trasformazione della Cassa Depositi e Prestiti in Società per Azioni”), il quale, ha disposto l’attribuzione delle quote azionarie allo Stato, con esercizio dei diritti dell’azionista da parte del MEF, consentendo a fondazioni bancarie

riferisce alla natura dei finanziamenti, alla tenuta dei documenti di bilancio e compilazione di quelli contabili). La terza fase del processo di privatizzazione è rappresentata dalla *verifica dei presupposti economici della cessione*; in questo senso si prefigurano a priori interventi di risanamento economico-finanziario diventano necessari per rendere ottime le condizioni dello scambio. Vi sono poi una serie di fasi successive che risultano essere interdipendenti tra loro e che attengono all’*entità* del valore della proprietà da vendere. Va rilevato che il trasferimento della proprietà può essere totale o parziale ed interessare una quota di maggioranza o di minoranza; la scelta tra le due alternative dipende dall’interesse che ha lo Stato di mantenere o meno un controllo sulle attività cedute. C) Privatizzazione Funzionale, nella quale risulta più marcata la combinazione tra pubblico e privato; si attua, cioè, una immissione in ruolo delle imprese private che diventano corresponsabili di settori di attività gestiti in precedenza solo dall’operatore pubblico. Lo Stato, in pratica, delega interamente, o parzialmente, una determinata attività al settore privato pur mantenendo la responsabilità di controllo dei risultati. Sono due le formule in cui trova applicazione la privatizzazione funzionale: il franchising (concessione) e il contracting out (appalto). Per un maggior approfondimento, Cfr. V. M. Sessa, *Gli enti privati di interesse generale*, 2007; G. Roberto, *La privatizzazione degli enti dell’economia. Profili giuridici*, 1998; P. Jaricci, M. R. Pacelli, *La privatizzazione degli enti pubblici previdenziali*, 2001.

³⁸ Cfr. E. Bani, *La Cassa Depositi e Prestiti S.P.A. di diritto singolare*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, 2010, cit. p. 270.

³⁹ Decreto ministeriale 5 Dicembre 2005.

ed altri soggetti pubblici o privati di detenere quote complessivamente di minoranza del capitale della società.

Dopo aver specificato al Comma 1 che la Cassa Depositi e Prestiti è stata trasformata in società per azioni, afferma che la nuova società «subentra nei rapporti attivi e passivi e conserva i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione».

Le azioni della CDP S.p.a. sono state attribuite allo Stato (nel ruolo del Ministro dell'Economia e delle Finanze) che detiene la maggioranza e svolge le funzioni nelle aree previste dall'Articolo 24, Comma 1, Lettera a) del D.lgs. n. 300/99⁴⁰.

Tuttavia il legislatore non si limita ad attribuire la titolarità del capitale sociale allo Stato, ma stabilisce che anche le Fondazioni Bancarie⁴¹, di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 detengano quote di minoranza. Ad esse si affiancano anche altri soggetti sia pubblici che

⁴⁰ Articolo 24, Comma 1, Lettera a): «Il ministero svolge, in particolare, le funzioni di spettanza statale nelle seguenti aree funzionali: a) politica economica e finanziaria, con particolare riguardo all'analisi dei problemi economici, monetari e finanziari interni e internazionali, alla vigilanza sui mercati finanziari e sul sistema creditizio, all'elaborazione delle linee di programmazione economica e finanziaria, alle operazioni di copertura del fabbisogno finanziario e di gestione del debito pubblico e alla gestione di partecipazioni azionarie dello Stato, compreso l'esercizio dei diritti dell'azionista e l'alienazione dei titoli azionari di proprietà dello Stato; [...]»

⁴¹ Le Fondazioni che detengono partecipazioni azionarie nella Cassa Depositi e Prestiti sono: Fondazione Monti dei Paschi di Siena, Compagnia di San Paolo, Fondazione CRT, Fondazione CR Province Lombarde, Fondazione CR Verona Vicenza Belluno e Ancona, Ente CR Firenze, Fondazione CR Padova e Rovigo, Fondazione CR Perugia, Fondazione CR Lucca, Fondazione Banco di Sardegna, Fondazione CR Bologna, Fondazione CR Cuneo, Fondazione CR Genova e Imperia, Fondazione CR Parma e Monte di Credito su Pegno di Busseto, Fondazione CR Venezia, Fondazione CR Alessandria, Fondazione Banca del Monte di Lombardia, Fondazione CR Forlì, Fondazione CR Savona, Fondazione CR Trieste, Fondazione di Piacenza e Vigevano, Fondazione CR Ravenna, Fondazione CR Udine e Pordenone, Fondazione CR Provincia di Macerata, Fondazione CR Imola, Istituto Banco di Napoli Fondazione, Fondazione CR Carpi, Fondazione CR Biella, Fondazione CR Gorizia, Fondazione CR Modena, Fondazione CR Pistoia e Pescia, Fondazione CR Reggio Emilia Pietro Manodori, Fondazione CR Provincia dell'Aquila, Fondazione CR Terni e Narni, Fondazione CR Asti, Fondazione CR della Provincia di Teramo, Fondazione CR Bolzano, Fondazione CR Livorno, Fondazione CR Pesaro, Fondazione CR Mirandola, Fondazione del Monte di Bologna e Ravenna, Fondazione CR Vercelli, Fondazione CR della Spezia, Fondazione CR Provincia di Viterbo, Fondazione Banca del Monte di Lucca, Fondazione CR Jesi, Fondazione Banca del Monte Domenico Siniscalco Ceci, Fondazione CR Calabria e Lucania, Fondazione CR Fabriano e Cupramontana, Fondazione CR Orvieto, Fondazione CR Saluzzo, Fondazione Savigliano, Fondazione CR Spoleto, Fondazione CR Fossano, Fondazione CR Carrara, Fondazione CR Fano, Fondazione CR Fermo, Fondazione CR Ferrara, Fondazione CR Pescara e Loreto Aprutino, Fondazione CR e Banca del Monte di Lugo, Fondazione CR Rimini, Fondazione CR Rimini, Fondazione CR Cesena, Fondazione Banca del Monte e CR Faenza, Fondazione CR Bra.

privati non individuati nominativamente e che per interpretazione sistematica non possono essere altro che soggetti che perseguono finalità anche di interesse pubblico o generale. In questa seconda categoria di soggetti vi possono rientrare imprese bancarie, intermediari finanziari o soggetti considerati come enti sottoposti a forme di vigilanza prudenziale ex TUB o TUF. Ciò nonostante, soltanto le Fondazioni bancarie sono state ammesse a detenere una quota del capitale della Cassa Depositi e Prestiti acquisendone il 18,4%.

Un dato importante da sottolineare è che la Legge impone che i soci (escluso il MEF) devono essere di minoranza in ragione del necessario controllo pubblico che deve essere svolto nei confronti dell'ente. Infatti se fosse data la possibilità ad altri soci, diversi dallo Stato, di acquisire un percentuale elevata di azioni della Cassa Depositi e Prestiti, il controllo gestorio verrebbe diluito o completamente annullato.

Lo Statuto della Cassa specifica, all'articolo 7, comma 5 che, «qualora, per effetto della riduzione, per perdite, del capitale sociale rappresentato dalle azioni ordinarie lo Stato cessi di detenere la maggioranza dei diritti di voto della società, è sospeso pro-quota il diritto di voto spettante alle azioni privilegiate sia nelle assemblee ordinarie sia in quelle straordinarie, nella misura necessaria ad assicurare allo Stato il mantenimento inalterato della proporzione dei suoi diritti di voto e fino all'eventuale riacquisto della maggioranza da parte dello Stato».

Il Comma 2 specifica che, al riguardo, non si applicano le disposizioni dell'articolo 2362 del codice civile, il quale disciplina le regole da osservare in caso di un unico azionista e quindi di Società per Azioni unipersonale⁴². Tale

⁴² Articolo 2362 del Cod. Civ. dispone che: «Quando le azioni risultano appartenere ad una sola persona o muta la persona dell'unico socio, gli amministratori devono depositare per l'iscrizione del registro delle imprese una dichiarazione contenente l'indicazione del cognome e nome o della denominazione, della data e del luogo di nascita o lo Stato di costituzione, del domicilio o della sede e cittadinanza dell'unico socio. Quando si costituisce o ricostituisce la pluralità dei soci, gli amministratori ne devono depositare apposita dichiarazione per l'iscrizione nel registro delle imprese. L'unico socio o colui che cessa di essere tale può provvedere alla pubblicità prevista nei commi precedenti. Le dichiarazioni degli amministratori previste dai precedenti commi devono essere depositate entro trenta giorni dall'iscrizione nel libro dei soci e devono indicare la data di iscrizione. I contratti della società con l'unico socio o le operazioni a favore dell'unico socio sono opponibili ai creditori

regolamentazione normativa speciale dettata in merito alla partecipazione al capitale sociale della Cassa trova poi una disciplina maggiormente approfondita nello Statuto della Cassa stessa, il quale prevede un tetto massimo fissato alla singola partecipazione al capitale da parte di soggetti diversi dallo Stato. Si prevede infatti che «nessun socio può possedere, a qualsiasi titolo, azioni in misura superiore al 5% del capitale della società. Il diritto di voto inerente alle azioni con diritto di voto possedute in eccedenza rispetto al limite indicato non può essere esercitato, fermo restando che le azioni per le quali non può essere esercitato il diritto di voto sono comunque computate ai fini della regolare costituzione dell'Assemblea. Il limite massimo del possesso azionario è calcolato anche tenendo conto delle partecipazioni azionarie complessive facenti capo al soggetto controllante, a tutte le controllate dirette e indirette, ai soggetti collegati e ai soggetti controllati dallo stesso controllante»⁴³.

Sulla base di quanto afferma il Comma 3 dell'Articolo 5 della Legge 326/2003, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha emanato il Decreto ministeriale (n. 5/2003) con il quale sono state regolate: a) le funzioni, le attività e le passività della Cassa depositi e prestiti anteriori alla trasformazione; b) i beni e le partecipazioni societarie dello Stato, anche indirette, che sono trasferite alla CDP S.p.A. e assegnate alla gestione separata; c) gli impegni accessori assunti dallo Stato.

Alla CDP S.p.A. si applicano le disposizioni del titolo V del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, previste per gli intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del medesimo decreto legislativo, tenendo presenti le caratteristiche del soggetto vigilato e la speciale disciplina della gestione separata di cui al comma 8.

Il Comma 7, Lett. b) prevede che «la CDP S.p.a. finanzia, sotto qualsiasi forma: [...] b) le opere, gli impianti, le reti e le dotazioni destinati alla

della società solo se risultano dal libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio di amministrazione o da atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento.»

⁴³ Articolo 8, comma 5, Statuto Cassa Depositi e Prestiti, modificato il 27 Marzo 2013.

fornitura di servizi pubblici ed alle bonifiche, utilizzando fondi provenienti dall'emissione di titoli, dall'assunzione di finanziamenti e da altre operazioni finanziarie, senza garanzia dello Stato e con preclusione della raccolta di fondi a vista. La raccolta di fondi è effettuata esclusivamente presso investitori istituzionali». Come possiamo osservare l'utilizzo del termine "investitori istituzionali" (tratto dalla lingua inglese) è entrato all'interno dell'ordinamento giuridico italiano attraverso un regolamento Consob, come operatori qualificati⁴⁴. Successivamente, il termine è stato inserito nel TUF, inizialmente come "investitori professionali" (Articolo 30, comma 2, nel testo originario) ed oggi come "controparti qualificate" (Articolo 6, comma 2) e nell'articolo 2412 c.c. come "investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale". Ciò accadde con la riforma delle società cioè prima che fosse emanato il D.l. 369/2003. Quindi possiamo dedurre che le espressioni siano equivalenti.

Attraverso il comma 8⁴⁵ è venuto meno il divieto per la Cassa all'assunzione e detenzione di partecipazioni industriali vere e proprie e non più quindi la sola acquisizione di azioni proprie di soggetti societari utilizzate al fine di perseguire finalità strumentali, accessorie o connesse ad attività principali della Cassa. Attraverso questa apertura si può osservare come il legislatore abbia posto in essere un'apertura relativa all'operatività della Cassa.

Il Comma 18, ripreso dall'Articolo 10 dello Statuto sociale, prevede la possibilità di costituire patrimoni separati con un articolata regolamentazione che ricalca quella codicistica dei patrimoni destinati,

⁴⁴ Articolo 31 nel testo originale del c.d. Regolamento intermediari (regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 Febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina degli intermediari adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1° Luglio 1998).

⁴⁵ Il comma 8 afferma che «La CDP S.p.a. assume partecipazioni e svolge le attività, strumentali, connesse e accessorie; per l'attuazione di quanto previsto al comma 7, lettera a), la CDP S.p.a. istituisce un sistema separato ai soli fini contabili ed organizzativi, la cui gestione è uniformata a criteri di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio economico. Sono assegnate alla gestione separata le partecipazioni e le attività ad essa strumentali, connesse e accessorie, e le attività di assistenza e di consulenza in favore dei soggetti di cui al comma 7, lettera a). Il decreto ministeriale di cui al comma 3 può prevedere forme di razionalizzazione e concentrazione delle partecipazioni detenute dalla Cassa depositi e prestiti alla data di trasformazione in società per azioni».

secondo quanto stabilito dall'Articolo 2447 – *bis* c.c.⁴⁶, ma senza l'obbligo di rispettare il limite del 10% del patrimonio netto nel dimensionamento dei patrimoni dedicati istituiti.

Il Comma 19 introduce un privilegio legale a favore della Cassa sugli indennizzi dovuti in caso di scadenza del contratto di servizio «ovvero del rapporto con il quale e' attribuita la disponibilità o e' affidata la gestione delle opere, degli impianti, delle reti e delle dotazioni destinati alla fornitura di servizi pubblici in relazione ai quali e' intervenuto il finanziamento della CDP S.p.A.».⁴⁷

I commi 23, 24 e 25 dell'Articolo 5 disciplinano l'aspetto fiscale della Cassa Depositi e Prestiti stabilendo che tutti gli atti e le operazioni posti in essere per la trasformazione in società per azioni sono esenti da imposizione fiscale, diretta ed indiretta, dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecaria e catastale, nonché ogni altro tributo o diritto.⁴⁸

Quindi da quello che emerge dalla disciplina relativa alla privatizzazione della Cassa Depositi e Prestiti, trasformandola in società per azioni, possiamo osservare come pur continuando a mantenere, tra i settori principali delle proprie attività, quello “tradizionale” relativo al finanziamento degli investimenti degli enti pubblici, con la trasformazione in SpA, questa attività deve avvenire assicurando un adeguato ritorno economico agli azionisti. Come recita l'art. 30 dello Statuto della società «Gli utili netti annuali risultanti dal bilancio [...] saranno assegnati in conformità delle deliberazioni dell'Assemblea». E la relazione annuale societaria, relativa

⁴⁶ L'Articolo 2447 – *bis* afferma che «La società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare; b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi. Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali.

⁴⁷ Cfr. E. Bani, *La Cassa Depositi e Prestiti S.P.A. di diritto singolare*, in AA.vv., *Scritti in onore di F. Capriglione*, Padova, 2010, cit. p. 276.

⁴⁸ Secondo quanto afferma il comma 25 « Gli interessi e gli altri proventi dei titoli di qualsiasi natura e di qualsiasi durata emessi dalla CDP S.p.a. sono soggetti al regime dell'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi nella misura del 12,50%, di cui al decreto legislativo 1° aprile 1996, n. 239.»

al 2010, ha dichiarato con soddisfazione la chiusura del bilancio con un utile netto di 2,7 miliardi di euro, nonché il fatto di aver garantito agli azionisti, un rendimento medio annuo superiore al 13%. Se l'unità di misura delle scelte di investimento è la redditività economica delle stesse, è evidente il "vulnus" di democrazia rispetto alla loro qualifica di servizio di primario interesse pubblico.

3 – NATURA GIURIDICA E IDENTITA' ATTUALE DELLA CASSA DEPOSITI E PRESTITI

3.1 La natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti

L'evoluzione articolata e complessa della Cassa Depositi e Prestiti (relativa soprattutto al doppio circuito: intermediazione finanziaria pubblica e aziende di credito che finanziano a medio – lungo termine) fece emergere fin da subito delle difficoltà, di non poco conto, relative all'analisi della sua natura giuridica.

Con la Legge 13 Maggio 1983 n. 197 venne introdotta una nuova disciplina relativa alla CDP⁴⁹ (con effetto dal 1° Luglio 1983), disponendo la soppressione della Direzione generale. Tuttavia, dopo l'entrata in vigore della richiamata legge, l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza è apparso perplesso sulla natura giuridica da attribuire all'istituto, in quanto la Cassa presentava delle caratteristiche non omogenee rispetto a quelle di altre amministrazioni pubbliche, generando così una difficile catalogazione.

Mentre la dottrina più autorevole riteneva che la Legge n. 197 avesse trasformato la Cassa da azienda di Stato in ente autonomo (con funzione strumentale rispetto allo Stato), di opposto parere era stato l'orientamento delle più alte magistrature.

⁴⁹ Facendo salve le altre norme che "vigenti alla stessa data, non risultino con essa in contrasto" (Articolo 1, Comma 1, Legge 197/83).

Sulla natura giuridica della Cassa intervenne la Corte dei Conti nella decisione e nella relazione del 20 luglio 1983 sui rendiconti della Cassa stessa e delle gestioni annesse per l'esercizio finanziario 1982. Le Sezioni riunite che, dopo aver premesso che la tipica autonomia attribuita all'Istituto «sembrerebbe richiamare il modello degli Istituti di credito speciale di diritto pubblico», aggiungono che «la legge di riforma contiene disposizioni relative alla disciplina del personale che fanno rinvio alle norme concernenti le Aziende di Stato», fra le quali peraltro la Cassa «non appare perfettamente inquadrabile» ove si abbia riguardo «al sistema dei controlli cui la medesima è stata sottoposta dalla legge di riforma». Quindi secondo la Corte, la Cassa depositi e prestiti conservò la struttura di «amministrazione autonoma» in precedenza riconosciuta, «pertanto inserita nell'ambito dell'organizzazione statale oltre che nell'orbita politica e di alta amministrazione propria del Ministero del Tesoro»⁵⁰.

Se la Corte Costituzionale⁵¹ aveva inizialmente riconosciuto la CDP come organo dello Stato⁵², il Consiglio di Stato⁵³, dopo aver affermato l'esistenza di "rapporti intersoggettivi" tra la Cassa e lo Stato, evidenziò «l'incontestabile dato funzionale della stretta strumentalità fra Stato e Cassa, che ne fa un apparato assimilabile agli istituti di credito di diritto pubblico, quali enti ausiliari dello Stato»⁵⁴. In seguito sostenne che "in base all'ordinamento vigente, non è possibile attribuire alla Cassa depositi e prestiti una connotazione diversa da quella derivante dalla sua inclusione, ex art. 5 del D.P.R. 5 marzo 1986 n. 68, nel comparto delle aziende ed

⁵⁰ E' il convincimento espresso dalla Sezione enti locali nelle deliberazioni n. 12 del 26 luglio 1984 assunta sui rendiconti e sul buon andamento della gestione dell'Istituto per gli anni 1983 e 1984, n. 3 del 20 maggio 1985 concernente la ristrutturazione della Cassa depositi e prestiti, nonché nella deliberazione n. 74 del 1989, relativa alle partecipazioni della Cassa stessa. Cfr. Corte dei Conti, Delibera 19 Luglio 2000 n. 8, p. 6.

⁵¹ Sentenza della Corte Costituzionale n. 307/1983.

⁵² Pur aggiungendo nel testo della pronuncia: "Per meglio dire, qualunque sia la natura giuridica di tale istituto, non vi è dubbio che la Cassa costituisca un apparato strumentale, destinato ad assolvere - anche nel presente caso - una funzione statale e non regionale: ossia l'esercizio del credito, con specifico riguardo alla concessione di mutui mediante i quali comuni e province possano concretare alcune loro autonome scelte." (sentenza 11 Ottobre 1983 n. 307, punto 10).

⁵³ Sez. III, 21 Giugno 1983 n. 346.

⁵⁴ Sez. I, 19 Ottobre 1984 n. 1323.

amministrazioni autonome dello Stato”⁵⁵ ed concluse per l’avvenuto riconoscimento all’Istituto considerato di “una parziale soggettività giuridica, che si esprime e si fonda sul dato fondamentale dell’esistenza di un patrimonio separato” (Sez. III, 17 ottobre 1989 n.1511).

Dopo l’avvenuta qualifica della CDP di “persona giuridica”, sulla natura dell’Istituto tornò nuovamente il Consiglio di Stato (questa volta in sede giurisdizionale), il quale, nella sentenza della IV Sezione 30 agosto 1993 n. 762, qualificò la Cassa «un Istituto di credito a medio e lungo termine, che utilizza risparmio pubblico e delle casse di risparmio postali per anticipare fondi allo Stato e per finanziare gli enti pubblici” e, nella successiva sentenza della stessa Sezione 10 ottobre 1994 n. 784, definì la Cassa come “ente autonomo». Di non conforme avviso è stato lo stesso Consiglio di Stato (in sede consultiva), affermando⁵⁶, che la Cassa «è indissolubilmente legata al sistema statale, essendo strumento di alta amministrazione del Tesoro e, in senso più ampio, del Governo», e precisando, nel parere della medesima Sezione n. 860 del 15 ottobre 1996, che «la Cassa depositi e prestiti è un organo dello Stato dotato di ampia autonomia, incardinato nel Ministero del Tesoro».

Sul problema relativo alla definizione della natura giuridica della Cassa, dopo l’emanazione del D.lgs. 284/99, sono intervenute le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, le quali, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, con la sentenza 23 Febbraio 1998, n. 1948, hanno sostenuto che la Cassa, al fine «di qualificazione dei rapporti di lavoro con i propri dipendenti, debba essere considerata ente pubblico economico», ponendola per tale materia al di fuori delle amministrazioni statali in senso stretto. Definizione ribadita ulteriormente dal Tribunale di Roma⁵⁷, il quale definisce le pronunce della Corte di Cassazione “diritto vivente”.

Attraverso la qualificazione della Cassa Depositi e Prestiti come ente pubblico economico (e non più azienda autonoma), si è verificato un

⁵⁵ Sez. III, 9 maggio 1989 n.896.

⁵⁶ Nel parere n. 1388/95 reso dalla III Sezione il 7 maggio 1996.

⁵⁷ Tribunale di Roma, sez. lavoro, ord. 22 Maggio 1999, n. 15396.

significativo cambiamento, dal momento che la Cassa venne dotata di propria personalità giuridica, di un proprio patrimonio e di un proprio personale dipendente, il quale è sottoposto al rapporto d'impiego di diritto privato; inoltre essendo separata dall'apparato burocratico della Pubblica Amministrazione può adattarsi più facilmente ai cambiamenti del mercato.

Una importante definizione di ente pubblico economico ci è pervenuta attraverso una sentenza del TAR Lombardia⁵⁸ sulla base della nozione di matrice comunitaria recepita dall'ordinamento italiano con l'Articolo 3, comma 26, del D.lgs. n. 163/2006⁵⁹. Si tratta di una nozione che prescinde dal formale collocamento di un soggetto nel novero delle persone giuridiche pubbliche o private, ben potendo un ente con personalità giuridica di diritto privato essere riconosciuto quale organismo di diritto pubblico. Secondo quanto stabilisce l'Articolo 3, "l'«organismo di diritto pubblico» è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". Inoltre, sul piano funzionale, la figura dell'organismo di diritto pubblico è diretta ad intuire le situazioni di pubblicità reale, così da assoggettare gli atti compiuti da un ente (solo formalmente privato), al regime proprio degli atti amministrativi, tanto sul piano sostanziale, quanto su quello processuale, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Dopo un percorso avviato con il D.l. 18 Gennaio 1993 n. 8 (modificato dalla Legge 19 Marzo 1993 n. 68), seguito dal D.lgs. 30 Luglio 1999, n. 264

⁵⁸ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 8 Aprile 2013 n. 861.

⁵⁹ Cfr. in argomento, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 9 Gennaio 2013, n. 66; Consiglio di Stato sez. VI, 27 Dicembre 2011, n. 6835.

che aveva decretato alla CDP la figura di personalità giuridica di diritto pubblico, si avviò un generale distacco dall'appartenenza di essa all'apparato ministeriale. Con l'Articolo 5 del D.l. 30 Settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 Novembre 2003, n. 362 (modificato dalla Legge 24 Dicembre 2003, n. 350), la Cassa Depositi e Prestiti – Amministrazione dello Stato venne trasformata in Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.⁶⁰

L'articolo 5 del decreto ha rimesso l'attuazione della privatizzazione a due ulteriori decreti: uno del Ministro dell'Economia e delle Finanze ed uno emesso da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, entrambi aventi caratteri non regolamentare.

Il decreto n. 269 rappresenta il nucleo centrale del quadro normativo dell'attuale identità della Cassa, segnando un profondo rinnovamento della disciplina pubblicistica e privatistica della materia. In primo luogo si è realizzato un ampliamento delle attività assegnate alla Società (attribuendole il potere di intermediazione finanziaria non bancaria rivolta ad un più ampio gruppo di controparti, non necessariamente enti pubblici anche se operano per finalità pubblicistiche) mantenendo al contempo il suo profilo tradizionale di supporto per le politiche di investimento degli enti territoriali.⁶¹

In secondo luogo sono stati apportati elementi di innovazione coincidenti con i fini della separazione e della doppia imputazione delle funzioni tradizionali e innovative, inquadrando la Cassa all'interno di un ambito di regolazione comunitario tra le Istituzioni Finanziarie Monetarie.

E' in questa alternanza di elementi innovativi e tradizionali che si sviluppa l'identità attuale della Cassa, considerata come soggetto parte

⁶⁰ Cfr. M. T. Salvemini, *Se la cassa diventa SPA*, 2003, in www.lavoce.info.

⁶¹ Questo ha permesso di collocare la Cassa al di fuori della pubblica amministrazione, con l'attuazione di questioni diverse che caratterizzano un "fascio di attività". Cfr. E. Bani, *La Cassa Depositi e Prestiti S.P.A. di diritto singolare*, in AA.vv., *Scritti in onore di F. Capriglione*, Padova, 2010, cit. p. 271. Si vogliono infatti indicare due "sotto sistemi separati" sia sotto il profilo amministrativo, che contabile e finanziario all'interno della Cassa per quanto concerne le funzioni di finanziamento aventi come oggetto la gestione separata (riguardante le attività tradizionali della Cassa) e le attività di finanziamento delle opere, degli impianti, delle reti, delle dotazioni destinate alla fornitura di servizi pubblici ed alla realizzazione e gestione delle opere di bonifica comprese nella Gestione ordinaria.

dell'apparato della finanza pubblica, rispetto alla quale si delinea più che una trasformazione una "modernizzazione" della sua identità storica⁶².

Inoltre, si registra una evoluzione ulteriore in relazione alle fonti e ai loro contenuti disciplinanti la società. Se in passato si faceva riferimento alla Legge e ai Decreti (distinti a loro volta in Regolamenti e Atti Amministrativi) del Ministero del Tesoro (ora dell'Economia e delle Finanze), oggi alla Legge non si affiancano i Decreti ma lo Statuto, il quale contiene regole di dettaglio caratterizzate da un forte elemento innovativo. A questi si aggiungono i Decreti di natura non regolamentare emanati dal Presidente del Consiglio dei Ministri e soprattutto dal Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Questi ultimi presentano diversi elementi di importanza dal momento che il decreto ministeriale aveva il compito di determinare: a) le funzioni, le attività e le passività della "vecchia" CDP, che vengono così trasferite al MEF, nonché quelle che vengono assegnate alla CDP S.p.A. e alla Gestione Separata; b) i beni e le partecipazioni azionarie dello Stato trasferite alla CDP S.p.A., sulla base di una relazione giurata di stima redatta da esperti nominati dallo stesso Ministero dell'Economia e delle Finanze (derogando così alle regole del codice civile sui conferimenti in natura); c) gli impegni accessori dello Stato; d) il capitale sociale della CDP che deve essere pari almeno al fondo di dotazione attuale.

La Legge n. 326/2003, di conversione del D.l. n. 269/2003, ha così differito il loro momento di produzione degli effetti, rinviandoli alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Questa scelta non crea rilevanti problemi; dall'altro lato tuttavia il problema si sviluppa nel momento in cui la legge attribuisce a tali decreti il compito di determinare i criteri per la gestione delle partecipazioni nonché per le norme in materia di trasparenza, pubblicità, contratti e comunicazioni periodiche⁶³. Infatti se gli atti normativi e quelli amministrativi sono caratterizzata dalla fungibilità, ci si chiede come possano stabilire norme in senso proprio.

⁶² Cfr. M. Cardi, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, cit. p. 73.

⁶³ Articolo 5, comma 11, D.l. n. 269/03, Articolo 6 dello Statuto.

Anche i contenuti delle fonti hanno subito un forte cambiamento. Si è verificata, in primo luogo, una netta separazione tra i due rami in cui si articola l'attività di intermediazione finanziaria: all'Articolo 5, comma 24, si è stabilito che i contenuti sono distinti in rapporto all'oggetto dei finanziamenti e ai soggetti che ne beneficiano, sulla base delle modalità con cui viene effettuata la raccolta delle risorse, del mantenimento dei privilegi che consistono nella garanzia statale e nell'esenzione da imposte e tributi.

In secondo luogo la Cassa è stata assoggettata alle norme stabilite dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e di conseguenza alla vigilanza della Banca d'Italia. Tuttavia si prevede anche l'obbligo di adeguare il controllo in relazione al soggetto controllato.

In terzo luogo si sono verificati dei cambiamenti in relazione al titolo attraverso il quale la Cassa agisce. Alcune funzioni sono attribuite alla società, altre sono state trasferite al Ministero dell'Economia e delle Finanze⁶⁴.

Questi elementi hanno fatto emergere dei dubbi ulteriori sulla natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti, dal momento che sembrava essere molto vicina alla figura di organismo di diritto pubblico.

Alcuni interventi normativi succedutisi negli anni, hanno dato la definizione di organismo di diritto pubblico, sia a livello nazionale che europeo, permettendo di creare una situazione più chiara e delineata su tale qualifica alla Cassa Depositi e Prestiti, pur non toccando direttamente il tema della sua natura giuridica.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europea, con la sentenza 10 novembre 1998⁶⁵ (causa C-360/96), ha stabilito che lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dalla rilevanza relativa, nell'ambito dell'attività

⁶⁴ Cfr. G. Della Cananea, *La società per azioni Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 4/2004, p. 366 ss.

⁶⁵ Con questa sentenza la Corte di Giustizia è stata chiamata, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, a pronunciarsi sull'interpretazione degli artt. 1 e 6 della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CE1, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. I dubbi interpretativi sono stati sollevati nell'ambito della controversia tra i comuni Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden e la BFI Holding BV dove, quest'ultima, ha lamentato che l'aggiudicazione da parte dei comuni di un appalto riguardante la raccolta di rifiuti dovesse essere assoggettata alla procedura prevista dalla suddetta direttiva.

dell'ente medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale ed è parimenti irrilevante che le attività commerciali siano svolte da una persona giuridica distinta appartenente allo stesso gruppo o consorzio.

Inoltre la Direttiva 2004/18/CE stabilisce, all'Articolo 1 comma 9, che per "organismo di diritto pubblico" intende qualsiasi organismo che debba necessariamente possedere le seguenti caratteristiche: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Ai fini della qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico, anche secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, non è sufficiente che il soggetto, dotato di personalità giuridica abbia una partecipazione pubblica anche a livello maggioritario ma devono essere presenti due condizioni, una di segno positivo e una di segno negativo. La prima consistente nella circostanza che il soggetto sia stato istituito al fine di soddisfare un bisogno di interesse generale (ovvero riferibile ad una collettività di soggetti di ampiezza e contenuti tali da giustificare che il medesimo sia soddisfatto mediante la creazione di un organismo soggetto all'influenza dominante dell'autorità pubblica). La seconda consistente nel fatto che il bisogno da soddisfare non abbia natura industriale commerciale (non suscettivo di soddisfacimento mediante lo svolgimento di attività avente natura commerciale o industriale, vale a dire mediante attività di produzione o scambio di beni e servizi a favore di un'indifferenziata platea d'operatori economici, consumatori o utenti).

A livello nazionale un'altra importante sentenza è intervenuta per definire la figura di organismo di diritto pubblico. Il Consiglio di Stato, VI sez.,

con la Sentenza n. 1574 del 31.01.2012 si è espresso in merito al ricorso di una società a responsabilità limitata contro una società per azioni per la riforma di una sentenza del Tar Liguria, n. 939/2011⁶⁶. Il Consiglio di Stato ha distinto le società che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa, con riferimento alle modalità di costituzione, alla fase dell'organizzazione, alla natura dell'attività svolta ed al fine perseguito. Ha inoltre verificato se la società possedesse o meno le caratteristiche delle società pubbliche che svolgono attività di impresa ovvero delle società pubbliche che, come gli organismi di diritto pubblico svolgono attività amministrativa.

Il Consiglio di Stato ha dichiarato che l'organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006, può assumere la veste giuridica della società per azioni, avere personalità giuridica e costituirsi secondo le modalità ordinarie. Ai fini della sua configurabilità è necessaria la presenza del requisito dell'influenza pubblica, che, sempre ai sensi dell'art. 3 sopra citato, ricorre quando è soddisfatta una delle seguenti condizioni alternative: a) il finanziamento per parte maggioritaria dell'attività da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico; b) il controllo della gestione da parte di questi ultimi; c) la designazione di almeno metà dei componenti dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza da parte dello Stato, degli enti pubblici territoriali o di altri

⁶⁶ Nello specifico, la società per azioni (Porto Antico di Genova S.p.A.) suddetta ha indetto una procedura per la individuazione del conduttore di immobili, insistenti sul demanio marittimo dell'area portuale di Genova, da destinare a cinema multisala. All'esito della procedura è stata individuata, quale contraente, una società per azioni (The Space Cinema S.p.A.), mentre la s.r.l. (Cinexpo) suddetta si è classificata seconda. Questa ha quindi impugnato gli atti della procedura innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Liguria deducendo una serie di illegittimità della procedura e in particolare sottolineando che la S.p.A. dovesse essere considerata organismo di diritto pubblico in quanto aveva tutti i requisiti necessari per essere considerata tale. Il Tar ha dichiarato il difetto di giurisdizione, ritenendo che la S.p.a. non possa considerarsi organismo di diritto pubblico. In particolare, esso esercita attività imprenditoriale e non riceve provvidenze pubbliche, autofinanziandosi, sopportando così il rischio inerente la gestione imprenditoriale della aree demaniali. E' stato osservato anche che i beni rientranti nell'attività hanno una destinazione commerciale e non sono assorbiti nel regime pubblicistico strettamente demaniale.

organismi di diritto pubblico⁶⁷. L'attività dell'organismo di diritto pubblico deve inoltre avere carattere non industriale o commerciale⁶⁸.

Inoltre è stato analizzato come siano presenti degli elementi in comune tra l'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico (l'impiego dello strumento societario e l'esigenza di perseguire l'interesse pubblico), ma sono presenti anche differenze in tema di modalità di svolgimento dell'attività (economica e non economica). Solo nell'ambito delle imprese pubbliche vi è infatti compatibilità tra lo scopo lucrativo e quello di interesse generale. Il Consiglio di Stato chiarisce inoltre che il requisito dell'influenza pubblica si atteggia in maniera diversa nell'ambito delle due figure soggettive. Se per identificare l'organismo di diritto pubblico l'influenza pubblica è infatti un elemento indefettibile, per l'impresa pubblica la sua configurabilità dipende dalla composizione maggioritaria o minoritaria della compagine societaria⁶⁹. La distinzione tra le due figure rileva anche sul piano del riparto di giurisdizione. Nel caso dell'organismo di diritto pubblico si ha la giurisdizione del giudice amministrativo; in presenza dell'impresa pubblica la giurisdizione spetta invece al giudice ordinario, salvo il caso dei settori speciali in cui a tale impresa, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, si applicano le regole sull'evidenza pubblica con la conseguente cognizione del giudice amministrativo.

Nella normativa vigente, l'attività dell'organismo di diritto pubblico deve avere carattere non industriale o commerciale. I compiti dell'ente vengono, pertanto, svolti non con metodo economico ma mediante l'esercizio di un'attività che non implica assunzione del rischio di impresa. La presenza di tale carattere si ricava da due elementi: uno di carattere "interno" relativo all'assetto societario all'esistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico che assicurano la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'organismo; l'altro di carattere "esterno" che riguarda l'assenza del metodo economico. Non può invece essere considerata quale organismo

⁶⁷ Cfr. Sentenza n. 1574 del 31.01.2012, *Considerato in Diritto*, punto 5.2.

⁶⁸ Cfr. Sentenza n. 1574 del 31.01.2012, *Considerato in Diritto*, punto 5.3.

⁶⁹ Cfr. Sentenza n. 1574 del 31.01.2012, *Considerato in Diritto*, punto 6.

di diritto pubblico l'impresa pubblica che opera in vari ambiti d'intervento caratterizzati dall'esistenza di diversi mercati e che prevede, per statuto, lo scopo di lucro.

Per quanto riguarda la qualifica della Cassa Depositi e Prestiti come organismo di diritto pubblico, nel 2007 il Consiglio di Stato, Sezione VI, è intervenuto con un'importante sentenza n. 550/2007, sulla natura giuridica degli enti pubblici privatizzati.

A questo fine il Collegio ha riqualificato la Casse Depositi e Prestiti come organismo di diritto pubblico oltre che come impresa pubblica, segnando l'ultimo passaggio di contenzioso tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la Cassa in merito ad una duplice operazione di concentrazione avente ad oggetto la riunificazione tra proprietà e gestione della Rete di trasmissione nazionale di energia elettrica⁷⁰.

La decisione in questione abbraccia principalmente quattro temi: 1) la natura e il limite del sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'Autorità che comportano l'esercizio di discrezionalità tecnica; 2) la natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.; 3) l'ambito di applicazione soggettiva della disciplina antitrust; 4) la legittimità delle misure correttive che l'Autorità garante può imporre nell'autorizzare operazioni di concentrazione pregiudizievoli per il mercato.

⁷⁰ Nel caso di specie, con una decisione n. 14542 del 4 Agosto 2005 l'Autorità aveva autorizzato la realizzazione di due contestuali e combinate operazioni di concentrazione notificate direttamente dalla CDP che riguardavano l'acquisto da parte della Cassa stessa della partecipazione di controllo (pari al 29,99%) di Terna S.p.A. (Trasmissione Elettrica rete nazionale) detenuta da Enel S.p.A., da un lato; dall'altro, l'acquisto da parte di Terna S.p.A. del ramo d'azienda del Grtn (Gestore della Rete di trasmissione nazionale) per l'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica. La realizzazione della complessa procedura di acquisto veniva subordinata al rispetto da parte della Cassa di alcune misure, tra le quali, si ricorda la graduale ma definitiva cessione a partire dal 1° Luglio 2007 ed entro due anni successivi della partecipazione detenuta dall'ente nel capitale sociale di Enel, nonché il rafforzamento del ruolo del Comitato di consultazione. L'Autorità successivamente ad una istruttoria, aveva ritenuto che l'intreccio azionario conseguente all'operazione avrebbe indotto la Cassa a privilegiare le soluzioni di sviluppo e gestione della rete più favorevoli ad Enel con la conseguenza di un rischio di discriminazione nei confronti dei concorrenti dell'operatore dominante nei mercati della vendita dell'energia all'ingrosso (Mi) e nei servizi di dispacciamento (Msd). Per questi motivi la realizzazione dell'operazione veniva condizionata al soddisfacimento da parte dell'ente di misure atte ad evitare tali conseguenze. Il provvedimento amministrativo è stato confermato interamente dal Tar del Lazio con la sent. n. 1898/2006 ma il Consiglio di Stato lo ha parzialmente modificato.

Le argomentazioni che sono state utilizzate dal Consiglio di Stato circa la natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti, sollevano diverse perplessità. All'interno della sentenza⁷¹ si sviluppa una riqualificazione dell'ente società per azioni che si conclude con l'accoglimento della tesi utilizzata dalla Cassa nel ricorso, consistente nelle argomentazioni a favore del fatto che la duplice operazione di concentrazione non comporta la fuoriuscita della gestione della rete di trasmissione nazionale da un ambito pubblicistico.

Il tema generale affrontato riguardava la natura giuridica della società per azioni a seguito della trasformazione degli enti pubblici, la cui soluzione aveva sollevato un ampio dibattito con il raggiungimento di alcune conclusioni a favore della natura privatistica, altre a favore di quella pubblicistica. Il Giudice parte dal presupposto che la veste di società per azioni non è sufficiente ad escludere i caratteri pubblicistici di un soggetto. Si tratterebbe soltanto di una qualificazione formale che non è in grado di poter identificare in maniera certa la natura dell'ente. In questo contesto, il solo fatto che la Cassa Depositi e Prestiti sia stata trasformata in società per azioni non con un atto di autonomia privata, ma con Legge, conferma la sua natura pubblicistica. Il Giudice, in linea con i suoi precedenti⁷², fa così riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico estrapolandola dal diritto comunitario e dal suo contesto di riferimento (appalti pubblici). Il Collegio utilizza questa nozione considerandola come una categoria generale, una nuova forma di soggettività giuridica utile a dimostrare la pubblicità della Cassa Depositi e Prestiti. L'ente possiede tutti i requisiti tipici dell'organismo di diritto pubblico: a) la personalità giuridica (soddisfatto dalla qualifica di società per azioni); b) lo svolgimento di un'attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico (soddisfatto dal fatto che la S.p.A. era inizialmente a totale partecipazione pubblica); c) il soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi

⁷¹ In particolare si fa riferimento ai punti 19 - 25.

⁷² Si fa riferimento, a titolo di esempio, alle sentenze del Consiglio di Stato, Sezione VI n. 498/98; n. 1478/98; n. 1885/00; n. 1206/01; n. 2855/02; n. 4711/02

carattere non industriale o commerciale (soddisfatto dal fatto che parte dell'attività della cassa rientra nella categoria di servizio pubblico volto a soddisfare bisogni collettivi privi di carattere industriale o commerciale).

Tuttavia il ragionamento posto a fondamento della tesi elaborata dal Consiglio di Stato può essere sottoposto a varie critiche. In primo luogo si ritiene che l'allontanamento di una società per azioni dal modello civilistico non è sufficiente a sottrarla dall'ambito privatistico in quanto il codice civile è ricco di deroghe al regime previsto in ambito societario. In secondo luogo i requisiti che un organismo di diritto pubblico deve possedere per considerarsi tale, sembrano non essere presenti all'interno della Cassa Depositi e Prestiti (tranne l'elemento formale).

Nel 2010 è stata emessa una nuova sentenza sulla qualificazione della CDP come organismo di diritto pubblico. Si fa riferimento alla sentenza 27/04/2010 n. 1042 del TAR Firenze, Sezione I, con la quale è stato affermato che la Cassa Depositi e Prestiti è un organismo di diritto pubblico.⁷³

Il Tar afferma che «La cassa Depositi e Prestiti possiede i requisiti propri dell'organismo di diritto pubblico, come definito dall'art. 3, comma 26, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Trattasi infatti di un soggetto dotato di

⁷³ Nel caso di specie, con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Europea del 3 Ottobre 2009 l'Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta Nord Ovest aveva indetto una procedura aperta con modalità telematica per l'erogazione di mutui ventennali e trentennali alle aziende e agli enti del servizio sanitario toscano, sulla base di un contratto normativo da sottoscrivere con la stazione appaltante che sarebbe stato valido fino al 31 dicembre 2011. L'offerta doveva esprimere due spreads riferiti l'uno a mutui ventennali e l'altro a mutui trentennali, la cui media sarebbe stata assunta per l'assegnazione del punteggio. Il disciplinare prevedeva che la gara non sarebbe stata aggiudicata all'offerta migliore, se questa fosse risultata superiore a quella effettuata da Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. Alla procedura aveva partecipato solo l'ESTAV e al termine della gara aveva ricevuto l'invito dalla stazione appaltante a presentare un'offerta migliorativa, che non ha inoltrato. In una seduta pubblica è stato deciso dalla stazione appaltante di non aggiudicare la gara all'ESTAV ma procedere tramite la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. poiché la media aritmetica di tale offerta risultava più conveniente. Approvati i verbali di gara, è stato dato atto della mancata aggiudicazione della procedura aperta e si è deciso di trasmettere alle aziende ed agli enti del servizio sanitario regionale le condizioni offerte dalla Cassa per la stipula dei contratti di mutuo ventennali o trentennali. Avverso il provvedimento e tutti gli atti di gara, compresi bando e disciplinare in parte qua, è insorta l'ESTAV. Cfr. F. Federici, Nota a sentenza T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 27 aprile 2010, n. 1042, in www.dirittoamministrativo.it.

personalità giuridica, sottoposto indubbiamente ad una influenza pubblica essendo il suo capitale in mano allo Stato, ed istituita per soddisfare esigenze di interesse generale che non hanno carattere industriale o commerciale. La Cassa ha infatti lo scopo di fornire la provvista finanziaria delle pubbliche amministrazioni statali e locali al fine di consentire loro di svolgere le proprie funzioni istituzionali. I contratti che vengono stipulati da Stato, regioni, enti pubblici, enti locali o organismi di diritto pubblico con la Cassa sono esenti dall'applicazione della normativa di evidenza pubblica in base a quanto stabilito dall'art. 19, comma 2, del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Secondo tale norma infatti le procedure dell'evidenza pubblica non si applicano agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice in base ad un diritto esclusivo di cui essa beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato europeo»⁷⁴.

La natura privatistica della Cassa è ulteriormente ribadita da due ulteriori elementi. Si fa riferimento in primo luogo al suo Piano industriale 2005 - 2009, all'interno del quale l'ente dichiara un'inversione di tendenza nella gestione delle proprie partecipazioni azionarie e degli investimenti, ponendo l'accento sempre di più verso un concetto privatistico del sistema. In secondo luogo se in origine si trattava di una privatizzazione solo formale⁷⁵, oggi tale definizione non è più attribuibile alla Cassa dal momento che si è verificato il passaggio intermedio della vendita delle azioni da parte dello Stato, con conseguenza privatizzazione sostanziale e perdita del controllo pubblico. In realtà questo secondo elemento può essere ovviato dal fatto che lo Stato, per mezzo del Ministro dell'Economia e delle Finanze detiene un potere di controllo nei confronti delle Fondazioni Bancarie (soggetti ai quali lo Stato aveva venduto le proprie partecipazioni azionarie)⁷⁶.

⁷⁴ Sentenza 27/04/2010 n. 1042 del TAR Firenze, Sezione I, Considerato in diritto, 3.1.

⁷⁵

⁷⁶ Per un maggior approfondimento del caso di specie della sentenza n. 550/2007 e per ulteriori critiche poste nei confronti di tale sentenza Cfr. S. Simone, *Cassa Depositi e*

Quindi, l'operazione ricostruttiva del Consiglio di Stato, si riduce nella sostanza ad un ennesimo tentativo del giudice amministrativo di non rinunciare alla pubblicità di un ente sostanzialmente privatizzato⁷⁷.

3.2 Funzioni e organizzazione della società

Esaminiamo ora il nuovo assetto funzionale e organizzativo della CDP S.p.A. Dal momento che, alle funzioni principali (raccolta e impiego delle risorse finanziarie), si sono aggiunte le attività strumentali, connesse e accessorie, la società svolge due tipi di attività⁷⁸.

La CDP, attraverso la "Gestione Separata"⁷⁹, trae le proprie risorse sia da fondi rimborsabili sotto forma di libretti di risparmio postale e di buoni fruttiferi postali (i quali sono garantiti dallo Stato e distribuiti da Poste Italiane S.p.A.⁸⁰), sia da fondi provenienti dall'emissione di titoli e da altre operazioni finanziarie, che possono essere assistite dalla garanzia dello Stato. Le risorse che vengono raccolte attraverso l'uso di fondi tratti dal risparmio

Prestiti: organismo di diritto pubblico?, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 2/2008, p. 155 ss.

⁷⁷ Cit. S. Simone, *Cassa Depositi e Prestiti: organismo di diritto pubblico?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 2/2008, p. 166.

⁷⁸ Cfr. G. Castriota Santa Maria Bella, *La Cassa Depositi e Prestiti, una società per azioni a controllo pubblico che merita di essere meglio conosciuta*, in www.cartalibera.it.

⁷⁹ La Gestione Separata è soggetta, ad una disciplina speciale, che è caratterizzata, oltre che dal controllo del Ministro dell'Economia e delle Finanze, dall'integrazione del consiglio di amministrazione con rappresentanti del Ministero dell'economia e delle finanze e con rappresentanti e degli enti locali e dalla possibilità di avvalersi della rappresentanza in giudizio e della difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato, anche dal controllo da parte della Commissione di Vigilanza. Essa è stata Istituita con Regio Decreto n. 453 del 1913, la Commissione di vigilanza ed è un organo di controllo composto da membri parlamentari (rappresentanti di Camera e Senato) e non parlamentari (Consiglio di Stato, Corte dei conti). La Commissione esercita una generale competenza di controllo sul buon andamento della gestione complessiva dell'Istituto. Tale controllo riveste carattere deliberativo, consultivo o referente. Il potere deliberativo viene esercitato in via normale nell'approvazione dei rendiconti annuali e, sui risultati di eventuali inchieste, che la Commissione intraprende. Il potere consultivo consiste nel rilascio dei pareri richiesti dalla legge nell'ambito delle procedure relative, ad esempio, alla disciplina riguardante la concessione e erogazione dei prestiti. Il potere referente viene esercitato nella predisposizione della relazione al Parlamento sull'attività annuale svolta dalla Cassa, alla quale vengono allegati i bilanci dell'Istituto.

⁸⁰ Per maggiori approfondimenti sull'argomento Cfr. M. Cardì, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, p. 39 ss.

postale nonché assistiti dalla garanzia dello Stato vengono destinate al finanziamento dello Stato, degli enti territoriali, degli enti pubblici⁸¹ in generale e degli organismi di diritto pubblico. Per le attività denominate “Gestione Ordinaria” il finanziamento di opere, impianti, delle reti e delle dotazioni destinate alla fornitura dei servizi pubblici e alle bonifiche, la società si avvale dell’uso di fondi e di altri tipi di operazioni finanziarie «senza garanzia dello Stato, esclusivamente presso investitori privati e con preclusione della raccolta di fondi a vista»⁸². Inoltre può acquisire finanziamenti da soci e da terzi e ricevere contributi dalla Stato e da altri poteri pubblici, anche internazionali.

⁸¹ Si ricorda, facendo riferimento all’attività della Cassa Depositi e Prestiti in relazione agli enti locali, il Decreto-Legge 8 aprile 2013 n. 35, convertito con modificazioni dalla Legge 6 giugno 2013 n. 64, pubblicata nella G.U. 7 giugno 2013 n. 132, concernente le “Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali. Disposizioni per il rinnovo del Consiglio di presidenza della giustizia tributaria”. L’articolo 1, comma 10, del decreto legge ha istituito nello stato di previsione del Ministero dell’economia e delle finanze un Fondo distinto in tre sezioni, di cui una denominata “Sezione per assicurare la liquidità per pagamenti dei debiti certi, liquidi ed esigibili degli enti locali” con una dotazione di 2.000 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013 e 2014 che, in sede di conversione, è stata ridotta a 1.800 milioni di euro per ciascuno dei suddetti anni. Ai fini dell’immediata operatività della Sezione, il MEF e la CDP hanno stipulato un apposito Accordo che, in applicazione dei contenuti del decreto legge, stabilisce i criteri e le modalità per l’accesso alle risorse della Sezione. Lo stesso articolo 1, al comma 13, prevede che gli enti locali che non possono far fronte ai pagamenti dei debiti per carenza di liquidità, chiedano alla Cassa depositi e prestiti a valere sulla citata Sezione, in deroga agli articoli 42, 203 e 204 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, anticipazioni di liquidità. Ciò consentirà agli stessi enti di procedere ai pagamenti dei propri debiti certi, liquidi ed esigibili, maturati alla data del 31 dicembre 2012, ovvero dei debiti per i quali sia stata emessa fattura o richiesta equivalente di pagamento entro lo stesso termine. La procedura di concessione dell’Anticipazione a valere sul fondo di cui al Decreto-Legge 8 aprile 2013 n. 35, convertito con modificazioni dalla Legge 6 giugno 2013 n. 64, pubblicata nella G.U. 7 giugno 2013 n. 132, si articola nelle seguenti fasi principali: a) Presentazione delle domande di Anticipazione; Comunicazione esiti verifica e concessione dell’Anticipazione; Determinazione delle Condizioni economiche e perfezionamento del contratto di Anticipazione; Erogazioni e rendicontazione. La Cdp è già, per tradizione, leader nel finanziamento degli investimenti pubblici. Concede, infatti, mutui di scopo a Stato, Regioni, enti locali, enti pubblici non territoriali e organismi di diritto pubblico. Il nuovo comma 13-bis, poi, dispone che gli enti che accedono all’anticipazione, all’esito del pagamento di tutti i debiti, devono utilizzare le somme residue per l’estinzione dell’anticipazione di liquidità concessa alla prima scadenza di pagamento della rata prevista dal relativo contratto. Ottenuta l’anticipazione, gli enti locali devono procedere alla immediata estinzione dei debiti e, in ogni caso, entro e non oltre i successivi 30 giorni dall’atto di erogazione. Con questa operazione si conferma ancora una volta come soggetto fondamentale per il Paese, in quanto riveste un ruolo di salvaguardia.

⁸² Articolo 5, comma 7, Decreto n. 269/2003.

Per quanto concerne l'attività della Gestione Separata, l'Articolo 5 del decreto 269/03, stabilisce una ingerenza da parte del Ministro dell'Economia e delle Finanze attraverso l'emanazione di propri decreti di natura non regolamentare. Egli infatti determina: a) i criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche dei libretti di risparmio postali, dei titoli, dei finanziamenti e delle altre operazioni finanziarie assistite dalla garanzia dello Stato; b) i criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche degli impieghi, nel rispetto dei principi di accessibilità, uniformità di trattamento, predeterminazione e non discriminazione; c) le norme in materia di trasparenza, pubblicità, contratti e comunicazioni periodiche; d) i criteri di gestione delle partecipazioni assegnate ai sensi del comma 3 del medesimo articolo 5.

Quindi, possiamo osservare, che accanto alle funzioni principali, di raccolta e di impiego, si aggiungono ulteriori attività; verificandosi così un ampliamento degli impieghi ed estendendo ulteriormente sia l'ambito oggettivo che soggettivo della raccolta.

Facendo riferimento alle "attività ulteriori", l'Articolo 3 , comma 2, dello Statuto contiene un elenco indicativo e non tassativo delle operazioni consentite. Esse includono «operazioni commerciali ed industriali, ipotecarie, mobiliari, immobiliari, finanziarie, attive e passive; assumere partecipazioni ed interessenze in società, imprese, consorzi e raggruppamenti di imprese, sia italiani che esteri che siano strumentali, connesse o accessorie al proprio oggetto sociale ai sensi del decreto del Ministro dell'economia e finanze del 27 gennaio 2005 e successive modificazioni e integrazioni; svolgere il coordinamento amministrativo e finanziario delle società partecipate o controllate, compiendo in loro favore ogni opportuna operazione, ivi inclusa la concessione di finanziamenti; concedere garanzie personali o reali per obbligazioni sia proprie sia di terzi; impiegare strumenti finanziari derivati anche con finalità diverse da quelle di copertura». ⁸³

⁸³ Approvato con d.P.C.M. 5 Dicembre 2003, modificato in data 27 Marzo 2013. Le modifiche hanno riguardato: 1) il capitale sociale, che, a esito della conversione, fermo restando l'ammontare di 3.500.000.000 euro, sarà composto da n. 296.450.000 azioni

Il quadro normativo risulta ulteriormente arricchito da alcuni elementi di novità introdotti dal decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 6 Ottobre 2004, in particolare per quanto concerne le modalità di determinazione delle condizioni economiche dei prodotti offerti.

La rilevante novità apportata dal DM (Artt. 10 e ss.) consiste nella determinazione delle condizioni degli impieghi, non più da parte del Ministro dell'Economia e delle Finanze, bensì direttamente dalla Cassa sulla base di criteri guida che vengono forniti dal Ministro stesso. Il tutto deve necessariamente avvenire con il rispetto dei principi di accessibilità, uniformità di trattamento, predeterminazione e non discriminazione nella concessione di finanziamenti della Gestione Separata⁸⁴.

Queste nuove procedure hanno permesso una notevole riduzione dei termini (nonché una maggiore efficienza e dinamicità della Cassa in risposta all'evoluzione dei mercati finanziari) intercorrenti tra la fissazione dei rendimenti e la loro effettiva entrata in vigore portando dei vantaggi sia per quanto riguarda i libretti postali, sia per l'emissione di buoni fruttiferi con cadenza mensile⁸⁵.

Un altro ampliamento delle competenze della Cassa riguarda il settore dei prodotti offerti. Attraverso i buoni postali fruttiferi e l'emissione di libretti di risparmio si realizza l'attività di raccolta della Cassa nell'ambito

ordinarie; 2) l'eliminazione del valore nominale delle azioni; 3) la soppressione delle previsioni statutarie che fanno riferimento alle azioni privilegiate e disciplinano i diritti a esse inerenti; 4) la riorganizzazione dei Comitati previsti dallo Statuto (soppressione del Comitato di indirizzo e ridenominazione del Comitato di supporto degli azionisti privilegiati in Comitato di supporto degli azionisti di minoranza, con conseguente adeguamento delle modalità di nomina dei componenti); 5) l'adeguamento alla normativa in materia di parità di accesso agli organi di amministrazione e controllo (c.d. "quote rosa"); 6) l'adeguamento dei requisiti degli esponenti aziendali alla normativa applicabile. Tutte le modifiche approvate hanno avuto efficacia dal 1° aprile 2013.

⁸⁴ In particolare, l'Articolo 12 DM 6 Ottobre 2004, in relazione alle condizioni economiche degli impieghi, prevede che i tassi di interesse applicati non debbano superare i tassi minimi previsti dalla legge per i mutui stipulati da enti locali con oneri a carico dello Stato.

⁸⁵ Quindi la Cassa ha nuovi poteri per poter meglio definire i prodotti e le condizioni del risparmio postale. In passato era presente una procedura più complessa, dal momento che la determinazione delle condizioni di risparmio postale erano definite dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, su proposta del Direttore Generale della CDP. Cfr. M. Cardì, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012, p. 74.

delle attività facenti parte della Gestione Separata. In questo contesto si sono realizzate nuove opportunità di intervento e, quindi, nuove attività. In particolare l'Articolo 22 del D.l. n. 185 del 2008 (convertito nella legge 28 Gennaio 2009 n. 2), in riferimento al finanziamento delle infrastrutture e delle opere pubbliche, ha previsto l'uso del risparmio postale per finanziare ogni operazione di interesse pubblico prevista dallo Statuto sociale o promossa dallo Stato, enti territoriali, altri enti pubblici e organismi di diritto pubblico, tenendo necessariamente conto della sostenibilità economico finanziaria di ciascuna operazione.

Le modifiche normative succedute negli anni hanno portato delle novità e delle modifiche anche alle procedure di impiego. Viene così abbandonato l'uso di atti amministrativi (con un superamento del sistema della concessione pubblicistica) a vantaggio dell'utilizzo di contratti di natura privatistica che si servono di nuove tipologie di finanziamento. La circolare n. 1273 del 22 Luglio del 2008 ha adeguato le procedure interne dell'attività relativa alla Gestione Separata procedendo con una integrazione della documentazione necessaria in fase istruttoria. La documentazione che viene ora richiesta agli enti pubblici per poter accedere al credito della Gestione Separata ha come obiettivo il rispetto dei principi di accessibilità, uniformità di trattamento, predeterminazione e non discriminazione; principi che da sempre caratterizzano l'attività della CDP. Si prevedono quindi requisiti⁸⁶ utili a dimostrare la sostenibilità del debito da parte del soggetto richiedente. I finanziamenti concessi dalla Cassa avvengono principalmente attraverso due modalità: a) il Prestito Flessibile, a tasso variabile, dedicato alla realizzazione di investimenti pubblici e strutturato sulla base di un periodo iniziale di preammortamento (1 - 6 anni) e un periodo di ammortamento di durata tra 4 e 28 anni. E' prevista una erogazione in una o più soluzioni nel periodo compreso tra la stipula del contratto ed il 30 novembre antecedente

⁸⁶ Tra tutti si ricordano in particolare la verifica dei bilanci dell'ente e delle società controllate rilevanti e la verifica della conformità legale dell'investimento o della spesa che l'ente intende finanziare. All'esito dell'istruttoria la Cassa ha la facoltà di accettare o di rifiutare la richiesta da parte del soggetto, potendo introdurre all'interno del contratto di finanziamento clausole che permettono un controllo patrimoniale sull'ente.

la data di inizio ammortamento (“Periodo di Utilizzo”); b) Prestito Ordinario, a tasso fisso⁸⁷.

Ulteriori interventi normativi⁸⁸ hanno ammesso l’utilizzo del risparmio postale per il finanziamento delle PMI (Piccole Medie Imprese) con finalità di supporto all’economia. Tali interventi possono essere effettuati sia in via diretta o attraverso l’intermediazione di un ente creditizio a cui si aggiunge la sottoscrizione di fondi comuni di investimento per perseguire il rafforzamento patrimoniale nonché l’aggregazione delle imprese di minore dimensione.

Prima di effettuare la trasformazione in società per azioni la Cassa era strutturata in una duplice struttura: a) Organi di Amministrazione; b) Organi di Controllo. Dei primi facevano parte il Presidente, il Consiglio di Amministrazione e il Direttore Generale; dei secondi, la Commissione parlamentare di vigilanza, il Collegio dei Revisori, la Corte dei Conti.

Il Presidente del Consiglio di amministrazione della Cassa era il Ministro del tesoro, il quale, pur rappresentando la fonte di indirizzo delle scelte di politica economico finanziaria dell’Istituto, deteneva il solo potere di presiedere il Consiglio. Infatti, a differenza delle regole che vigono per tutti gli enti pubblici o privati (secondo la quale la rappresentanza legale dell’ente spetta al Presidente), alla Cassa non veniva applicata tale regola. Come Ministro, tuttavia, il Presidente deteneva una serie di significativi poteri⁸⁹.

I poteri del Consiglio di Amministrazione, concernevano l’emanazione di decisioni, proposte e pareri che venivano emessi tramite le deliberazioni⁹⁰. Inoltre dal punto di vista strutturale aveva una duplice composizione: a) componenti di Diritto (il Ministro del tesoro, Presidente; il Direttore generale

⁸⁷ Per maggiori approfondimenti Cfr. www.cassaddpp.it.

⁸⁸ Articolo 3, comma 4 – bis del D.l. n. 5/2009, convertito dalla Legge 9 Aprile 2009 n. 33 e successivamente modificato dalla Legge n. 191 del 2009.

⁸⁹ A titolo di esempio, erano nominati per decreto del Ministro il Direttore generale dell’Istituto, i membri non di diritto del Consiglio di amministrazione e i componenti del Collegio dei revisori. Veniva poi emanata per decreto ministeriale la normativa concernente la concessione, la garanzia e le erogazioni dei prestiti, oltre quella relativa alle variazioni dei tassi d’interesse dei depositi e dei prestiti amministrati dalla Cassa. Cfr. G. C. Filippi, *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, cit. p. 28.

⁹⁰ Per maggior approfondimento Cfr. G. C. Filippi, *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, p. 29 ss.

della *Cassa*; il Ragioniere generale dello Stato; il Direttore generale del tesoro); componenti nominati dal Ministro del Tesoro ogni quattro anni (due esperti finanziari designati dallo stesso Ministro; tre esperti finanziari designati dall'*ANCI*, dall'*UPI* e dalla Conferenza dei Presidenti delle Regioni in rappresentanza rispettivamente dei comuni, delle province e delle regioni).

Il Direttore generale, essendo definito un "organo" della Cassa, era posto ad un regime giuridico particolare: era collocato fuori ruolo, se dipendente pubblico, con sottoposizione a trattamento economico stabilito nel decreto di nomina.

Egli veniva nominato per una durata di 6 anni (con possibile rinnovo per altre due volte) con decreto del Ministro del tesoro, (sentiti il Consiglio di amministrazione e la Commissione parlamentare di vigilanza). I suoi poteri riguardavano, ad esempio, la rappresentanza legale dell'Istituto, le proposte di modifica dei saggi d'interesse relativi ai depositi ed ai prestiti dell'Istituto, la proposizione degli argomenti da sottoporre alle deliberazioni del Consiglio di amministrazione. Viste le caratteristiche della sua responsabilità e delle sue prerogative, la figura del Direttore generale della Cassa, sembrava trovare delle forti assonanze con la figura dell'amministratore delegato, piuttosto che a quella del responsabile della struttura aziendale.

Per riguarda gli Organi di Controllo, la Commissione Parlamentare di Vigilanza era l'organo di controllo più antico della Cassa. Nacque nel momento stesso in cui la Cassa venne ad esistenza (1850) sul modello del *Comité de Surveillance* previsto all'interno della *Caisse des dépôts et consignations*.

La Commissione esercitava una generale competenza di controllo sul buon andamento e sulla gestione complessiva della Cassa, assumendo carattere deliberativo⁹¹, consultivo⁹² o referente⁹³ a seconda dei casi.

⁹¹ Veniva esercitato durante l'approvazione dei rendiconti annuali e, in via episodica, sui risultati di eventuali inchieste realizzate dalla Commissione stessa.

⁹² Veniva posto in essere per l'espletamento di pareri richiesti dalla legge durante le procedure relative, principalmente, alla variazione dei tassi di interesse sui depositi e alla nomina del Direttore Generale.

⁹³ Veniva posto in essere durante il compimento della programmazione della relazione indirizzata al Parlamento sull'attività annuale della Cassa.

Il Collegio dei revisori era l'organo di controllo sull'attività dell'Istituto. Esso esercitava un controllo sia generico, relativo alla legittimità dell'attività, sia necessario, sulle scritture contabili. Venne introdotto dalla legge di riforma della Cassa⁹⁴. I suoi componenti (un Presidente di sezione della Corte dei Conti; un Dirigente Generale della Ragioneria generale dello Stato; un rappresentante degli enti locali) venivano nominati ogni quattro anni con decreto del Ministro del tesoro.

Infine, la Corte dei conti (Sezione enti locali) esercitava⁹⁵ i poteri di riscontro contabile sui rendiconti deliberati dal Consiglio di amministrazione prima della loro approvazione da parte della Commissione parlamentare di vigilanza; esaminava i dati, documenti ed elementi d'informazione richiesti alla Cassa sulla base di un piano di rilevazioni stabilito annualmente e comunicato entro il precedente 31 dicembre ai Presidenti delle due Camere. Infine inviava il referto al Parlamento entro il 31 luglio sui risultati dell'esame e sull'andamento della gestione amministrativa dell'anno precedente.

La trasformazione in società per azioni della Cassa Depositi e Prestiti e la distinzione della sua attività e delle sue funzioni (in Gestione Separata e Gestione Ordinaria) hanno notevolmente inciso sull'assetto organizzativo della CDP⁹⁶.

Infatti, oggi l'assetto è di tipo societario, e la compagine organizzativa è composta da un Presidente, il Consiglio di Amministrazione, l'Assemblea dei Soci e dal Direttore Generale. Quest'ultimo è nominato dal Consiglio non ha diritto di voto al suo interno (a differenza di quanto invece si verificava nel passato). Il Consiglio è composto da nove membri ma, per l'amministrazione della gestione separata, che persegue finalità di interesse economico generale è integrato dai rappresentanti del Ministero dell'Economia e delle Finanze e delle autonomie territoriali. Gli amministratori durano in carica per un

⁹⁴ Articolo 10 Legge 13 Maggio 1983 n. 197

⁹⁵ Poteri previsti dall'Articolo 12 della Legge 197/1983, successivamente abrogato dal D.lgs. 284/99, il quale, all'Articolo 6 stabilisce che "La Corte dei conti delibera sul rendiconto della Cassa depositi e prestiti e riferisce al Parlamento, entro il 31 luglio di ciascun anno, sulla gestione e sul buon andamento della gestione amministrativa".

⁹⁶ Per maggiori approfondimenti cfr. www.cassaddpp.it.

periodo non superiore a tre esercizi e sono rieleggibili. È presente inoltre un'ulteriore novità rispetto al passato che riguarda l'assenza del Ragioniere Generale dello Stato tra i componenti del Consiglio. Ciò conferma il passaggio della CDP dal settore di bilancio a quello delle operazioni finanziarie gestite dal dipartimento del Ministero⁹⁷.

Anche i controlli esercitati dal collegio sindacale hanno subito una loro evoluzione a seguito della trasformazione della Cassa in Società. Accanto a questi, si sono aggiunti i controlli di carattere pubblicistico, tra cui quello della Banca d'Italia e del Ministero dell'Economia e delle Finanze (a quest'ultimo spetta la vigilanza sulla società e l'obbligo di riferire al Parlamento). Inoltre si devono ricordare i controlli effettuati dalla Corte dei Conti sulla base di quanto previsto dalla Legge 1958/259⁹⁸; controlli estesi anche alla società per azioni, subentrati agli enti pubblici economici, attraverso la legittimazione della Corte Costituzionale con la sentenza n. 466/1993⁹⁹.

La Corte, attraverso, questa sentenza mira a superare l'ostacolo che si era creato, al fine di individuare gli enti soggetti a controllo. L'obiettivo principale era quello di fornire un'interpretazione adeguatrice dell'Articolo

⁹⁷ Cfr. Cfr. G. Della Cananea, *La società per azioni Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 4/2004, p. 366 ss.

⁹⁸ Per un maggior approfondimento cfr. C. Pinelli, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 3877 ss.

⁹⁹ Nel caso di specie, in data 15 febbraio 1993 la Corte dei Conti aveva sollevato il conflitto di attribuzione nei confronti del Governo, in relazione al comportamento omissivo consistente nell'impedimento all'esercizio delle attribuzioni costituzionali spettanti alla stessa Corte e relative al controllo ex art. 100, secondo comma, della Costituzione sulle società per azioni succedute, ai sensi dell'art. 15 del decreto-legge 11 luglio 1992, n.333, convertito nella legge 8 agosto 1992, n. 359, all'Istituto nazionale per la ricostruzione industriale - I.R.I., all'Ente nazionale idrocarburi - E.N.I., all'Istituto nazionale assicurazioni - I.N.A. e all'Ente nazionale per l'energia elettrica - E.N.E.L.. Tale impedimento all'esercizio della funzione di controllo si sarebbe realizzato sia mediante il mancato invito ai magistrati della Corte dei conti a partecipare alle sedute degli organi di amministrazione e revisione di tali società, sia mediante l'omesso invio dei documenti concernenti la gestione delle stesse, sia con il mancato riconoscimento, da parte del Governo, del persistente obbligo di sottoporre a controllo della Corte dei conti gli enti trasformati in società per azioni e, comunque, con la mancata ottemperanza dell'obbligo di adottare i provvedimenti necessari al ripristino di tale controllo, così come richiesto dalla Sezione di controllo enti della Corte dei conti con determinazione n.29/92 del 22 settembre / 3 ottobre 1992.

12¹⁰⁰ della Legge n. 259/1958. Viene così risolto il problema dell'inclusione nella sfera dell'Articolo 100 Cost. del controllo sulla gestione finanziaria degli enti ex Articolo 12¹⁰¹.

4 – CASSA DEPOSITI E PRESTITI: UNA SOCIETA' PER AZIONI DI DIRITTO SPECIALE

Come si è più volte affermato, il D.l. n. 269/2003 e la Legge n. 326/2003, hanno compiuto un'operazione innovativa trasformando la CDP in società per azioni , anche se le azioni, in un primo momento, sono state

¹⁰⁰ Secondo il quale "Il controllo previsto dall'art. 100 della Costituzione sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'Amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisca con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria, è esercitato, anziché nei modi previsti dagli artt. 5 e 6, da un magistrato della Corte dei conti, nominato dal Presidente della Corte stessa, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione".

¹⁰¹ Gli enti , oltre ad una prima elencazione contenuta in allegati alla legge 259/58, distintamente per quelli sottoposti al controllo ai sensi dell'art. 2 e per quelli sottoposti al controllo ai sensi dell'art. 12, vengono individuati per legge o mediante decreto governativo di assoggettamento emesso anche su segnalazione della stessa Corte dei conti. Ad esempio, nel 2004, sono state trasformate in enti pubblici economici le stazioni sperimentali dell'industria , che sono state trasferite nell'area applicativa della legge 259 del 1958, nel novero degli enti assoggettati al controllo. Attualmente, sono sottoposte al controllo per specifico disposto normativo ed a seguito di decreto governativo, le singole gestioni di circa 360 enti, (la delibera n.4 del 27 febbraio 2006 indica in 333 gli enti controllati in base alla legge 259/58 e 31 in base alla legge 20/94: il totale è variabile in relazione anche ai provvedimenti di assoggettamento governativi) spesso - come precisato dalla stessa Sezione controllo enti nelle proprie delibere - aventi natura e forme eterogenee e con differenziata disciplina ordinamentale , che possono essere raggruppati , in una prima approssimazione, nelle seguenti categorie: enti previdenziali, enti di assistenza e protezione sociale, enti che svolgono attività di impresa, enti di studio, insegnamento , prestazione d'arte, enti di incentivazione, regolazione ,enti di ricerca enti portuali, enti operanti sul territorio. Cfr. *Il controllo sugli enti pubblici e sulle società private per le quali lo Stato partecipa al capitale*, Corso Altalex Online, Referendario della Corte dei Conti cons. Vittorio Raeli, modulo 14 del 06.02.2009, in www.altalex.it. Si veda anche G. Ottaviano, *Il controllo della Corte dei conti sulle società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici privatizzati*, in Riv. C. conti " , n. 1/2002, p. 311 ss.; M. Ciaccia , *Il controllo referente della Corte dei conti sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*, in " *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*", luglio-agosto 2003; R. Coltelli, *L'oggetto del controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato*, in " Riv. C. conti" n. 4/89; A. Mingarelli, *Il controllo pubblico sul processo di privatizzazione degli enti pubblici economici e sulle società di capitali derivanti . In particolare: quale controllo è esercitabile in materia della Corte dei conti(parte I e II)* ,in " Riv. C. conti" , n. 3/96, pag. 277 ss. e n.4/96, p. 268 ss.

attribuite interamente allo Stato. Ne possiamo dunque dedurre che nei primi anni, si è trattato di una privatizzazione solo formale.

Tuttavia nei confronti di questo atto normativo possiamo compiere diverse critiche, dalle quali emerge che siamo in presenza di un istituto regolato dal diritto speciale¹⁰². In primo luogo si fa riferimento alla natura dei decreti con cui il Ministro dell'Economia ed il Presidente del Consiglio dei Ministri sono stati chiamati ad attuare la privatizzazione della Cassa Depositi e Prestiti e a redigerne lo Statuto. Questi decreti, non avendo natura regolamentare, danno origine a delle conseguenze significative.

Infatti l'Articolo 17, comma 4 della Legge n. 400/1988, stabilisce che solamente i decreti regolamentari siano sottoposti al preventivo parere del Consiglio di Stato e al controllo della Corte dei Conti. Se ne deduce, quindi, che i decreti con i quali si procede alla privatizzazione sono sottratti al controllo preventivo di tali organi. Per quanto riguarda la Corte dei Conti, inoltre, l'Articolo 5, comma 21, stabilisce che «Ai decreti ministeriali emanati in base alle norme contenute nel presente articolo si applicano le disposizioni di cui all'articolo 3, comma 13, della legge 14 gennaio 1994, n. 20». L'Articolo 3, comma 1 individua gli atti non aventi forza di legge su cui si esplica il controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti e tra essi si deve ricordare, in particolare, quelli previsti alla Lett. c): «atti normativi a rilevanza esterna, atti di programmazione comportanti spese ed atti generali attuativi di norme comunitarie». Risulta quindi che il decreto ministeriale relativo alla CDP rientri in tale categoria con l'automatica conseguenza della sua sottoposizione al controllo della Corte dei Conti anche se sono privi di natura regolamentare.

Tuttavia il comma 13 dell'Articolo 3 della Legge 20/1994 (cui fa espresso riferimento l'Articolo 5, comma 21 della D.l. 269/2003) afferma che “ Le disposizioni del comma 1 non si applicano agli atti ed ai provvedimenti

¹⁰² Cfr. M. Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008, p. 128; E. Bani, *La Cassa Depositi e Prestiti S.P.A. di diritto singolare*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, 2010, p. 270.

emanati nelle materie monetaria, creditizia, mobiliare e valutaria” escludendo quindi il controllo della Corte dei Conti.

La domanda che sorge è quindi spontanea: i decreti ministeriali sono sottratti o vengono sottoposti al controllo della Corte dei Conti? Il Ministro dell’Economia e delle Finanze ha ritenuto non necessario il controllo preventivo ma questa è solo l’interpretazione più plausibile¹⁰³.

Altra questione fondamentale che è emersa, dopo la trasformazione della Cassa in S.p.A., è se essa debba essere qualificata come una banca o come un intermediario finanziario. Infatti, come già anticipato, l’articolo 5, comma 6 della Legge 326/2003 stabilisce che “Alla CDP S.p.A. si applicano le disposizioni del titolo V del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, previste per gli intermediari iscritti nell’elenco speciale di cui all’articolo 107 del medesimo decreto legislativo, tenendo presenti le caratteristiche del soggetto vigilato e la speciale disciplina della gestione separata di cui al comma 8”. Anche se dalla Legge emerge che la CDP viene qualificata come un intermediario finanziario, la norma lascia qualche dubbio, in ragione del fatto che alla Legge spetterebbe solamente il compito di definire le fattispecie astratte, mentre la loro qualificazione è di competenza dell’interprete o del giudice. Quindi al comma 6 spetta solamente il compito di disapplicare alla CDP la normativa relativa alle banche e di applicare quella relativa agli intermediari finanziari ma non ha il potere di qualificare la Cassa né in un modo né nell’altro.

Infatti, è soltanto per la presenza del comma 6 che la CDP possiede tutti i requisiti per poter essere considerata come una banca¹⁰⁴. Non a caso il Testo Unico in materia bancaria fissa i requisiti che un’attività deve possedere per essere qualificata attività bancaria: deve consistere nella

¹⁰³ Il rinvio al comma 13 prevede che la Corte dei Conti non effettui il controllo di legittimità sugli atti indicati, e quindi sui decreti della CDP. Cfr. F. M. Mucciarelli, *Ma cos’è diventata la Cassa Depositi e Prestiti*, in *Mercato Concorrenza e regole* VI, n. 2, Agosto 2004, p. 355 ss.

¹⁰⁴ Cfr. . M. Mucciarelli, *Ma cos’è diventata la Cassa Depositi e Prestiti*, in *Mercato Concorrenza e regole* VI, n. 2, Agosto 2004, p. 369.

raccolta del risparmio tra il pubblico e nella concessione del credito¹⁰⁵. L'Articolo 11, comma 5 del TUB stabilisce un divieto a soggetti diversi dalle banche di effettuare raccolta a vista in quanto si verrebbero a creare dei problemi relativi alla tutela dei risparmiatori. Da ciò emerge che l'attività riguardante l'emissione di libretti postali da parte della CDP¹⁰⁶, fa sì che quest'ultima non possa rientrare tra i soggetti a cui è fatto divieto di svolgere tale attività (previsto nell'articolo 11, comma 5).

Le ragioni che hanno spinto a considerare la CDP come un intermediario finanziario (ai sensi dell'Articolo 107 TUB) e quindi a veder applicata una disciplina diversa dalle banche, risiedono nel fatto che l'attività da essa svolta è sottoposta a minor rischi con la conseguenza di una sottoposizione alla vigilanza della Banca d'Italia solamente prudenziale¹⁰⁷. Inoltre si ritiene che il Governo abbia deciso di non sottoporre la Cassa alla normativa relativa alle banche per concederle la facoltà di svolgere il ruolo di Holding pubblica in campo finanziario. Infatti la disciplina bancaria fissa il 15 per cento come limite di partecipazione azionaria delle banche in imprese non finanziarie; limite che non può essere rispettato dalla CDP dal momento che detiene azioni di ENI, ENEL e Poste Italiane in misura notevolmente superiore (10 per cento ciascuna per le prime due, 35 per cento per la terza). La CDP è ulteriormente collegate ad altre due società che hanno il compito di valorizzare, gestire e alienare il patrimonio dello Stato e di finanziare le infrastrutture, le grandi opere pubbliche e lo sviluppo economico: da un lato, Infrastrutture S.p.A¹⁰⁸; dall'altro, Patrimonio dello Stato S.p.A. Entrambe sono

¹⁰⁵ La seconda attività (concessione del credito) può essere svolta anche da soggetti non necessariamente bancari e quindi da intermediari finanziari; mentre la prima (raccolta del risparmio tra il pubblico) è attività riservata ai soggetti bancari, anche se sono presenti diverse eccezioni. Cfr. A. Antonucci, *Diritto delle banche*, 2009, p. 63 ss.

¹⁰⁶ Anche se l'emissione di libretti postali rientra nella Gestione separata, è pur sempre attività della CDP dal momento che non costituisce un patrimonio separato.

¹⁰⁷ La Banca d'Italia deve effettuare ispezioni periodiche presso la CDP S.p.A., richiedere documenti e informazioni e sottoporla alla regolamentazione sulla stabilità.

¹⁰⁸ La società era stata fondata nel 2002 a seguito della Legge 112/02 con il compito di finanziare, in compartecipazione con banche e altri intermediari, le infrastrutture e le grandi opere pubbliche. La sua attività consisteva nel raccogliere risorse finanziarie al fine di impiegarle per il finanziamento delle attività di cui sopra. Le modalità attuative consistevano nell'emissione di titoli ed obbligazioni ma anche attraverso operazioni di cartolarizzazione

legate alla CDP dal momento che la prima può cedere alla seconda o alla CDP i diritti di cui dispone in ordine ai beni statali. Tuttavia la Infrastrutture S.p.A. con la Legge 266/05, è stata incorporata in Cassa Depositi e Prestiti.

A queste conclusioni è giunto anche il Tribunale civile di Roma Sezione X, con una sentenza del 25 Gennaio 2010 , n. 1701, con la quale ha accolto la domanda proposta dagli attori nei confronti di ENEL S.p.A. e Dalmazia S.r.l.¹⁰⁹

Il problema quindi che si pone è quello di stabilire se la Cassa Depositi e Prestiti sia qualificabile come ente di natura pubblica (come è stato fatto nella decisione del Tribunale civile di Roma) o di natura privata (come affermato dalla legge di trasformazione della CDP in società). La scelta di una qualificazione piuttosto che un'altra non trova specifico riferimento soltanto dal punto di vista formale ma permette di rispettare una certa disciplina piuttosto che un'altra e l'attuale assetto della Cassa sembra essere orientato verso il riconoscimento della natura giuridica privata.

Una serie di attività poste in essere di recente dalla Cassa appaiono discutibili. Di recente essa si sta impegnando per entrare nel capitale di diverse utilities di rilevanti dimensioni (si fa riferimento a titolo di esempio a Hera¹¹⁰ e Acea¹¹¹) e questo può comportare l'inconveniente di separare tali società dalle possibilità di un loro controllo sociale da parte del territorio. Piuttosto problematica appare anche l'idea di coinvolgere la Cassa all'interno

garantite dal patrimonio immobiliare pubblico (storico, artistico, demaniale, culturale ed archeologico) di proprietà di Patrimonio dello Stato S.p.A.

¹⁰⁹ Per un maggior approfondimento del caso di specie Cfr. L. Diotallevi, *Natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti e accertamenti dell'Ufficio tecnico erariale in una sentenza del Tribunale civile di Roma*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, Volume 56, Fascicolo 6, p. 4766.

¹¹⁰ È una società per azioni nata nel 2002, operante nei settori dei servizi legati al ciclo idrico, energetico e nella gestione dei servizi ambientali. Il Gruppo si occupa inoltre della gestione della illuminazione pubblica e semaforica e del Teleriscaldamento. Per maggiori approfondimenti, www.gruppohera.it.

¹¹¹ È una società per azioni e una delle principali multiutility italiane. Quotata in Borsa nel 1999, è attiva nella gestione e nello sviluppo di reti e servizi nei business dell'acqua, dell'energia e dell'ambiente. Per maggiori approfondimenti, www.acea.it.

delle varie operazioni di ingegneria finanziaria con lo scopo di ridurre il livello del debito pubblico¹¹².

L'analisi fin qui svolta sulla Cassa Depositi e Prestiti permette di porre in essere una duplice riflessione relativa al suo regime giuridico e il ruolo che essa assume attraverso le partecipazioni azionarie¹¹³.

Quello che ha maggiormente influito alla trasformazione della Cassa in società per azioni è il bisogno di finanziamento del settore pubblico. Di certo la trasformazione non è stata funzionale alla cessione della quota di maggioranza; infatti le quote detenute dalle Fondazioni Bancarie e da altri soggetti possono essere solo di minoranza¹¹⁴. Nel caso in cui lo Stato cessi di detenere la maggioranza, vengono sospesi i diritti di voto spettanti agli altri azionisti, fino al momento in cui egli rientri nell'acquisizione¹¹⁵.

Questa osservazione è utile per dimostrare che nei confronti della CDP, la legge opera come "fonte che la istituisce"¹¹⁶. Infatti la pubblicazione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri riguarda solo gli adempimenti nell'ambito della costituzione della società. Da ciò ne possiamo dedurre che non si procede ad un'automatica soggezione della società al codice civile né alle leggi che disciplinano l'alienazione delle azioni, rendendola quindi una società per azioni di diritto speciale.¹¹⁷

¹¹² Cfr. V. Comito, *Cassa Depositi e Prestiti, cambiarla per usarla bene*, 2012, in www.sbilanciamoci.info.

¹¹³ Le ragioni che portano alla creazione di istituti di natura privata anziché pubblica riguardano in particolar modo la loro standardizzazione che porta le attività pubbliche ad abbandonare una pluralità di norme di specie; nella esigenza di porre un freno all'ingerenza del potere pubblico; nella necessità di ridurre il peso della sfera pubblica; nel bisogno di finanziamento del settore pubblico; nell'influenza dell'Unione Europea. Cfr. S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in Riv. It. Dir. Pubbl. com, 1996, p. 579 ss.

¹¹⁴ Ad eccezione infatti del MEF che esercita i diritti dell'azionista per conto dello Stato, lo Statuto della Cassa prevede che nessun socio può possedere, a qualsiasi titolo, azioni superiori al 5 per cento del capitale sociale (Articolo 8, comma 5, dello statuto).

¹¹⁵ Articolo 5, comma 2, D.l. n. 268/2003 e Articolo 7, comma 5 dello Statuto.

¹¹⁶ Cfr. G. Della Cananea, *La società per azioni Cassa Depositi e Prestiti*, in Giornale di Diritto Amministrativo n. 4/2004, cit. p. 370.

¹¹⁷ Cfr. E. Bani, *La Cassa Depositi e Prestiti S.P.A. di diritto singolare*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, 2010, p. 270; M. Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008, p. 128; S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2009, p. 117.

Già negli anni '70 era emersa, all'interno delle società a partecipazione pubblica, la distinzione tra società a partecipazione pubblica di diritto comune e società a partecipazione pubblica di diritto speciale.

Successivamente, sono stati individuati criteri distintivi alternativi e negli anni '90, le società a partecipazione pubblica sono state distinte sulla base della fonte costitutiva (società di fonte legale, di fonte contrattuale o negoziale e società di diritto singolare). Oggi, più di ieri, non esiste una categoria unitaria di società a partecipazione pubblica e i criteri classificatori del passato non sono più sufficienti a cogliere il fenomeno nella sua più recente complessità.

La legislazione più recente costruisce, infatti, la disciplina della società a partecipazione pubblica in modo disorganico, basandosi su nuove variabili individuate discrezionalmente, spesso rimanendo impercettibile anche la ratio delle differenti discipline.¹¹⁸

Quindi all'interno della formulazione "società per azioni di diritto speciale e singolare" vi rientrano tutte quelle fattispecie di forma societaria regolate da norme singolari, ovvero interventi normativi su singole società con i quali il legislatore non detta una disciplina uniforme per tutte le società che appartengono ad una determinata categoria, ma si rivolge ad una o più società concretamente individuate e le assoggetta ad uno Statuto legale ad hoc. A prima vista, sembrerebbe opportuno non procedere ad una classificazione degli enti denominati "società per azioni di diritto di singolare"; tuttavia ciò è possibile in quanto queste società, oltre ad essere espressamente qualificate come società per azioni, presentano alcune similitudini.

In primo luogo dobbiamo osservare che tutti gli statuti legislativi singolari contengono disposizioni che si occupano della costituzione dell'ente o comunque delle modalità di acquisizione della veste societaria.¹¹⁹

¹¹⁸ Cfr. G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*, cit. p. 70.

¹¹⁹ Vengono infatti usate diverse espressioni verbali come "è istituita la società" (ad es. l'Articolo 7, comma 1, del D.l. 15 Aprile 2002, n. 63 convertito con modificazioni dalla Legge n. 112/2002), "entro il termine di giorni ... dalla pubblicazione del decreto l'ente ...

L'individuazione normativa di uno o più soggetti determinati cui viene attribuita la titolarità delle azioni della società al momento della costituzione dell'ente o della sua trasformazione in S.p.A. è elemento presente in tutti gli interventi normativi singolari analizzati. Titolari delle azioni sono generalmente soggetti aventi natura pubblica (lo Stato per il tramite del Ministero).¹²⁰

Con il decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario (la c.d. *spending review*), il legislatore è tornato ad occuparsi di società a partecipazione pubblica. Non si tratta di un evento sporadico, perché le società a partecipazione pubblica negli ultimi anni sono state già oggetto di un rinnovato interesse da parte del legislatore e, conseguentemente, degli studiosi.

Le società a partecipazione pubblica sono disciplinate dalle norme relative alle tradizionali società per azioni a meno che norme speciali non dispongano diversamente. In linea di principio si applica, dunque, il diritto societario comune inserito nel codice civile, ma occorre tener conto delle norme speciali che a volte si aggiungono a quelle ordinarie e altre volte le derogano, con prevalenza di quelle speciali secondo i tradizionali criteri.

Alcune di queste norme speciali sono contenute anch'esse nel codice civile. In particolare, si fa riferimento alla Sezione XIII, del Libro V, Titolo V, Capo V, è dedicata alle "*società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*" e la successiva Sezione XIV è dedicata alle "*società di interesse nazionale*".

Gli enti societari speciali si contraddistinguono, sul piano "genetico", per la loro origine vincolata e cioè per il fatto di sorgere anziché per volontà

costituisce una società per azioni" (ad es. gli artt. 3 comma 4; del D.lgs. n. 79/1999). Cfr. P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999 - 2003*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 4/2004, cit., p. 373.

¹²⁰ Per un maggior approfondimento sugli elementi in comune delle società per azioni di diritto singolare, cfr. P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999 - 2003*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 4/2004.

dei soci, in virtù della legge che diviene, in questo caso, la fonte del rapporto. La legge assume quindi una funzione prescrittiva, assegnando, quindi, un termine entro il quale la società va costituita. Per quanto riguarda la Cassa Depositi e Prestiti, la Legge ha prodotto direttamente l'effetto, dando origine alla formazione, o alla trasformazione dell'ente associativo. Questo porta, come abbiamo potuto osservare, delle anomalie in quanto vengono a costituirsi delle entità variabili tali da introdurre alcuni elementi di rottura con il modello societario delineato dal Codice Civile.

La Cassa Depositi e Prestiti viene considerata come una società per azioni di diritto singolare coattiva, in quanto costituita direttamente dal legislatore singolare¹²¹, a partecipazione parzialmente necessaria in quanto è dotata da un lato, di uno statuto contenente una disposizione espressa dalla quale possa desumersi che uno o più soggetti determinati siano obbligati a mantenere la titolarità di un certo quantitativo di azioni e non possono quindi abbandonare per volontà propria la compagine sociale¹²²; dall'altro si afferma che la quota di capitale sociale sottoposta a vincolo di inalienabilità, può essere maggioritaria o minoritaria ed, in entrambi i casi, l'intera quota può essere attribuita dal legislatore ad un unico soggetto o suddivisa tra più soggetti (quindi parzialmente necessaria).

5 - LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI E' DIVENTATA UNA NUOVA IRI?

Negli anni più recenti la Cassa Depositi e Prestiti ha assunto un ruolo centrale nell'economia del nostro Paese, al punto che il Ministro

¹²¹ Rientrano in questa categoria oltre che la Cassa Depositi e Prestiti, Patrimonio dello Stato S.p.A., Sviluppo Italia S.p.A., Coni Servizi S.p.A., Anas S.p.A., Acquedotto pugliese S.p.A. e Sace S.p.A. Cfr. P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999 - 2003*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 4/2004, cit. p. 380.

¹²² Si fa riferimento all'Articolo 5, comma 2, del D.l. n. 269/2003, convertito con modificazioni dalla Legge n. 326/2003, il quale stabilisce che «Le azioni della CDP S.p.A. sono attribuite allo Stato, che esercita i diritti dell'azionista ai sensi dell'articolo 24, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300; non si applicano le disposizioni dell'articolo 2362 del codice civile. Le fondazioni di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e altri soggetti pubblici o privati possono detenere quote complessivamente di minoranza del capitale della CDP S.p.A.».

dell'Economia e delle Finanze, per evitare il rischio che una società francese potesse acquisire il controllo di una nostra grande azienda (la Parmalat), ha emanato il D.l. 31 Marzo 2011 n. 34. L'articolo 7 di tale decreto ha inserito, dopo l'articolo 8 dell'articolo 5 del decreto-legge 30 Settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, l'articolo 8 - bis¹²³ il quale prevede che la Cassa Depositi e Prestiti possa

¹²³ Facendo riferimento alle società di rilevante interesse nazionale, si deve ricordare il Fondo Strategico Italiano una holding di partecipazioni i cui azionisti sono la Cassa Depositi e Prestiti (90%) e Fintecna (10%), creato dal Decreto Legge n. 34 del 31 marzo 2011 (convertito in legge con la Legge 75 del 26 maggio 2011). All'articolo 7 del Decreto si prevede che Cassa Depositi e Prestiti possa assumere *partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese (e che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività)*. Tale provvedimento fu adottato in un momento storico in cui una serie di aziende italiane furono acquisite da concorrenti francesi (Bulgari da LVMH, Parmalat da Lactalis, EDF in trattativa per l'acquisto di Edison), motivo per cui si avvertì l'esigenza di una normativa che avesse come obiettivo la protezione delle imprese italiane dalle aggressioni estere, sulla scorta di quanto fatto in Francia nel dicembre 2008 con la creazione del Fond Stratégique d'Investissement (Fsi). I primi investimenti sono stati deliberati nel Maggio 2012 e sussistono nell'acquisizione del 46,2 % di Metroweb S.p.A., operante nel settore delle telecomunicazioni in fibra ottica, con un esborso attuale di 200 milioni di euro, nonché del 18,7 % di Kedrion, attiva nel settore dei plasmaderivati, con un impegno di 150 milioni di euro. Il 19 novembre 2012 FSI S.p.A. e Qatar Holding LLC hanno pariteticamente dato vita a *IQ Made in Italy Venture*, joint venture da 300 milioni di euro (che diventeranno 2 miliardi entro 4 anni) che intende investire nelle società italiane che operano nel settore food, fashion & luxury, furniture & design, turismo, lifestyle & leisure. Nel marzo 2013 Banca d'Italia entra con una quota del 20% in Fondo Strategico Italiano S.p.A., attraverso il conferimento in FSI del 4.5% detenuto in Assicurazioni Generali. L'azionariato di FSI S.p.A. è ora composto da Cassa Depositi e Prestiti (77.7%), Banca d'Italia (20%) e Fintecna (2.3%) per un capitale sociale di 4.3 miliardi di euro. Entro il 31 dicembre 2015 la partecipazioni in Generali dovrà essere alienata e le plusvalenze spetteranno a Banca d'Italia che provvederà a ridurre la sua interessenza in FSI al 5%. FSI investe in imprese che abbiano l'obiettivo di crescere dimensionalmente, migliorare la propria efficienza e rafforzare la propria posizione competitiva sui mercati nazionali e internazionali. Opera acquisendo quote di minoranza imprese di rilevante interesse nazionale, che siano in equilibrio economico-finanziario e presentino adeguate prospettive di redditività e sviluppo. La politica di investimento di FSI prevede un orizzonte temporale di lungo periodo, un attivo coinvolgimento nella governance delle aziende partecipate, volto ad assicurare il perseguimento delle finalità dell'intervento. FSI opera acquisendo quote - generalmente di minoranza - di imprese di "rilevante interesse nazionale" che siano in equilibrio economico-finanziario e abbiano adeguate prospettive di redditività e significative prospettive di sviluppo. Cfr. *Al via il decreto anti - scalate. Confindustria: "non serve"*, 23 Marzo 2011, in www.repubblica.it; *Tremonti: in arrivo emendamento "francese" al decreto per difendere Parmalat e bloccare Lactalis*, 27 Marzo 2011, in www.ilsole24ore.com; *Governo: allo studio un fondo strategico per le imprese sul modello francese*, in www.oipamagazine.eu; F. Forquet, *Un fondo strategico per le imprese. Tremonti pensa a una mossa antiscalate sul modello francese*, 31 Marzo 2011, in www.ilsole24ore.com; *Fondo Strategico Italiano, Presentazione dei primi investimenti: Metroweb e Kedrion*, Conferenza Stampa 28 Maggio 2012, in www.fondostrategico.it; C. Dominelli, *Bankitalia cede a Fsi la quota Generali*, 23

assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese. L'acquisizione può essere realizzata anche indirettamente, mediante veicoli societari o fondi di investimento partecipati, oltre che dalla CDP, da altre società private e pubbliche. Con questa disposizione si è consentito alla CDP di acquistare partecipazioni rilevanti nella Parmalat, per contrastare così l'avanzata nel capitale della società francese Lactalis.

In realtà, la CDP detiene partecipazioni in società industriali già da molti anni¹²⁴. In passato, infatti, essa partecipava al capitale dell'IMI e del Crediop e con la sua trasformazione in società per azioni, lo Stato ha trasferito alla nuova società quota del capitale di ENI, ENEL e Poste Italiane S.p.A.

Sulla base di queste considerazioni molti hanno sostenuto che la CDP dovesse essere considerata come una nuova IRI¹²⁵ (istituzione che ha

Marzo 2013, in www.ilsole24ore.com; L. Prosperetti, *I Fondo strategico italiano e i rischi delle tlc pubbliche*, 2 Giugno 2012, in www.astrid-online.it.

¹²⁴ Cfr. G. Della Cananea, *La società per azioni Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 4/2004, p. 371, il quale ritiene che «La l. 448/2001, invece, rimuoveva il vincolo di ordine funzionale, autorizzando la Cassa Depositi e Prestiti ad agire come una sorta di holding pubblica in campo finanziario». F. M. Mucciarelli, *Ma cos'è diventata la Cassa Depositi e Prestiti*, in *Mercato Concorrenza e regole* VI, n. 2, Agosto 2004, p. 355 ss. Quest'ultimo ritiene che «se la CDP fosse stata qualificata come banca le sarebbe dovuta applicare la disciplina sulla separazione tra banca e impresa prevista dalle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia. In base a queste ultime le banche non possono detenere partecipazioni in imprese non finanziarie in misura superiore al 15% del capitale della società partecipata, salvo autorizzazioni specifiche della Banca d'Italia [...]. È possibile quindi ipotizzare che il Governo abbia deciso di sottrarre la Cassa Depositi e Prestiti alla disciplina delle banche nonostante la sua natura oggettivamente bancaria, proprio per consentirle in futuro di svolgere il ruolo di Holding pubblica».

¹²⁵ L'IRI - acronimo di Istituto per la Ricostruzione Industriale - è stato un ente pubblico italiano, istituito nel 1933 e liquidato nel 2002. Nacque per iniziativa dell'allora capo del Governo Benito Mussolini al fine di evitare il fallimento delle principali banche italiane (Commerciale, Credito Italiano e Banco di Roma) e con esse il crollo dell'economia, già provata dalla crisi economica mondiale iniziata nel 1929. L'IRI smobilizzò quindi le banche miste, diventando proprietario di oltre il 20% dell'intero capitale azionario nazionale e di fatto il maggior imprenditore italiano. Le partecipazioni dell'IRI erano strutturate in un Holding di settore che a loro volta controllavano le società operative. Le principali aziende controllate dall'IRI sono state la Finsider (99,82%), Finmeccanica (86,6%), Alitalia (89,3%), RAI (99,55%) etc. Inizialmente era previsto che l'IRI fosse un ente provvisorio il cui scopo era quindi limitato alla dismissione delle attività acquisite. Ciò avvenne solo per poche di queste (ad esempio Edison), ma nel 1937 il governo trasformò l'IRI in un ente pubblico permanente. Solo dopo il 1950 venne data una definizione più precisa dell'IRI attraverso una nuova spinta propulsiva per l'IRI venne da Oscar Sinigaglia, che con il suo piano per

contribuito molto alla crescita economica del Paese, soprattutto nei suoi primi decenni, causando talune volte delle inevitabili ingerenze dei partiti nell'economia e nella finanza), o addirittura, successivamente, che avesse subito la trasformazione in una nuova GEPI¹²⁶, in grado di possedere pacchetti azionari consistenti di società che operano in settori rilevanti del nostro Paese.

La nuova disposizione statutaria, abilita la CDP ad assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale, dunque in possesso dei requisiti determinati dal decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze (decreto che doveva essere emanato successivamente all'emanazione del D.l. 31 Marzo 2011 n. 34). Infatti, in data 8 Maggio 2011 è stato pubblicato il DM con il quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha precisato che si deve trattare di "realtà in equilibrio economico-finanziario", con adeguate prospettive di redditività e significative prospettive di sviluppo. I settori sono: difesa, sicurezza, infrastrutture e

aumentare la capacità produttiva della siderurgia italiana strinse un'alleanza con gli industriali privati; si venne così a creare un nuovo ruolo per l'IRI, cioè quello di sviluppare la grande industria di base e le infrastrutture necessarie al paese, non in "supplenza" dei privati ma in una tacita suddivisione dei compiti. L'accordo Andreatta - Van Miert (accordo che consentiva allo Stato italiano di pagare i debiti dell'EFIM) si procedette alla privatizzazione di gran parte delle aziende partecipate dall'IRI. Si decise così di smembrarla e di vendere le sue aziende operative, perdendo la sua vera funzione, se non quella di vendere le sue attività e di avviarsi verso la liquidazione. L'IRI fu messo in liquidazione il 27 Giugno 2000 e nel 2002 fu incorporato in Fintecna, scomparendo definitivamente. Cfr. P. Saraceno, *L'Istituto per la Ricostruzione Industriale I. R. I.: Origini, ordinamenti e attività svolta*, Volume 3, 1956; R. Galisi, *Dai salvataggi alla competizione globale. La Fincantieri dal 1959 al 2009*, 2011; F. Giorgianni, C. M. Tardivo, *Diritto Bancario*, 2006.

¹²⁶ La GEPI, acronimo di Società per le Gestioni e Partecipazioni Industriali, è stata una finanziaria pubblica costituita nel 1971, con capitale posseduto per il 50 % dall'IMI e per l'altra metà suddiviso in parti uguali tra IRI, ENI ed EFIM. Il compito istituzionale della GEPI doveva essere quello di entrare nel capitale di aziende private in crisi e di agevolarne la ristrutturazione, per poi uscirne; nelle intenzioni doveva trattarsi di interventi esclusivamente temporanei, anche se in effetti in molti casi la GEPI si trovò a gestire aziende in crisi irreversibile e difficilmente risanabili. Nel 1993 la GEPI passò sotto il diretto controllo del Ministero del Tesoro e smise di intervenire nelle crisi aziendali, per trasformarsi in una finanziaria di sostegno alle nuove iniziative imprenditoriali. Nel 1997 mutò nome in *Itainvest* e venne poi fusa nella neocostituita agenzia Sviluppo Italia. Cfr. V. Castronovo, *L'industria italiana dall'Ottocento ad oggi*, Mondadori, 2003; S. Carli, *GEPI, ciambella col buco*, [La Repubblica](#), 6 novembre 1992; S. Tamburello, *Ex carrozzone, ora banca d'affari*, [Corriere della Sera](#), 16 marzo 1995; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007. La GEPI S.p.A venne qualificata da M.S. Giannini come società per azioni privata di interesse nazionale. Cfr. M.S. Giannini, *Diritto Pubblico dell'economia*, 1977, p. 168.

pubblici servizi, trasporti, comunicazioni, energia, assicurazioni e intermediazione finanziaria, ricerca e alta tecnologia. Al di fuori di tali settori, valgono le dimensioni: fatturato annuo netto non inferiore a 240 milioni di euro, e numero medio di dipendenti non inferiore a 200 unità. Lo Statuto dunque recepisce le disposizioni del decreto e le specifica ulteriormente ponendo due condizioni rilevanti¹²⁷.

Tuttavia, la puntualizzazione e specificazione del ruolo della Cassa, quale strumento di politica economica, non è stato dichiarato compiutamente in una precisa normazione. Possiamo quindi affermare che istituti della tradizione giuridica del passato ricompaiono in un contesto nuovo. È del tutto singolare come il decreto in questione, pur portando delle importanti novità, faccia sempre riferimento a una terminologia che richiama le “società di interesse nazionale” di cui all’articolo 2451 cod. civ. il quale stabilisce che ad esse si applichino le norme generali compatibilmente con le norme specifiche di queste società, in relazione a quanto queste stabiliscono i materia di gestione sociale, trasferibilità azioni, diritti di voto, nomina di amministratori, sindaci e dirigenti.

¹²⁷ L’articolo 3, Comma 1, Lett. A3) dello Statuto Cassa Depositi e Prestiti, modificato il 27 Marzo 2013 afferma che «La società ha per oggetto sociale l’esercizio diretto e indiretto - ove consentito dalla legge e dal presente Statuto tramite partecipazione a società ed enti - delle seguenti attività: [...]assunzione di partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale - che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività - che possiedono i requisiti previsti con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze da emanarsi ai sensi dell’articolo 5, comma 8 bis, del decreto legge. Le medesime partecipazioni possono essere acquisite anche attraverso veicoli societari o fondi di investimento partecipati dalla società ed eventualmente da società private o controllate dallo Stato o da enti pubblici. Nel caso in cui le suddette partecipazioni siano acquisite mediante utilizzo di risorse provenienti dalla raccolta postale, le stesse sono contabilizzate nella gestione separata di cui all’articolo 5, comma 8, del decreto legge e all’articolo 6 dello Statuto». Cfr. *Risposte alle domande della trasmissione Report inviate da CDP il 18/09/2012*, in www.cassaddpp.it. La CDP, alla domanda n. 43 «Con la concentrazione in Cdp di partecipazioni strategiche, si potrebbe ricreare qualcosa di simile all’Iri ?» ha risposto « No, né simile a IRI, né – come si è sentito anche dire di recente - alla GEPI. Questi i motivi: CDP entra generalmente con partecipazioni di minoranza, quindi non ha poteri di gestione ma svolge un ruolo di azionista di minoranza attraverso i suoi rappresentanti nei Cda (con l’eccezione di ENI, nel quale i poteri di governance sono attribuiti al MEF). CDP ha il controllo solo di Terna e in prospettiva di Snam, reti considerate strategiche per le quali il governo e Parlamento hanno deciso che vi siano fondate ragioni per non abbandonare la presenza pubblica. CDP entra esclusivamente in aziende sane per sostenerne la crescita e gli investimenti (non per salvataggi sullo stile GEPI)».

Da qui la tesi secondo la quale, la locuzione (rilevante interesse nazionale) indica non una qualificazione giuridica, bensì un indirizzo politico legislativo non riconducibile ad espressioni riduttive e semplificanti ma rivolto ad utilizzare la Cassa più ampiamente come strumento primario di politica economica e industriale in alternativa ad interventi diretti.

Inoltre l'azionista di maggioranza (MEF) ha anche voluto ulteriormente precisare, con una sorta di interpretazione autentica, le responsabilità degli amministratori nonché i criteri da seguire nelle scelte di investimento che gli organi della Cassa potranno adottare. Sul punto ha stabilito che il requisito "rilevante interesse nazionale" deve essere applicato seguendo un'interpretazione molto rigida, in ragione della peculiarità delle nuove forme di intervento introdotte nel rispetto delle finalità istituzionali della Cassa Depositi e Prestiti. Le società devono essere in grado di generare utili e gli investimenti effettuati da parte della Cassa devono essere idonei a rivalutarsi nel tempo. Inoltre ha invitato gli organi della Cassa a non deliberare operazioni relative a Società che si trovino in situazione di crisi economica o finanziaria (pur rispettando in astratto i requisiti individuati dal MEF) o che presentino criticità occupazionali o di mercato. Infine, ha evidenziato il compito fondamentale che gli amministratori della CDP dovranno svolgere, avendo una piena responsabilità effettuando un'attenta valutazione sull'esistenza o meno di tali requisiti.¹²⁸

Queste sono le argomentazioni sostenute da parte di coloro¹²⁹ che ritengono che la Cassa non possa essere considerata una nuova IRI. Infatti le

¹²⁸ Cfr. Allegato B, Seduta del Consiglio dei Ministri, Martedì 16 Aprile 2013, in www.docuementi.camera.it.

¹²⁹ Cfr. F. Bassanini, *La nuova missione della cassa Depositi e Prestiti (D.l. 31 Marzo 2011, n. 34) e la definizione delle sue "regole di ingaggio": primi elementi di valutazione*, 2011, in www.bassanini.it. Bassanini sostiene che « Da una parte si esclude in modo incontestabile che l'intervento della Cassa possa servire al salvataggio di aziende in crisi; dall'altra si sottolinea il ruolo dell'intervento della Cassa (e dell'eventuale Fondo strategico di investimento da essa promosso) come strumento di promozione del rafforzamento del nostro sistema produttivo, di sostegno alla capitalizzazione e agli investimenti delle nostre imprese, di supporto alla loro internazionalizzazione», cit. p. 4. Cfr. C. Brescia Morra, *La Cassa Depositi e Prestiti: una banca d'affari pubblica?*, 2011, in www.nelmerito.com, la quale sostiene che «Non si tratterebbe, quindi, di un "nuovo IRI", ma di un nuovo "Credito mobiliare" che, a differenza della "Società Generale di Credito mobiliare", fallita nel 1893,

due condizioni “rilevanti” escludono che la Cassa possa compiere operazioni di salvataggio di imprese in crisi conclamata.

Tuttavia, nonostante le dichiarazioni di Franco Bassinini (Presidente della Cassa Depositi e Prestiti) con le quali ha ribadito più volte l'inesistenza di un paragone tra la Cassa e l'IRI¹³⁰, molti ritengono che la CDP abbia delle assonanze con l'ente pubblico italiano istituito nel 1933.

Nel corso del 2012 la Cassa Depositi e Prestiti ha effettuato, tra investimenti e finanziamenti, erogazioni per 20 miliardi circa ad imprese ed enti pubblici. Una cifra che vale circa l'uno per cento del Pil italiano. Alcuni ritengono infatti che, senza la CDP, la caduta dell'economia italiana, sotto del 2,5 per cento rispetto a due anni fa, sarebbe stata ben superiore al 3 per cento. Basta questo numero a giustificare la definizione di nuova Iri che ormai accompagna la Cassa¹³¹.

La Cassa, infatti da molti anni è divenuta il perno e non solo un sostegno, delle politiche pubbliche per lo sviluppo. La prima traccia fondamentale per capire la metamorfosi della Cassa, nata nel 1850, sul modello della francese Caisse de Dépôts et Consignations, semplicemente per raccogliere il risparmio postale, la ritroviamo nella mancanza di liquidità da parte dello stato. Ma attualmente la Cassa fa di più: tampona il debito, da ossigeno a tassi ragionevoli, finanzia le infrastrutture, è il braccio operativo di qualche progetto di politica industriale e immobiliare di medio periodo; tutto questo viene realizzato dall'istituto pur continuando a svolgere il suo antico mestiere: raccogliere il risparmio postale e prestarlo agli enti locali con mutui a tassi agevolati. Essa inoltre concede prestiti alle piccole imprese attraverso

sarebbe di proprietà pubblica»; cfr. M. Cardi, *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012; F. Bassanini, *Le fondazioni di origine bancaria e la Cassa Depositi e Prestiti*, in *Fondazioni*, Maggio – Giugno 2011 cit. p. 5 « Si esclude così il pericolo di un ritorno a esperienze passate che dopo buoni risultati iniziali avevano rappresentato il terreno di improprie commistioni fra politica e economia, come la GEPI o l'IRI. E si conferma il valore della collaborazione fra Governo e Fondazioni nel potenziamento del ruolo e degli strumenti della Cassa come promotore e motore della crescita e della competitività del Paese, nel contesto di una moderna economia sociale di mercato».

¹³⁰ Cfr. V. Gerardi, *cassa Depositi e Prestiti a tutto campo. Franco Bassanini: pronti a cedere il controllo di Fincantieri*, in *Huffington Post*, 2012.

¹³¹ Cit. U. Bertone, *È tornata l'iri - la cassa depositi e prestiti usata come tampone per arginare la crisi, soprattutto del credito*, 2012.

un Fondo appositamente istituito frutto di un processo concertativo a vecchio stampo con l'Abi e le associazioni imprenditoriali.

Proprio per tutto questo, Nicola Rossi e Andrea Mingardi dell'Istituto Bruno Leoni hanno affermato: «Disinnescare quella bomba ad orologeria che è ormai la Cassa Depositi e Prestiti, una concentrazione di “potere economico” come non se ne vedevano dai tempi dell'Iri»¹³².

Dello stesso parere sono, inoltre, le agenzie di rating, da Moody's a Standard and Poors.¹³³

Sempre più spesso le difficoltà di accesso al credito delle imprese vengono superate grazie ai poteri detenuti dalla Cassa Depositi e Prestiti. Sempre meno banche ormai, dovendo sottostare alle rigide regole perfezionate durante l'Accordo di Basilea III, concedono finanziamenti a medio e lungo termine, che vadano oltre i cinque o sette anni; la CDP è invece autorizzata a farlo, emettendo finanziamenti alle imprese fino a 20 anni grazie alle garanzie dello Stato. La Cassa trasforma in questo modo il risparmio a breve (com'è tipicamente il risparmio postale) in investimenti o finanziamenti di lungo termine. Finanziamenti che servono a realizzare infrastrutture¹³⁴.

¹³² Della stessa idea sono gli economisti statunitensi dei quali si è fatto portavoce il Wall Street Journal in un articolo sulla sua edizione online dal titolo più che significativo: «La cura miracolosa fuori bilancio di Roma». Svolgimento: «Le vecchie abitudini sono vecchie a morire. Molti dei problemi economici dell'Europa possono trovare radici nella lunga storia del Continente nel protezionismo e nella cronica ed eccessiva interferenza dello Stato nelle maggiori imprese e industrie. La soluzione, almeno in Italia, sembra essere la stessa», «Questa - hanno scritto - è una strada conveniente per mantenere gli assetti in mano pubblica senza farli apparire in bilancio. Roma può aver ragione nel dire che CDP sta svolgendo un ruolo simile alla Caisse des Depots et Consignations francese o alla Kfw tedesca. Ma il passaggio dalla tasca destra alla tasca sinistra appartiene a un'altra era» Cit. IFEL Mattina, *Rassegna stampa del 25/06/2012*, p. 123.

¹³³ Cfr. R. Mania, *Cdp braccio armato del governo come sarà l'Iri del terzo millennio*, 25 Giugno 2012, in www.repubblica.it, il quale afferma che «Che Cdp non sia altro che un pezzo dello Stato lo pensano pure le agenzie di rating, da Moody's a Standard and Poors, che nei loro report non distinguono affatto nelle valutazioni di affidabilità».

¹³⁴ A titolo di esempio si fa riferimento alla costruzione della terza corsia della Torino - Milano e della Bologna - Rimini. Cfr. R. Mania, *Cdp braccio armato del governo come sarà l'Iri del terzo millennio*, 25 Giugno 2012, cit. in www.repubblica.it. Sempre a titolo di esempio, la CDP, inoltre, attraverso la partecipazione ai fondi comuni di investimento, opera nel settore dell'energia rinnovabile, nella distribuzione del gas naturale, nel servizio idrico integrato, e nel trattamento e smaltimento rifiuti.

Durante il biennio 2011 – 2012 il Governo Monti aveva prospettato l'idea di vendere le partecipazioni dello Stato in diverse società, per ridurre il debito pubblico. La proposta aveva trovato il sostegno del Presidente della Corte dei Conti (Luigi Giampaolino), il quale aveva sostenuto che occorre «ridurre lo stock del debito attraverso la cessione di quelle parti del patrimonio pubblico non funzionali allo svolgimento dei compiti essenziali delle amministrazioni e non oggetto di tutele artistiche e simili»¹³⁵. In altre parole si tratterebbe di cedere tutte le attività patrimoniali che offrono un rendimento inferiore al costo del debito.

Se questa operazione venisse portata a termine, farebbe senz'altro attribuire alla Cassa un ruolo ambiguo e contrario a quanto stabilito dalla normativa vigente. La tesi è stata sostenuta anche da Mauro Giusti il quale ritiene che «La possibilità di diminuire il debito consiste nel dare alla Cassa Depositi e Prestiti una funzione di Iri 2, affidandole una gran parte di partecipazioni azionarie. Corre l'obbligo di ricordare che si parla di partecipazioni assolutamente strategiche, come Fintecna e Sace, di cui è difficile vedere l'aspetto liquidatorio. Sono invece gioielli di famiglia e non dovrebbero essere liquidati. E questo denota un'ambiguità, perché si tratterebbe di gestire funzioni statali. E poi non dimentichiamo che le partecipazioni devono essere finalizzate a promuovere la crescita e non devono arrecare danno alla Cassa stessa. Inoltre alcuni settori sono particolari e qualificati come di interesse nazionale (difesa, sicurezza, trasporti, comunicazioni, assicurazioni ed energia)»¹³⁶.

¹³⁵ Cit. Presidente della Corte dei Conti, in *Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul documento della Commissione Europea, "Analisi annuale della crescita per il 2012"*, 13 Marzo 2012, p. 3.

¹³⁶ Cit. M. Giusti, *La Cassa Depositi e Prestiti potrebbe diventare una Iri 2*, in Il Ghirlandaio, 29 Marzo 2012. Lo stesso M. Giusti prosegue affermando che «Ci sono varie correnti di pensiero: la CDP è stata trasformata in società per azioni con statuto di diritto privato e ciò è già discutibile a causa della preponderante presenza del ministero dell'Economia. Anche se la giurisprudenza le considera private, ritengo che siano molto più vicine al pubblico».

Il quadro normativo del controllo delle società da parte della Cassa Depositi e Prestiti si arricchisce infine del così detto Golden Share¹³⁷, introdotto all'interno del nostro ordinamento con il Decreto Legge 332/1994, convertito nella Legge 474/1994¹³⁸ e modificazioni¹³⁹, il quale consente allo

¹³⁷ La *Golden share* ("azione dorata") è un istituto, di origine britannico, introdotto a partire dagli anni '90, con il quale uno Stato, nel corso, o a seguito, di un procedimento di privatizzazione di un'azienda pubblica, si riserva poteri speciali.

¹³⁸ Articolo 2 Legge 474/1994: « Poteri speciali. Tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e degli altri pubblici servizi, sono individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottato su proposta del Ministro del tesoro, d'intesa con i Ministri del bilancio e della programmazione economica e dell'industria, del commercio e dell'artigianato, nonché con i Ministri competenti per settore, previa comunicazione alle competenti commissioni parlamentari, quelle nei cui statuti, prima di ogni atto che determini la perdita del controllo, deve essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuisca al Ministro del tesoro la titolarità di uno o più dei seguenti poteri speciali da esercitare d'intesa con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'industria: a) gradimento da rilasciarsi espressamente all'assunzione, anche per il tramite di società fiduciarie e società controllate o per interposta persona, di partecipazioni rilevanti, per tali intendendosi quelle che rappresentano almeno la ventesima parte del capitale sociale rappresentato da azioni con diritto di voto nelle assemblee ordinarie o la percentuale minore fissata dal Ministro del tesoro con proprio decreto. Il gradimento deve essere espresso entro sessanta giorni dalla data della comunicazione che deve essere effettuata dagli amministratori al momento della richiesta di iscrizione nel libro soci. Fino al rilascio del gradimento e comunque dopo l'inutile decorso del termine, il cessionario non può esercitare i diritti di voto e comunque quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale, connessi alle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante. In caso di rifiuto del gradimento o di inutile decorso del termine, il cessionario dovrà cedere le stesse azioni entro un anno. In caso di mancata ottemperanza il tribunale, su richiesta del Ministro del tesoro, ordina la vendita delle azioni che rappresentano la partecipazione rilevante secondo le procedure di cui all'articolo 2359-bis del codice civile; b) gradimento da rilasciarsi espressamente, quale condizione di validità, alla conclusione di patti o accordi di cui all'articolo 6, comma 1, lettera b), nel caso in cui vi sia rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria o la percentuale minore fissata dal Ministro del tesoro con proprio decreto. Ai fini del rilascio del gradimento la Consob informa il Ministro del tesoro dei patti e degli accordi rilevanti ai sensi del presente articolo di cui abbia avuto comunicazione in base all'articolo 6, comma 1, lettera b). Il potere di gradimento deve essere esercitato entro sessanta giorni dalla data della comunicazione effettuata dalla Consob. In caso di rifiuto di gradimento o di inutile decorso del termine, gli accordi sono nulli; c) veto all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui al presente articolo; d) nomina di almeno un amministratore o di un numero di amministratori non superiore ad un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco. 2. Ai soci dissenzienti dalle deliberazioni che introducono i poteri speciali di cui al comma 1, lettera b), spetta il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 2437 del codice civile. 3. Le disposizioni del presente articolo si applicano alle società controllate direttamente o indirettamente dagli enti pubblici anche territoriali ed economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri pubblici servizi e individuate con provvedimento dell'organo competente, pubblicato per estratto nella Gazzetta Ufficiale.

Stato di esercitare determinati diritti di veto su talune scelte aziendali, tradotte nello specifico dai rispettivi statuti e che contribuiscono a rendere ancora più peculiare il rapporto tra lo Stato e queste imprese. Lo Stato, durante e a seguito di un processo di privatizzazione (o vendita di parte del capitale) di un'impresa pubblica, si riserva poteri speciali che possono essere esercitati dal governo durante il processo medesimo. Fra questi poteri si segnalano, a titolo di esempio, quello di riservare allo Stato stesso un certo quantitativo azionario, nonché quello di nominare un proprio membro nel consiglio di amministrazione della società oggetto di privatizzazione che, a differenza degli altri componenti dell'organo di governo dell'impresa, goda di poteri più ampi. Tale istituto mira a tutelare l'interesse della collettività in quelle società che si occupano di settori di rilevante importanza (public utilities).

Con il decreto n. 21 del 2012 il governo è intervenuto ancora una volta sulla disciplina dei poteri speciali inseriti negli statuti delle società pubbliche e private che operano nei settori strategici dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni. Infatti si è stabilito che i nuovi poteri saranno attivabili solo in caso di minaccia di grave pregiudizio e specifiche esigenze di interesse generale, riconosciute dal diritto comunitario e dovranno essere esercitati secondo criteri certi, oggettivi e predeterminabili. La materia è molto delicata perché tocca una pluralità di aspetti e di interessi non sempre conciliabili tra loro che vanno dall'esigenza di procedere alla privatizzazione a quella di continuare a controllare le imprese fuoriuscite dalla sfera pubblica.¹⁴⁰ I poteri speciali che vengono attribuiti allo Stato attraverso il Golden Share, gli riconoscono il diritto di controllo sui cambiamenti di proprietà e il veto

¹³⁹ Si veda, l'Articolo 2, D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con Legge 30 luglio 1994, n. 474 e modificato ad opera della Legge 350/2003, nonché dal D.P.C.M. 10 giugno 2004 seguito dal decreto del Presidente del Consiglio n. 117 del 2010, che ha modificato l'art. 1, comma 2.

¹⁴⁰ Cfr. E. Freni, *Golden Share: raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?*, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2013, cit. p. 25 ss.

all'adozione di alcune decisioni strategiche nonché il potere di nomina degli amministratori e dei sindaci delle società oggetto di privatizzazione.¹⁴¹

Nei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni i poteri speciali consistono nell'esercizio, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di un potere di veto alle delibere agli atti e alle operazioni che modificano la titolarità, il controllo, la disponibilità degli asset o la loro destinazione nonché alle delibere di fusione, scissione e scioglimento.

Tuttavia all'interno di questi settori, i poteri subiscono una sorta di graduazione, con la quale il potere di veto può essere attivato solo in presenza di situazioni eccezionali e quello di opposizione solo nei casi di fallimento della misura impositiva.

Con il decreto legge n. 21 del 15 Marzo 2012, successivamente convertito con modifiche dalla legge 11 Maggio 2012, n. 56, l'Italia ha emanato una disciplina innovativa in materia di poteri di intervento dello Stato in caso di operazioni straordinarie riguardanti imprese ("Imprese Strategiche") attive, a seconda dei casi, nei settori strategici della difesa e della sicurezza nazionale nonché delle comunicazioni, energia e trasporti ("Settori Strategici"). Tale normativa è stata adottata con procedura d'urgenza con il dichiarato intento di razionalizzare e circoscrivere gli ambiti ed i criteri di esercizio dei poteri statali nonché risolvere il contenzioso comunitario derivato dal precedente regime. In sintesi, con la nuova regolamentazione, si abbandona il principio della "golden share" e si passa al sistema del conferimento allo Stato di alcuni "golden powers" di carattere generale esercitabili in caso di operazioni straordinarie riguardanti le imprese operanti nei Settori Strategici.

Il potere speciale, il golden power che lo Stato mantiene a sé stesso, nasce da una nuova filosofia: sarà di tipo oppositivo e prescrittivo, e solo in ultima istanza interdittivo, e avrà un ambito di applicazione di tipo oggettivo.

¹⁴¹ Numerosi sono gli Stati dell'Unione che hanno fatto ricorso a questo strumento, così come altrettanto numerose sono le pronunce della Corte di giustizia con cui sono state dichiarate incompatibili con il diritto comunitario le loro discipline nazionali. Al riguardo si veda Corte di Giustizia, sentenza 23 Maggio 2000, Commissione Repubblica Italiana, Corte di Giustizia sentenza 4 Giugno 2001 Commissione/Repubblica portoghese; Corte di Giustizia sentenza 4 Giugno 2002 Commissione/Francia.

Si applicherà cioè a tutte le società – e non soltanto a quelle partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici – operanti nei settori strategici della difesa e sicurezza nazionale nonché a quelle che possiedono attività (asset) di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni. Le attività di rilevanza strategica sono definite come "le reti e gli impianti, ivi compresi quelli necessari ad assicurare l'approvvigionamento minimo e l'operatività dei servizi pubblici essenziali, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale". Il riferimento alla categoria dei "servizi pubblici essenziali" è una delle più significative modifiche introdotte durante i lavori in Commissione. Il golden power, quindi, è più soft della golden share, ma ha un ambito applicativo potenzialmente più vasto. I perimetri degli oggetti di rilevanza strategica verranno definiti da appositi DPCM per il settore difesa e sicurezza e regolamenti per gli altri settori.¹⁴²

Sulla base di queste considerazioni dobbiamo analizzare il ruolo che la Cassa Depositi e Prestiti ricopre, dal momento che non è soggetta al Golden Share ma detiene partecipazioni in società soggette a tale sistema di controllo da parte dello Stato. Da una prima analisi sui nuovi poteri speciali attribuiti allo Stato emerge un quadro che rispetto a quello precedente sembrerebbe aver superato i limiti di compatibilità con l'ordinamento comunitario risultando idoneo ad evitare l'ennesima sentenza di condanna da parte della Corte di Giustizia. Lo Stato infatti non rinuncia alle sue prerogative interventiste, anche se ha proceduto ad un ripensamento, sulla base del contesto europeo in cui ci troviamo, delle loro modalità di esercizio.¹⁴³

¹⁴² Cfr. M. Causi, *Dalla golden share alla golden power. Una nuova modalità di intervento pubblico in economia, più leggera ma potenzialmente più estesa*, cit. p. 1, in www.astrid-online.it.

¹⁴³ Si pensi, ad esempio alla *Poison Pill* (Articolo 1, comma 381, della Legge 23 Dicembre 2005, n. 266) introdotta negli statuti delle società in cui lo Stato detiene una partecipazione rilevante. Essa consiste nell'autorizzazione ad emettere strumenti finanziari partecipativi, ai sensi dell'Articolo 2346 comma 6 del Codice Civile « ovvero creare categorie di azioni, ai sensi dell'articolo 2348 del codice civile, anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti, che attribuiscono all'assemblea speciale dei relativi titolari il diritto di richiedere l'emissione, a favore dei medesimi, di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria, nella misura determinata dallo statuto, anche in relazione alla quota di capitale detenuta all'atto dell'attribuzione del diritto».

Tali operazione hanno contribuito a qualificare la Cassa Depositi e Prestiti come una vera e propria *holding* finanziaria, ed è possibile senza alcun dubbio affermare che oggi le partecipazioni azionarie, in società quotate e non, rivestono un ruolo sempre più significativo.

Il rischio che si cela dietro a tutto ciò è la possibilità di riaprire in sede europea la questione relativa alla domanda se la Cassa sia fuori o dentro il perimetro pubblico. La Cassa Depositi e Prestiti pur essendo riconosciuta come un soggetto privato è fortemente “intrisa” di diritto pubblico.¹⁴⁴

Se la natura privata le venisse attribuita sulla base delle sole partecipazioni detenute dalle Fondazioni Bancarie, le fondamenta cederebbero, lasciando spazio al settore pubblico. Alla base di ciò è presente un'ulteriore osservazione relativa al potere che esercita il Ministero dell'Economia e delle Finanze nei settori di intervento e nelle modifiche statutarie della Cassa Depositi e Prestiti. Da ciò emergono i dubbi e le domande su come possa essere presente un intervento pubblico così forte, in un ente considerato privato.

Ma la CDP, secondo quanto è stato stabilito nel D.l. n. 34/2011 e nel DM del Ministero dell'Economia e delle Finanze, non dovrebbe essere né la GEPI, perché non può intervenire per salvare aziende decotte né, tecnicamente, assomigliare all'Iri visto che non può acquisire quote di controllo di imprese e nemmeno nominare i manager. Insomma i paletti sono presenti e l'unico modo per rispettarli spetta solo a coloro che sono alla guida della Cassa.

¹⁴⁴ Cfr. M. Giusti, *Il problema del debito pubblico in Italia e l'uso della cosiddetta finanza creativa: il caso della “nuova” Cassa Depositi e Prestiti*.

CAPITOLO TERZO

CASSA DEPOSITI E PRESTITI E FONDAZIONI BANCARIE NEL FINANZIAMENTO ALLE INFRASTRUTTURE: ANALISI PRATICHE

SOMMARIO: 1. Le infrastrutture. - 1.1. Riassetto della cospicua e frastagliata disciplina del sistema infrastrutturale. - 1.2. Il federalismo infrastrutturale. - 2. Le infrastrutture come bene comune. - 3. I soggetti pubblici e privati per finanziare le infrastrutture. - 3.1. Il ruolo delle Fondazioni Bancarie. - 3.2. Il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti. - 4. Gli strumenti della Cassa Depositi e Prestiti per finanziare le infrastrutture. - 4.1. I fondi comuni di investimento. - 4.1.1. I fondi equity strutturali. - 4.2. Il Project Financing. - 4.3. Il Project Bond all'interno delle infrastrutture. - 5. Gli strumenti delle Fondazioni Bancarie per finanziare le infrastrutture.

1 - LE INFRASTRUTTURE

1.1 Riassetto della cospicua e frastagliata disciplina del sistema infrastrutturale

Per analizzare in maniera specifica e puntuale il settore infrastrutturale all'interno del nostro ordinamento, si devono, come premessa, riportare alcune definizioni necessarie per l'analisi della cospicua normativa presente all'interno di questo settore.

In particolare, con il termine "infrastruttura" si indicano le opere necessarie e strumentali allo svolgimento di attività economiche o indispensabili per gli investimenti urbani e, in definitiva, volte a consentire la

vita delle persone e delle comunità volte a migliorare le condizioni.¹ Tale significato rende evidente lo stretto legame che intercorre tra le infrastrutture e le opere pubbliche e tra esse e i lavori pubblici. Le prime due costituiscono la dimensione statica, il prodotto, l'oggetto degli interventi, mentre i lavori rappresentano il momento dinamico di realizzazione. Sotto il profilo normativo opere pubbliche lavori pubblici e infrastrutture sono nozioni di incerta definizione. La dottrina utilizza tali locuzioni in modo impreciso con accezioni diverse che ne fanno dipendere il significato dal contesto di riferimento. La prevalenza dell'una o dell'altra espressione dipendono anche dal periodo storico e dalla prevalenza nel diritto positivo di una nozione piuttosto che l'altra. In sostanza non siamo di fronte a definizioni alternative ma di nozioni compresenti con estensioni diverse a seconda delle congiunture economiche e sociali del momento e della distribuzione delle competenze tra centri normativi dei diversi livelli di governo.

La nozione di opera pubblica è stata oggetto di notevole attenzione fino a metà degli anni novanta del secolo scorso quando ha lasciato la scena ai lavori pubblici, normativamente rinvigoriti dall'emanazione della legge quadro (Legge n. 109/1994). Va ricordato che la scienza giuridica aveva ritenuto di definirne il concetto di opera pubblica sulla base di 4 elementi caratteristici: a) elemento soggettivo, natura immobiliare del bene creato; b) un elemento soggettivo, soggetto di diritto pubblico che crea il bene; c) elemento dinamico, lavoro dell'uomo necessario alla realizzazione; d) elemento teleologico, finalità pubblica della cosa creata. Nasce così una distinzione tra opera pubblica e lavoro pubblico, nel senso che mentre un'opera nuova trova sempre origine in un lavoro, un lavoro non sempre dà luogo ad un opera (es. manutenzioni straordinarie o ordinarie).

La prima definizione di opera pubblica, nell'ordinamento italiano, la si rinviene nella Legge 20 Marzo 1865, n. 2248, Allegato F², sui lavori pubblici;

¹ Cfr. Dizionario di Diritto Pubblico S. Cassese, Milano, 2006, def. "Privatizzazione", Vol. III, cit., p. 3134.

² La Legge 20 Marzo 1865, n. 2248, Allegato F, Titolo I, afferma che «Sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici: a) Le strade nazionali così ordinarie come ferrate, per gli studi e formazione dei progetti, per la direzione delle opere di costruzione e di

tuttavia la definizione che dobbiamo adottare oggi, sulla base dell'evoluzioni normative succedute negli anni, permette di ricondurre all'interno delle "opere pubbliche" ogni intervento del pubblico potere volto ad ottenere una modificazione durevole del mondo fisico che interessa la collettività.

Già da queste brevi esposizioni si può intendere come non vi sia dal punto di vista giuridico una corrispondenza piena tra la nozione di infrastruttura e quella di opera pubblica. È possibile, infatti, la realizzazione di infrastrutture che non hanno le caratteristiche per essere considerate opere pubbliche in quanto non costruite a spese e per opera di pubblici poteri. Se a provvedere sono i pubblici poteri, gli approntamenti infrastrutturali si concretano in opere pubbliche³. Non si può affermare ciò se consideriamo la stessa situazione ma inversa, dal momento che vi sono opere pubbliche che non sono approntamenti infrastrutturali (ad esempio le manutenzioni straordinarie di opere pubbliche esistenti).

Quindi le opere pubbliche rientrano all'interno della categoria "infrastruttura"; tuttavia esse sono considerate come una nozione legale, un'opera di ingegneria che permette di modificare in modo durevole il mondo fisico, per le quali sono necessari procedimenti amministrativi

manutenzione e per la loro polizia; *b*) Le strade ferrate sociali per l'esame delle domande di costituzione delle società, per le concessioni dei relativi privilegi, per l'approvazione dei piani esecutivi, e per la sorveglianza alla costruzione, alla manutenzione e all'esercizio; *c*) L'esercizio delle strade ferrate nazionali e la manutenzione ed esercizio di quelle strade sociali che lo Stato s'incaricasse di esercitare; *d*) Le strade provinciali, comunali e vicinali e le opere che si eseguono a spese delle province e dei comuni, nei limiti e nei casi determinati dalla legge; *e*) I canali demaniali così di navigazione come d'irrigazione per ciò che concerne la direzione dei progetti e delle opere di costruzione, di difesa, di conservazione e di miglioramento, e la parte tecnica della distribuzione delle acque, e la polizia della navigazione; *f*) Il regime e la polizia delle acque pubbliche, e così dei fiumi, torrenti, laghi, rivi e canali di scolo artificiale; *i*) progetti e le opere relative alla navigazione fluviale e lacuale al trasporto dei legnami a galla, alla difesa delle sponde e territori laterali dalle corrosioni, inondazioni e disalveamenti, alle derivazioni di acque pubbliche, al bonificamento delle paludi e degli stagni nei rapporti tecnici; finalmente la polizia tecnica della navigazione dei fiumi e laghi; *g*) Le opere e lavori di costruzione e manutenzione dei porti, dei fari e delle spiagge marittime, e la polizia tecnica relativa; *h*) La conservazione dei pubblici monumenti d'arte per la parte tecnica; *i*) La costruzione, le ampliamenti e i miglioramenti e la manutenzione degli edifici pubblici, esclusi quelli dipendenti dalle amministrazioni della guerra e della marina, e quelli i quali, tuttoché facenti parte del patrimonio dello Stato, non servono ad uso pubblico; *k*) Lo stabilimento, la manutenzione e l'esercizio dei telegrafi.»

³ Cfr. M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, 1995, cit. p. 63.

determinati⁴, in quanto possono comportare o meno la realizzazione di una costruzione che se incide su beni di privati, comporta espropriazione.⁵

Analizzando più da vicino la disciplina normativa relativa alle infrastrutture dobbiamo precisare che alla fine degli anni Sessanta l'Italia, grazie ad una vasta opera di ricostruzione, era tra i primi Paesi europei per quanto concerne il settore delle infrastrutture di trasporto e mobilità. La Legge del 1865, n. 2248 (Allegato F) fu la prima ad occuparsi di opere pubbliche; essa affidava ampia autonomia alle amministrazioni in genere e al Ministero dei lavori pubblici in particolare in ordine all'aspetto contrattuale. Tuttavia, nel successivo ventennio, lo sviluppo infrastrutturale è stato condizionato dal mutamento sociale, affermandosi nuovi modelli di etica ambientalista dedicati alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica sull'importanza di difendere gli ecosistemi. Sono stati quindi introdotti nuovi concetti ("risorse limitate", "riciclaggio", "sviluppo sostenibile") che hanno vincolato, dal punto di vista normativo, la costruzione di grandi infrastrutture (ad esempio autostrade e centrali nucleari)⁶. Negli anni Ottanta, si aprì una feconda stagione per la programmazione nel settore dei trasporti, attraverso il Piano decennale della viabilità (1982) e il Piano generale dei trasporti (1984). Il quadro culminò con la costituzione del Comitato interministeriale per la Programmazione economica dei trasporti (Cipet, 1991).⁷

Il 1994 ha visto la realizzazione di importanti cambiamenti normativi relativi alle infrastrutture e alle opere pubbliche: venne soppresso il Cipet e si

⁴ I procedimenti in questione sono: a) la deliberazione di realizzare l'opera pubblica; b) la progettazione; c) la realizzazione. Se a compiere le 3 fasi sono i pubblici poteri, si tratterà di veri e propri procedimenti amministrativi. Per i soggetti che agiscono secondo normative miste (diritto pubblico/diritto privato), alcune delle fasi possono rimanere atti interni. Per i soggetti che agiscono secondo la normativa privata, verranno applicate le normative degli operatori privati.

⁵ Cfr. Enciclopedia del Diritto, Vol. XXX, cit., p. 342.

⁶ La Legge 287/71 e la Legge 492/75 sospesero temporaneamente, la prima, e definitivamente, la seconda, la costruzione di nuove autostrade. Soltanto con la Legge 531/82 si verificò un'attenuazione di tali vincoli. Per quanto riguarda le centrali nucleari, con il referendum dell'8 - 9 Novembre 1987, gli elettori abrogarono le norme che consentivano l'individuazione di aree e la costruzione di centrali nucleari.

⁷ Altri importanti strumenti di pianificazione sono il Piano di Fluidificazione del traffico (1988), il Piano urbano dei parcheggi (1989) ed il Piano urbano del traffico (1992). Negli anni successivi venne varato il Piano della sicurezza stradale urbana e il Piano urbano della mobilità (2000).

giunse alla Legge Merloni (“Legge quadro in materia di lavori pubblici”, 11 Febbraio 1994, n. 109), in risposta alle note vicende giudiziarie di Tangentopoli⁸. Tuttavia essa subì nel corso degli anni profondi mutamenti, dovuti alla sua eccessiva rigidità e formalismo, che avevano rallentato la realizzazione di opere pubbliche. La Legge venne così parzialmente soppressa dal D.l. 331/94⁹ e venne modificata attraverso le Leggi 216/95 (Legge Merloni *bis*), 415/98 (Legge Merloni *ter*), 166/02 (Legge Merloni *quater*).

È in questo contesto normativo che nasce la Legge Obiettivo. I vari interventi, definiti sostanzialmente nell'ambito del Programma delle infrastrutture strategiche (PIS) previsto della cosiddetta “Legge Obiettivo” (legge n. 443 del 2001), riguardano, per la quasi totalità dei progetti, le opere di realizzazione delle reti di trasporti europee (TEN-T) e dei corridoi paneuropei. La Legge 21 dicembre 2001, n. 443, “Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive” (GU n.299 del 27-12-2001 - Suppl. Ordinario n. 279), è entrata in vigore l'11 Novembre 2002 ed è la disciplina di riferimento per quanto concerne le modalità di finanziamento per la realizzazione delle grandi infrastrutture strategiche in Italia per il decennio 2002 – 2013. La Legge aveva lo scopo di programmare l'ammodernamento delle infrastrutture, di definire a livello normativo, finanziario ed operativo la realizzazione delle opere pubbliche definite strategiche e di preminente interesse nazionale¹⁰. Per la sua natura

⁸ Cfr. S. Palesandro, *Infrastrutture per l'economia e competitività*, in M. Giusti, E. Bani (a cura di), *Complementi di Diritto dell'Economia*, 2008, cit. p. 52.

⁹ La Legge 135/97 elaborò nuove misure di snellimento dell'azione amministrativa in materia di lavori pubblici. All'Articolo 9, comma 1, si consentì alle amministrazioni aggiudicatrici di avviare le attività di progettazione anche definitiva ed esecutiva in mancanza di preventiva adozione del Piano triennale dei lavori pubblici: all'Articolo 19 si stabilì che il processo amministrativo dovesse avere ad oggetto provvedimenti relativi alla realizzazione di opere pubbliche, alla loro progettazione.

¹⁰ L'Articolo 1, comma 1 della Legge n. 443/2001 afferma infatti: “Il Governo, nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni, individua le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese. L'individuazione è operata, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, a mezzo di un programma, formulato su proposta dei Ministri competenti, sentite

infrastrutturale, la legge vede il Ministero del Tesoro e quello delle infrastrutture come principali protagonisti delle decisioni contenute.

Essa venne dunque emanata con lo scopo di superare il “blocco” infrastrutturale che caratterizzava il nostro Paese evitando un confronto competitivo con gli altri Paesi europei. La Legge ha permesso di individuare le infrastrutture strategiche e di portarle alla loro realizzazione, ricorrendo a due strumenti: a) *General Contractor* (traducibile in Contraente Generale); b) *Project Financing* (traducibile in Finanza di Progetto)¹¹. Il primo è un'azienda o un individuo che ha un contratto con altre organizzazioni o individui (il mandante) per la realizzazione delle infrastrutture strategiche. Il contratto di affidamento a contraente generale è un contratto di appalto di esecuzione¹² da assegnare in conformità ai procedimenti di evidenza pubblica. Inoltre si riconosce l'assunzione di un'obbligazione di risultato da parte del contraente generale nel rapporto con l'aggiudicatore. Infatti, nel contratto di affidamento a contraente generale, il soggetto aggiudicatore è colui che affida ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere e nell'esecuzione con qualsiasi mezzo dell'opera stessa, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dallo stesso soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato dopo l'ultimazione dei lavori.

le regioni interessate, ovvero su proposta delle regioni, sentiti i Ministri competenti, e inserito nel Documento di programmazione economico-finanziaria, con indicazione degli stanziamenti necessari per la loro realizzazione. Nell'individuare le infrastrutture e gli insediamenti strategici di cui al presente comma il Governo procede secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale. Il programma tiene conto del Piano generale dei trasporti. L'inserimento nel programma di infrastrutture strategiche non comprese nel Piano generale dei trasporti costituisce automatica integrazione dello stesso. Il Governo indica nel disegno di legge finanziaria ai sensi dell'articolo 11, comma 3, lettera i-ter, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, le risorse necessarie, che integrano i finanziamenti pubblici, comunitari e privati allo scopo disponibili. In sede di prima applicazione della presente legge il programma e' approvato dal CIPE entro il 31 dicembre 2001.”

¹¹ Il Project Financing è la tecnica finanziaria innovativa volta a rendere possibile il finanziamento per l'esecuzione di opere pubbliche attraverso l'attrazione di capitali privati. Esso trova un maggior approfondimento in questa sede nei seguenti paragrafi.

¹² Contratto concluso in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice avente per oggetto l'esecuzione, con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

Trattandosi di un finanziamento attraverso risorse private, possiamo considerare il contraente generale come un imprenditore privato e distinguerlo, quindi, dalla figura di organismo di diritto pubblico¹³

La Legge 443/2001, integrata successivamente dalla Legge n. 166/2002, e i decreti legislativi di attuazione, hanno previsto procedure speciali per l'approvazione dei progetti inseriti nel Programma, volte ad assicurare il contenimento dei tempi di istruttoria e dei costi delle opere rispetto alle procedure ordinarie nonché il controllo delle fasi di attuazione. L'insieme di queste disposizioni attuative è ora contenuto nel "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" approvato con il D.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163¹⁴.

La legge Obiettivo aveva previsto che il Programma delle Infrastrutture Strategiche (PIS)¹⁵ doveva essere inserito nel Documento di programmazione economico - finanziaria (DPEF) e doveva contenere le seguenti indicazioni: a) l'elenco delle infrastrutture e degli insediamenti strategici da realizzare; b) i costi stimati per ciascuno degli interventi; c) le risorse disponibili e le relative fonti di finanziamento; d) lo stato di realizzazione degli interventi previsti nei programmi precedentemente approvati; e) il quadro delle risorse finanziarie già destinate e degli ulteriori finanziamenti necessari per il completamento degli interventi. Quindi, a partire dal 2003, il DPEF conteneva un allegato specifico interamente

¹³ Cfr. G. Montedoro, *Il collegato infrastrutture e la Legge obiettivo tra federalismo e diritto comunitario*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, p. 29 – 30.

¹⁴ Per un'analisi della disciplina normativa nella prassi applicativa, cfr. P. E. Signorini, *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia: l'esperienza della Legge Obiettivo del 2001*, in A. Macchiati, G. Napolitano (a cura di), *E' possibile realizzare infrastrutture in Italia?*, 2009, p. 358 ss.

¹⁵ Le funzioni di monitoraggio del PIS erano affidate, ai sensi del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 (che è stato integralmente inserito all'interno del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) ad una Struttura tecnica di missione, da istituire ai sensi dell'articolo 2, comma 3, lettera a), presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) e "composta da dirigenti delle pubbliche amministrazioni, da tecnici individuati dalle regioni o province autonome territorialmente coinvolte, nonché, sulla base di specifici incarichi professionali o rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, da progettisti ed esperti nella gestione di lavori pubblici e privati e di procedure amministrative". Cfr. *6° Rapporto per la VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici, n. 268/2011, L'attuazione della Legge Obiettivo*, cit. p. 3.

dedicato allo stato di attuazione del Programma delle infrastrutture strategiche (cd. Allegato Infrastrutture)¹⁶.

Tuttavia, la riserva lasciata dalla Legge al Governo per varare un programma di infrastrutture pubbliche e private nonché di insediamenti produttivi e strategici di preminente interesse nazionale, non venne sostenuta dalle Regioni, le quali erano chiamate a svolgere in tale contesto una funzione meramente propositiva relativa alla localizzazione delle opere.

Il comma 1 dell'articolo 1 della legge n. 443 del 2001 era stato precedentemente modificato dall'articolo 13, comma 3, della legge 1° agosto 2002, n. 166, che aveva mantenuto in capo al Governo l'individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti strategici e di preminente interesse nazionale, ma aveva elevato il livello di coinvolgimento delle Regioni e delle Province autonome, introducendo espressamente un'intesa: in base all'articolo 1, comma 1, l'individuazione delle opere si doveva definire a mezzo di un programma predisposto dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti "d'intesa con i Ministri competenti e le Regioni o Province autonome interessate". Tale programma deve essere inserito sempre nel DPEF ma previo parere del CIPE e "previa intesa della Conferenza unificata", e gli interventi in esso previsti "erano automaticamente inseriti nelle intese istituzionali di programma e negli accordi di programma quadro nei comparti idrici ed ambientali e compresi in un'intesa generale quadro avente validità pluriennale tra il Governo e ogni singola Regione o Provincia autonoma, al fine del congiunto coordinamento e realizzazione delle opere".
Regolata la fase di individuazione delle infrastrutture e degli insediamenti

¹⁶ Tuttavia, tenendo conto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e del nuovo assetto dei rapporti economici e finanziari tra lo Stato e le autonomie territoriali, la legge di contabilità e di finanza pubblica n. 196 del 31 dicembre 2009 ha semplificato e razionalizzato l'insieme delle procedure che presiedono le decisioni di finanza pubblica. In questo contesto il DPEF è stato sostituito prima dalla Decisione di finanza pubblica e successivamente (con le modifiche apportate dalla legge n. 39 del 2011) dal Documento di economia e finanza (DEF), che prevede, ai sensi dell'art. 10, comma 8, l'Allegato Infrastrutture, in cui è altresì riportato lo stato di avanzamento del Programma delle infrastrutture strategiche relativo all'anno precedente. Per un maggior approfondimento della disciplina cfr. 6° Rapporto per la VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici, n. 268/2011, *L'attuazione della Legge Obiettivo*.

produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, la legge n. 443 del 2001, al comma 2, conferiva al Governo la delega ad emanare, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi "volti a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti individuati ai sensi del comma 1", dettando, alle lettere da a) ad o) del medesimo comma 2, i principi e i criteri direttivi per l'esercizio del potere legislativo delegato. Questi ultimi investivano molteplici aspetti di carattere procedimentale¹⁷ completati dal comma 3 *bis*, introdotto dal comma 6 dell'articolo 13 della legge n. 166 del 2002, il quale prevedeva una procedura di approvazione dei progetti definitivi "alternativa" a quella stabilita dal precedente comma 2, demandata ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previa deliberazione del CIPE integrato dai Presidenti delle Regioni e Province autonome interessate, sentita la Conferenza unificata e previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

Con la risoluzione 6-00004 approvata nella seduta dell'8 luglio 2008, la risoluzione 6-00028 approvata nella seduta del 29 luglio 2009, la risoluzione 6-00051, approvata nella seduta del 13 ottobre 2010, e la risoluzione 6-00080, approvata nella seduta del 28 aprile 2011, il Parlamento ha evidenziato l'esigenza di proseguire nella realizzazione del Programma Infrastrutture Strategiche (PIS), adesso allegato al nuovo Documento di economia e finanza (DEF), con lo scopo di eliminare, o quanto meno ridurre il divario presente tra l'Italia e gli altri Paesi dell'Unione europea in tema di infrastrutture. In particolare, nella risoluzione 6-00080 si prevede che il Governo, in coerenza con quanto enunciato nel 9° Allegato infrastrutture

¹⁷ Infatti venivano fissati i moduli procedurali per addivenire all'approvazione dei progetti, preliminari e definitivi, delle opere [lettere b) e c)], dovendo risultare, quelli preliminari, "comprensivi di quanto necessario per la localizzazione dell'opera d'intesa con la Regione o la Provincia autonoma competente, che, a tal fine, provvedeva a sentire preventivamente i Comuni interessati" [lettera b)]; venivano individuati i modelli di finanziamento [tecnica di finanza di progetto: lettera a)], di affidamento [contraente generale o concessionario: in particolare lettere e) ed f)] e di aggiudicazione [lettere g) e h)], ed è predisposta la relativa disciplina, anche in deroga alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, ma nella prescritta osservanza della normativa comunitaria. Cfr. Sentenza 303/2003, *Considerato in Diritto*, punto 2.

strategiche, aggiorni il Programma delle infrastrutture strategiche in occasione della presentazione della Nota di aggiornamento del Documento di economia e finanza, sulla base degli sviluppi della politica europea sul sistema delle reti, nonché delle politiche nazionali in ordine all'utilizzo dei fondi comunitari.

Nel corso della XVI legislatura (iniziata il 29 Aprile 2008 e sciolta dal Presidente della Repubblica il 22 Dicembre 2012, a seguito delle dimissioni del Governo Monti), il Programma delle infrastrutture strategiche di cui alla legge n. 443 del 2001 ha subito delle modifiche. Nello stesso periodo, la Commissione ambiente della Camera ha proseguito la sua attività di osservazione costante sull'attuazione della "Legge Obiettivo" con la presentazione di rapporti annuali, l'ultimo dei quali (7° Rapporto¹⁸) è stato presentato nel mese di dicembre 2012. Nel corso della legislatura, inoltre, sono stati emanati diversi interventi normativi, innovando la disciplina delle infrastrutture strategiche relativamente alla fase della programmazione, dell'approvazione dei progetti, anche con finalità di accelerazione delle procedure di realizzazione delle opere.

In particolare si fa riferimento ai D.lgs. 228 e 229 del 2011 concernenti rispettivamente la valutazione degli investimenti relativi alle opere pubbliche e le procedure di monitoraggio sullo stato di attuazione delle opere pubbliche. L'art. 1 del decreto legislativo n. 228 del 2011 ha stabilito l'obbligatorietà, per i singoli Ministeri, di effettuare delle attività di valutazione ex ante ed ex post, per le opere pubbliche o di pubblica utilità. La finalità di tale disposizione è, come indicato nella citata delega, quella di garantire la razionalizzazione, la trasparenza e l'efficacia/efficienza della spesa in conto capitale per le opere pubbliche dei singoli Ministeri, che sono tenuti ad elaborare un nuovo documento, il Documento Pluriennale di Pianificazione, allo scopo di migliorare la qualità della programmazione e

¹⁸ Cfr. *L'attuazione della "legge obiettivo", Nota di sintesi e focus tematici*, 7° Rapporto per la VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici, n. 392 del 30 novembre 2012.

ottimizzare il riparto delle risorse di bilancio. Per le infrastrutture strategiche, il Documento è costituito dall'Allegato infrastrutture al Documento di economia e finanza.

Invece, il D.lgs. n. 229 del 2011, ha stabilito che le amministrazioni pubbliche e i soggetti destinatari di finanziamenti statali per la realizzazione di opere pubbliche sono obbligati, nell'ambito della propria attività istituzionale, alla tenuta ed all'alimentazione di un sistema gestionale informatizzato contenente le informazioni anagrafiche, finanziarie, fisiche e procedurali relative alla pianificazione e programmazione delle opere e dei relativi interventi, nonché all'affidamento ed allo stato di attuazione di tali opere ed interventi, inclusi ovviamente gli stanziamenti in bilancio e i costi complessivi effettivamente sostenuti nella realizzazione. I predetti soggetti sono, altresì, tenuti all'alimentazione di un sistema informatizzato di registrazione e conservazione dei dati contabili, relativi a ciascuna transazione posta in essere per la realizzazione delle opere e degli interventi, idoneo ad assicurarne evidenza e tracciabilità¹⁹. Nell'ambito dei sistemi informativi le opere devono essere sempre corredate dal CUP sin dalla fase di presentazione ed in tutte le successive transazioni²⁰. Gli elementi contenuti nella banca dati delle amministrazioni pubbliche costituiscono la base di riferimento ufficiale per la divulgazione delle informazioni sullo stato di attuazione delle opere pubbliche, per le attività di valutazione degli investimenti pubblici previste dalla normativa vigente, nonché per l'elaborazione dei documenti di contabilità e finanza pubblica.

A partire dal 2010 è stata avviata una collaborazione con l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) con l'obiettivo di svolgere una ricostruzione dello stato di attuazione delle opere rientranti nel Programma deliberate dal CIPE e di monitorare nel tempo lo stato di avanzamento dei

¹⁹ Articolo 1, comma 1, D.lgs. 229/2011.

²⁰ L'Articolo 2, D.lgs. 229/2011 afferma che « I dati anagrafici, finanziari, fisici e procedurali relativi alle opere pubbliche rilevati mediante i predetti sistemi informatizzati, alle condizioni previste nella norma, sono resi disponibili alla banca dati delle amministrazioni pubbliche istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze - Ragioneria Generale dello Stato, ai sensi dell'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196».

lavori. La settima edizione del Rapporto, presentata all' VIII Commissione ambiente nel mese di dicembre 2012, reca l'analisi dello stato di attuazione del Programma riferito al 30 settembre 2012, il quale contiene un numero di opere maggiore rispetto a quelle elencate nei documenti programmatici trasmessi dal Governo in quanto sono ricomprese opere riportate nei precedenti allegati e non confermate nel 10° Allegato²¹.

L'articolo 4, comma 2, del decreto legge 70/2011 ha modificato il Codice dei contratti pubblici con riguardo alla disciplina riguardante le infrastrutture strategiche. E' stata prevista la diminuzione del limite di spesa previsto (dal 5% al 2% dell'intero costo dell'opera), nel progetto preliminare, per le eventuali opere e misure compensative dell'impatto territoriale e sociale, che devono essere strettamente correlate alla funzionalità dell'opera; tale limite di spesa comprende gli oneri di mitigazione di impatto ambientale. Sono stati posti vincoli anche alla possibilità di apportare varianti alla localizzazione richiedendo, per un verso, che siano strettamente correlate alla funzionalità dell'opera e, per l'altro, che non comportino incrementi del costo rispetto al progetto preliminare originario. Ulteriori modifiche hanno riguardato l'estensione della durata del vincolo preordinato all'esproprio a sette anni, la riduzione dei termini procedurali per l'approvazione del progetto definitivo, la sottoposizione a conferenza di servizi del progetto preliminare.

²¹ L'analisi prende in considerazione, pertanto, 1.341 lotti, tra opere, interventi, sottointerventi e ulteriori dettagli, relativi alle 390 opere, il cui costo complessivo presunto di realizzazione è pari a 374,8 miliardi di euro. Rispetto all'universo delle opere comprese nel PIS il valore delle 190 opere deliberate dal CIPE, ovvero con progetto preliminare o progetto definitivo e quadro finanziario approvati, è di 142,5 miliardi di euro, pari al 38% del costo dell'intero Programma. L'analisi dei costi e delle disponibilità finanziarie, che valuta complessivamente i finanziamenti pubblici e privati disponibili, evidenzia come, rispetto all'intero Programma, le disponibilità finanziarie ammontano a 155,2 miliardi di euro. Tali risorse consentono, quindi, una copertura finanziaria pari al 41% del costo dell'intero Programma; il fabbisogno residuo ammonta a 219,6 miliardi (59%). Per quanto riguarda l'impatto del Programma sul territorio il Rapporto evidenzia che la distribuzione dei costi dell'intero Programma per macroaree, a distanza di poco più di un anno dall'ultimo monitoraggio, continua a confermare una maggiore concentrazione nelle 12 regioni del Centro Nord, pari a 225 miliardi di euro contro i 147 del Mezzogiorno. Cit. *Le infrastrutture strategiche*, in www.camera.it.

Inoltre, nel corso della legislatura sono state realizzate specifiche disposizioni portando all'istituzione di nuovi Fondi e lo stanziamento di risorse finanziarie per la realizzazione delle infrastrutture strategiche²².

Gli interventi normativi in materia di infrastrutture rappresentano un motivo costante dei provvedimenti varati dal Governo Monti per rilanciare lo sviluppo economico. Nell'arco di un anno sono stati varati cinque Decreti Legge e oltre un centinaio di misure in materia²³ con l'obiettivo di favorire un maggior coinvolgimento dei capitali privati, sempre più indispensabili per la realizzazione di infrastrutture. Infatti, su questo punto, il Presidente del Consiglio dei Ministri, nel suo discorso programmatico del 17 Novembre 2011, in Senato ha ribadito che «un impulso dell'attività economica potrà derivare da un aumento del coinvolgimento dei capitali privati nella realizzazione di infrastrutture. Gli incentivi fiscali stabiliti con legge di stabilità sono un primo passo, ma è anche necessario intervenire sulla regolamentazione del project financing in modo da ridurre il rischio associato alle procedure amministrative».

Il D.l. 179/2012, al pari dei precedenti contiene disposizioni di vario genere, riferendoci in particolare a quelle concernenti l'ampliamento degli strumenti di carattere fiscale, l'estensione della disciplina speciale relativa alle obbligazioni di progetto (Project Bond) e la sospensione ed eventuale caducazione del contratto riguardante la realizzazione del Ponte sullo Stretto

²² Tra tutti, si ricorda in particolare l'art. 6 - *quinquies* del decreto-legge 112/2008 ha istituito un Fondo per il finanziamento di interventi finalizzati al potenziamento della rete infrastrutturale (cd. Fondo Infrastrutture), comprese le reti di telecomunicazione e energetiche. L'art. 21 del decreto-legge 185/2008 ha, inoltre, autorizzato la concessione di due contributi quindicennali di 60 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2009 e 150 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2010 per la realizzazione delle opere strategiche ripartiti con successive delibere del CIPE. Il decreto-legge n. 98 del 2011, all'articolo 32, comma 1, ha istituito, nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, il Fondo infrastrutture ferroviarie e stradali e relativo a opere di interesse strategico, con una dotazione di 930 milioni per l'anno 2012 e 1.000 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2013 al 2016. Le risorse del Fondo sono assegnate dal CIPE, su proposta del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

²³ Si veda il D.l. 201/2011 convertito dalla Legge 22 Dicembre 2011 n. 214 ("salva Itali" artt. 41 ss.), D.l. 1/2012 convertito dalla Legge 27/2012 ("cresci Italia"), D.l. 5/2012 convertito dalla Legge 35/2012 ("semplifica Italia" artt. 20 ss.), D.l. 83/2012 convertito dalla Legge 134/2012 ("crescita artt. 1 ss.), D.l. 179/2012, convertito dalla Legge 221/2012 ("crescita 2.0" artt. 33 ss.).

di Messina al fine di verificare la sostenibilità economico finanziaria dell'operazione.

Da ultimo, si ricorda, il Decreto Legge n. 69, 21 Giugno 2013, ("Disposizioni urgenti per l'economia"), c.d. "Decreto Fare", il quale ha portato delle novità nel settore delle infrastrutture. Il Decreto, dopo aver analizzato i vari interventi che devono essere realizzati per il rilancio delle infrastrutture e per la salvaguardia di quelle già esistenti, agli Articoli 18, 20, 22 e 25, prevede delle misure volte alla manutenzione delle reti²⁴, per un totale di oltre 3 miliardi di euro. In particolare si prevede l'istituzione di un Fondo di 2.030 milioni di euro (per il quadriennio 2013 - 2017) per consentire la continuità dei cantieri in corso o per l'avvio di nuovi lavori. E' previsto, altresì, un programma di interventi di sicurezza stradale per 300 milioni di euro per la riqualificazione di ponti, viadotti e gallerie della rete stradale ed il rilancio dei porti e della nautica attraverso la semplificazione e la facilitazione delle procedure per i dragaggi, la rimodulazione delle tasse portuali e l'implementazione dell'autonomia finanziaria dei porti per la manutenzione e la sicurezza e con abolizione della tassa sulle piccole imbarcazioni.

²⁴ Articolo 18, Comma 1 e 2, D.l. 69/2013: « Per consentire nell'anno 2013 la continuità dei cantieri in corso ovvero il perfezionamento degli atti contrattuali finalizzati all'avvio dei lavori e' istituito nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un Fondo con una dotazione complessiva pari a 2.069 milioni di euro, di cui 335 milioni di euro per l'anno 2013, 405 milioni di euro per l'anno 2014, 652 milioni di euro per l'anno 2015, 535 milioni di euro per l'anno 2016 e 142 milioni di euro per l'anno 2017. Con uno o più decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, si provvede all'individuazione degli specifici interventi da finanziare e all'assegnazione delle risorse occorrenti, nei limiti delle disponibilità annuali del Fondo di cui al comma 1. Gli interventi finanziabili ai sensi del presente comma riguardano il potenziamento dei nodi, dello standard di interoperabilità dei corridoi europei e il miglioramento delle prestazioni della rete e dei servizi ferroviari, il collegamento ferroviario funzionale tra la Regione Piemonte e la Valle d'Aosta, il superamento di criticità sulle infrastrutture viarie concernenti ponti e gallerie, l'asse di collegamento tra la strada statale 640 e l'autostrada A19 Agrigento - Caltanissetta, gli assi autostradali Pedemontana Veneta e Tangenziale Esterna Est di Milano. Per quest'ultimo intervento, l'atto aggiuntivo di aggiornamento della convenzione conseguente all'assegnazione del finanziamento è approvato con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze da adottarsi entro trenta giorni dalla trasmissione dell'atto convenzionale ad opera dell'amministrazione concedente.»

Il sistema delle infrastrutture è uno degli elementi decisivi per lo sviluppo e la crescita di ogni paese. Esso incide in modo determinante sui costi della produzione di beni e servizi, sulla competitività delle imprese, sul loro accesso ai mercati, sugli scambi commerciali ed è un elemento fondamentale anche per la qualità della vita e per la coesione sociale: dalla qualità del sistema delle infrastrutture dipende la mobilità delle persone (trasporti), la fruizione di beni essenziali (l'acqua, l'energia elettrica, il gas), le relazioni interpersonali (telefono, poste), la diffusione delle informazioni e delle conoscenze (internet), il monitoraggio dei fattori di rischio ambientale e sociale, una crescente parte dei servizi sociosanitari (in attesa della telemedicina).

Ma la qualità del sistema degli impianti e delle infrastrutture strategiche²⁵ è un fattore cruciale anche per l'indipendenza, la sicurezza e l'integrità nazionale e per la sicurezza e l'incolumità delle persone: si pensi al sistema energetico, alle telecomunicazioni, alla navigazione aerea, ai trasporti di emergenza, ai servizi di pronto soccorso medico. O alla rilevanza di una moderna rete di infrastrutture per l'efficacia degli interventi di protezione civile, di controllo del territorio, di contrasto alla criminalità organizzata.

Lo sviluppo e l'ammodernamento degli impianti e delle infrastrutture strategiche è perciò una delle sfide fondamentali che gli Stati contemporanei devono affrontare. Ciò vale, ovviamente, anche per l'Italia. Anzi, vale per l'Italia in modo particolare. Innumerevoli ricerche hanno infatti segnalato le insufficienze e le criticità del nostro sistema infrastrutturale, e le sue ben note carenze, pur diversamente gravi da settore a settore, ma comunque sempre tali da limitare, la competitività del nostro sistema economico, il ritmo della nostra crescita e il perseguimento dei fondamentali beni pubblici sopra ricordati (coesione sociale, qualità della vita, sicurezza del paese e delle persone).

²⁵ Cfr. AA.VV. *Programmazione decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche*, Roma, Aprile 2010, in www.astrid-online.it.

La crisi economico-finanziaria che ha investito l'Italia e il mondo nell'ultimo biennio non confina in secondo piano il problema delle infrastrutture del Paese. Al contrario; tra le principali politiche anticicliche, tra i principali strumenti per superare la recessione e rilanciare la crescita, vi è la realizzazione di grandi programmi pubblici di sviluppo e ammodernamento degli impianti e delle infrastrutture strategiche: non a caso, importanti investimenti di lungo periodo in infrastrutture, nei settori dei trasporti, dell'ambiente, della produzione e distribuzione dell'energia rappresentano una componente fondamentale delle strategie dei maggiori Paesi (Cina, USA, Corea del Sud, Giappone, Brasile, Australia, Canada).

L'Italia ha su questo terreno due handicap, in parte condivisi con altri paesi europei: a) l'elevato indebitamento pubblico, che rende difficile reperire nei bilanci pubblici le risorse necessarie per finanziare gli ingenti piani di infrastrutturazione, che per le ragioni appena accennate sarebbero necessari e raccomandabili; b) un'architettura istituzionale e un sistema di regole e di procedure che rendono macchinose, defatiganti e farraginose la programmazione, la decisione, la localizzazione e la realizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche.

Affrontare e risolvere questi due problemi è dunque tra le priorità più evidenti del paese. Per tutte le ragioni appena accennate, dovrebbe essere uno dei terreni privilegiati di un confronto politico condotto con l'impegno e l'intento di trovare soluzioni largamente condivise e dunque di giungere rapidamente a varare e applicare le conseguenti riforme.

Tuttavia, tra le cause dei numerosi ritardi che si sono verificati in questo settore, non vi è soltanto la crisi finanziaria pubblica, ma anche un'incapacità delle amministrazioni nel valutare gli interessi e gli obiettivi da perseguire e di investire le risorse disponibili in iniziative realmente utili. Sarebbe infatti più utile dare corpo a un sistema infrastrutturale omogeneo anziché creare nuove autostrade, grandi opere e soprattutto progetti spesso destinati a rimanere sulla carta.

Il problema delle istituzioni e delle procedure non è irrilevante anche ai fini del finanziamento delle infrastrutture. E' infatti evidente che la nuova

crisi fiscale degli Stati, che investe tutti i paesi ad economia matura, impone di ricorrere – quanto meno per le infrastrutture cosiddette “calde” (o “riscaldabili”) - a capitali privati nelle forme del Project financing o del PPP: ma sarà possibile attrarre capitali privati soltanto se il contesto lo renderà conveniente; e del contesto fanno parte – insieme a strumenti finanziari, sistemi di garanzia e incentivi fiscali adeguati - anche regole e procedure che garantiscano tempi certi e rapidi per le decisioni pubbliche, le autorizzazioni amministrative, i provvedimenti di concessione e di esproprio, gli eventuali procedimenti contenziosi relativi alla localizzazione, aggiudicazione e realizzazione di infrastrutture e impianti strategici. L’incertezza e la lunghezza dei tempi scoraggiano gli investitori, elevano i profili di rischio degli investimenti, accrescono il costo dei finanziamenti.

Più in generale le infrastrutture vengono definite come l’insieme di beni materiali e servizi che non entra direttamente nel processo produttivo (strade, canali, linee ferroviarie, linee elettriche e telefoniche, porti, acquedotti, fognature, opere igienico-sanitarie ecc.), ma costituisce la base dello sviluppo economico-sociale di un paese e, per analogia, anche di strutture che si traducono in formazione di capitale umano, quali l’istruzione pubblica, specie professionale, e la ricerca scientifica intesa come supporto indispensabile per le innovazioni tecnologiche. Le infrastrutture, con riferimento alla distribuzione sul territorio, presentano la caratteristica di essere organizzate in reti, a differenza delle attrezzature cosiddette ‘puntuali’ (scuole, ospedali ecc.); l’insieme delle infrastrutture e delle attrezzature di cui un paese è dotato forma il capitale fisso sociale²⁶.

Le infrastrutture hanno un forte peso sulla competitività delle imprese, sullo sviluppo economico e sulla crescita del benessere di un territorio e di un sistema socio – economico. Da ciò ne discende che avere una rete di infrastrutture competitiva, per il nostro Paese, significa contare su un legame solido con l’Europa con possibili effetti positivi sullo sviluppo nonché partecipare al sistema delle idee e del benessere.

²⁶ Cit. in Enciclopedia Treccani.

Tuttavia l'Italia, dal punto di vista infrastrutturale, è rimasta ai margini se non addirittura fuori da questi processi in quanto molte infrastrutture non sono mai state attuate, quelle in fase di realizzazione vanno a rilento e quelle esistenti sono inadeguate rispetto agli obiettivi che devono raggiungere. Con queste carenze l'Italia non riesce ad essere un Paese competitivo con gli altri Paesi europei e più di ogni altra cosa non riesce a garantire livelli adeguati di qualità del servizio, per il trasporto di merci, persone e informazioni²⁷. Il comportamento del nostro Paese nei confronti delle infrastrutture viaggia in senso opposto rispetto a quello tenuto in ambito comunitario. In questo ultimo sistema il punto di partenza è rappresentato dall'adattamento delle imprese, incaricate al soddisfacimento degli obiettivi perseguiti dall'Europa nella distribuzione dei servizi, alle norme del Trattato e a quelle relative alla concorrenza, comunque rispettando quanto dispone l'Articolo 86 del Trattato, secondo il quale tutto ciò "non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto della specifica missione loro affidata". Essendo tale norma caratterizzata da un certo grado di ambiguità, in passato ha consentito politiche elusive delle norme del Trattato e ha permesso di approfondire temi che fino a quel momento erano rimasti in ombra. In un contesto di progressivo ampliamento degli obiettivi comunitari la sottrazione alle regole della concorrenza, secondo la giurisprudenza della Corte, trova il fondamento nella presenza di un "fallimento di mercato"²⁸, ovvero dell'esigenza avvertita di una prestazione che non trova risposta nell'offerta privata.

Sul versante delle esigenze sociali si registra la più importante innovazione portata dal Trattato di Amsterdam in materia di concorrenza. L'Articolo 16 del Trattato CE, dispone infatti che «in considerazione

²⁷ Cfr. M. A. Cabiddu, *La parola e le cose: modernizzazione cos'è?*, in M. A. Cabiddu (a cura di), *Modernizzazione del Paese, Politiche opere servizi pubblici*, 2005. Per un approfondimento relativo alla situazione italiana rispetto a quella degli altri Paesi europei cfr. Dossier Censis, *Tornare a desiderare le infrastrutture: Trasformazione del territorio e consenso sociale*, 2012.

²⁸ E non sulla base dell'imprescindibilità dell'eccezione. Cfr. M. Pascual, *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, Riv. It. Dir. Com., 1997, cit. p. 669. Né sulla base della qualifica di un servizio come pubblico. cfr. D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, Diritto Pubblico, 1999, p. 380.

dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti». La ricerca della coesione sociale e territoriale ha portato all'elaborazione del concetto di "servizio universale" definito come «insieme minimo di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile»²⁹.

Come possiamo osservare dalle precedenti considerazioni, anche dal diritto comunitario arrivano chiare indicazioni nel voler inserire all'interno del dibattito sul servizio pubblico, una politica sociale che guarda non solo le infrastrutture ma anche esigenze (per citarne alcune: sicurezza, approvvigionamento, tutela dell'ambiente) ispirate a fondamentali principi di «parità, universalità, continuità, adeguamento, nonché a rigorosi orientamenti: trasparenza nella gestione, nella tariffazione e nei finanziamenti, controllo al opera di organi distinti dagli operatori»³⁰.

Da tutto ciò ne discende che le infrastrutture sono collocate in un quadro molto ampio, sia a livello nazionale che europeo e costituiscono una risorsa per il territorio e determinanti fattori di sviluppo in quanto hanno un forte legame con le attività delle grandi industrie di rete (trasporti, energia, servizi postali e telecomunicazioni)³¹.

1.2 Il federalismo infrastrutturale

La Legge delega 5 Maggio 2009 n. 42, in materia di federalismo fiscale, riformando la politica di riequilibrio territoriale e di sviluppo infrastrutturale

²⁹ Articolo 2, comma 1, Lett. g), della Direttiva 97/33/CE.

³⁰ Cit. Commissione Europea, Comunicazione su *I servizi di interesse generale in Europa*.

³¹ Le reti infatti servono a garantire i servizi essenziali nello Stato del benessere.

del Paese, è risultata di fondamentale importanza per il settore delle infrastrutture, in quanto ha definito nuove modalità per l'assegnazione, sulla base di fabbisogni infrastrutturali determinati a livello regionale e infraregionale, delle risorse del Bilancio dello Stato destinate alla realizzazione delle infrastrutture e alla riduzione dei divari territoriali³². Tale decreto delegato aveva come obiettivo il fine costituzionale di rimuovere gli squilibri economici e sociali che caratterizzano il nostro Paese, i quali, causando dei pesanti sbilanciamenti interni, impediscono un inizio favorevole del federalismo fiscale, tanto da minacciarne il buon esito. A quest'ultimo riguardo, si deve sottolineare che il Consiglio dei Ministri aveva emanato, il 26 Novembre 2010, un decreto ministeriale ("Disposizioni in materia di perequazione infrastrutturale") attuativo dell'art. 22 della legge 42/09.

La ratio di tale Decreto era di colmare il deficit, responsabile di disparità produttive tra le Regioni, sia in termini di prestazioni, essenziali e non, che di servizi. Tutto ciò si realizza in maniera incisiva soprattutto nelle aree del Mezzogiorno, le quali sono impedito nell'agire autonomamente dai piani di riqualificazione (i cosiddetti piani di rientro), irrealizzabili senza il contributo di interventi finanziari speciali. Quindi le aspettative che si ricavavano dal Decreto erano quelle di assumere formale conoscenza di quanto fosse disponibile a livello patrimoniale e di cosa fosse realmente indispensabile, nella fase transitoria, per colmare le suddette asimmetrie esistenti tra le diverse realtà territoriali.

³² Secondo quanto stabilisce l'Articolo 1 della Legge delega 42/2009, essa «costituisce attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, assicurando autonomia di entrata e di spesa di comuni, province, città metropolitane e regioni e garantendo i principi di solidarietà e di coesione sociale, in maniera da sostituire gradualmente, per tutti i livelli di governo, il criterio della spesa storica e da garantire la loro massima responsabilizzazione e l'effettività e la trasparenza del controllo democratico nei confronti degli eletti. A tali fini, la presente legge reca disposizioni volte a stabilire in via esclusiva i principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, a disciplinare l'istituzione ed il funzionamento del fondo perequativo per i territori con minore capacità fiscale per abitante nonché l'utilizzazione delle risorse aggiuntive e l'effettuazione degli interventi speciali di cui all'articolo 119, quinto comma, della Costituzione perseguendo lo sviluppo delle aree sottoutilizzate nella prospettiva del superamento del dualismo economico del Paese. Disciplina altresì i principi generali per l'attribuzione di un proprio patrimonio a comuni, province, città metropolitane e regioni e detta norme transitorie sull'ordinamento, anche finanziario, di Roma capitale».

Si stabilì che l'attuazione del federalismo infrastrutturale, avviata dal Governo a fine novembre 2010, dovesse realizzarsi attraverso due fasi: a) una fase transitoria (2011-2013) disciplinata dal decreto interministeriale relativo alla perequazione infrastrutturale e dalla delibera CIPE del 26 novembre 2010 di riprogrammazione dei fondi strutturali e FAS 2007-2013; b) una fase a regime (a partire dal 2014) disciplinata dallo schema di decreto legislativo sulla riforma della politica di coesione - fondi strutturali europei e Fondo per lo sviluppo e la coesione (ex-FAS).

In particolare, con l'Articolo 22, comma 1, della Legge delega 42/2009 è stata data la definizione di perequazione infrastrutturale e si è stabilito che «in sede di prima applicazione, il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con il Ministro per le riforme per il federalismo, il Ministro per la semplificazione normativa, il Ministro per i rapporti con le regioni e gli altri Ministri competenti per materia, predispone una ricognizione degli interventi infrastrutturali, sulla base delle norme vigenti, riguardanti le strutture sanitarie, assistenziali, scolastiche nonché la rete stradale, autostradale e ferroviaria, la rete fognaria, la rete idrica, elettrica e di trasporto e distribuzione del gas, le strutture portuali ed aeroportuali. La ricognizione è effettuata tenendo conto, in particolare, dei seguenti elementi: a) estensione delle superfici territoriali; b) valutazione della rete viaria con particolare riferimento a quella del Mezzogiorno; c) *deficit* infrastrutturale e *deficit* di sviluppo; d) densità della popolazione e densità delle unità produttive; e) particolari requisiti delle zone di montagna; f) carenze della dotazione infrastrutturale esistente in ciascun territorio; g) specificità insulare con definizione di parametri oggettivi relativi alla misurazione degli effetti conseguenti al divario di sviluppo economico derivante dall'insularità, anche con riguardo all'entità delle risorse per gli interventi speciali di cui all'articolo 119, quinto comma, della Costituzione».

Quindi, come possiamo osservare dall'analisi della Legge delega, durante il periodo di transizione verso il federalismo, le disparità tra i territori delle Regioni devono essere ridotte attraverso dei programmi di investimenti, coordinati sia con gli interventi aggiuntivi a favore delle aree

meno utilizzate, sia con gli interventi speciali ai sensi dell'articolo 16 della stessa Legge 42/2009³³.

Il decreto ha compreso al suo interno la totalità dei settori che riguardano i livelli essenziali di prestazioni, quali la sanità, l'assistenza sociale, l'istruzione scolastica, le reti stradale, autostradale, ferroviaria, le reti fognaria, idrica, elettrica, del gas, le infrastrutture di porti e aeroporti.

Tuttavia, possiamo muovere delle critiche nei confronti del Decreto ministeriale. In particolare esso richiede un grosso lavoro di programmazione che deve essere condiviso da tutti i livelli di governo e amministrazione. Vengono sollevati dei dubbi circa la scelta se includere nel capitale installato anche interventi da parte di soggetti privati. Infatti per alcuni settori tale soluzione è idonea, per altri può portare a degli errori durante la programmazione³⁴. Infine, le risorse dedicate agli investimenti

³³ L'articolo 16 della Legge 42/2009 dispone che: «I decreti legislativi di cui all'articolo 2, con riferimento all'attuazione dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione, sono adottati secondo i seguenti principi e criteri direttivi: *a)* definizione delle modalità in base alle quali gli interventi finalizzati agli obiettivi di cui al quinto comma dell'articolo 119 della Costituzione sono finanziati con contributi speciali dal bilancio dello Stato, con i finanziamenti dell'Unione europea e con i cofinanziamenti nazionali, secondo il metodo della programmazione pluriennale. I finanziamenti dell'Unione europea non possono essere sostitutivi dei contributi speciali dello Stato; *b)* confluenza dei contributi speciali dal bilancio dello Stato, mantenendo le proprie finalizzazioni, in appositi fondi a destinazione vincolata attribuiti ai comuni, alle province, alle città metropolitane e alle regioni; *c)* considerazione delle specifiche realtà territoriali, con particolare riguardo alla realtà socio-economica, al *deficit* infrastrutturale, ai diritti della persona, alla collocazione geografica degli enti, alla loro prossimità al confine con altri Stati o con regioni a statuto speciale, ai territori montani e alle isole minori, all'esigenza di tutela del patrimonio storico e artistico ai fini della promozione dello sviluppo economico e sociale; *d)* individuazione di interventi diretti a promuovere lo sviluppo economico, la coesione delle aree sottoutilizzate del Paese e la solidarietà sociale, a rimuovere gli squilibri economici e sociali e a favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona; l'azione per la rimozione degli squilibri strutturali di natura economica e sociale a sostegno delle aree sottoutilizzate si attua attraverso interventi speciali organizzati in piani organici finanziati con risorse pluriennali, vincolate nella destinazione; *e)* definizione delle modalità per cui gli obiettivi e i criteri di utilizzazione delle risorse stanziato dallo Stato ai sensi del presente articolo sono oggetto di intesa in sede di Conferenza unificata e disciplinati con i provvedimenti annuali che determinano la manovra finanziaria. L'entità delle risorse è determinata dai medesimi provvedimenti».

³⁴ Un esempio viene proprio dalla sanità, dove non è detto che strutture private (soprattutto ospedali di medie-piccole dimensioni, cliniche, ambulatori, etc.) attive oggi lo restino con certezza anche in un prossimo futuro, come esito di scelte imprenditoriali, di ricontrattazione dei termini dell'accreditamento, di fallimenti d'impresa. Cfr. N. Salerno, *Federalismo: lo schema di decreto sulla perequazione infrastrutturale, un commento complessivo e una proposta per la sanità*, CERM, 1/2011, cit. p. 3. Sul punto egli afferma che «sarebbe, forse, opportuno concentrare la perequazione infrastrutturale nell'alveo delle

dovrebbero avere una programmazione certa, tenuta il più possibile al riparo dagli andamenti congiunturali e da eventuali manovre correttive di fine anno. Sembra quindi fondamentale uno sforzo di chiarezza sul quadro delle risorse che saranno disponibili per i vari scopi da portare a compimento. Solo così è possibile, infatti, realizzare e attuare la redistribuzione delle risorse tra i territori.

Inoltre si deve sottolineare come il Decreto contenesse una definizione giuridica generica dei termini e dei criteri del procedimento ricognitivo, che dovevano essere attuati confrontando i livelli di servizio offerti al 31 dicembre 2010 attraverso l'utilizzo di appositi indicatori, per ogni area di intervento, con i corrispondenti standard di servizio stimati alla medesima scadenza temporale, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo. Infatti il Decreto definiva le infrastrutture come le *species* di immobilizzazione cui dovere dedicare le necessarie attenzioni di ricerca e di valorizzazione. A ben vedere si tratta di una definizione troppo generica che ricomprende al suo interno ogni componente del capitale fisso, indipendentemente dalla valorizzazione della sua specifica strumentalità a conseguire il risultato caratteristico di interesse strettamente pubblico che si ritiene di perseguire³⁵.

Da tutto ciò emerge l'inadeguatezza del Governo e degli appositi apparati istituzionali, nell'incarico loro attribuito per ricercare le relative soluzioni procedurali e burocratiche, più adatte a fotografare la situazione reale, indispensabili per definire la più corretta applicazione delle regole contenute nei provvedimenti attuativi già in essere del federalismo fiscale³⁶.

strutture pubbliche, lasciando poi alle singole realtà locali le scelte di diversificazione e accreditamento, anche tenuto conto della qualità e dell'affidabilità della controparte privata, caratteristiche, queste, che possono differire profondamente da territorio a territorio».

³⁵ Cfr. E. Jorio, *Federalismo fiscale: senza una corretta perequazione infrastrutturale non si va da nessuna parte*, cit. p. 2; E. Jorio, *Federalismo fiscale: il finanziamento del welfare assistenziale*, in www.astrid-online.it.

³⁶ Si fa riferimento ai questionari cosiddetti SOSE, disciplinati dal decreto legislativo 216/2010, ai quali una gran parte dei comuni e diverse province non hanno dato un credibile riscontro tecnico, a causa soprattutto dell'assenza della contabilità analitica. Ciò impedisce di valorizzare obiettivamente i centri di costo e di responsabilità, strettamente correlati alle funzioni oggetto delle specifiche analisi conoscitive.

Nonostante siano stati fatti dei grossi passi avanti sulla disciplina del sistema infrastrutturale in Italia (soprattutto negli ultimi anni) si ritiene che siano ancora presenti dei problemi da affrontare. In particolare si fa riferimento a quattro fattispecie di essi: a) ripartizione costituzionale delle competenze legislative (e amministrative) in materia di programmazione, definizione, finanziamento e realizzazione di impianti e infrastrutture strategiche; b) definizione di un procedimento che consenta di pervenire in tempi certi e ragionevolmente rapidi alla decisione finale sulla localizzazione di impianti e infrastrutture strategiche, quando risulti impossibile raggiungere una intesa preventiva fra lo Stato e le istituzioni territoriali interessate; c) previsione di strumenti di inchiesta o dibattito pubblico che consentano lo svolgimento di procedure di partecipazione e confronto democratico in modo efficace ma rapido; d) una disciplina delle scelte locali e degli interventi complementari o compensativi tale da evitare insostenibili incrementi del costo di realizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche³⁷.

La prima riforma da prendere in considerazione riguarda il riparto di competenze costituzionale tra Stato e Regione.

Sulla base delle disposizioni del titolo V della parte II della Costituzione vigenti prima della riforma costituzionale del 2001, spettava allo Stato la competenza legislativa per tutte le opere e infrastrutture pubbliche, con la sola eccezione delle opere ricomprese nella materia “viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale”. Infatti per queste ultime, la potestà legislativa e la potestà amministrativa spettavano alle Regioni, la prima nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato e nel rispetto dell’interesse nazionale e dell’interesse delle altre Regioni, la seconda ad esclusione delle opere di interesse esclusivamente locale, di competenza comunale o provinciale³⁸.

³⁷ Cfr. AA.VV., *Programmazione, decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche, Proposte di riforma delle regole e delle procedure*, 2010, cit. p. 6.

³⁸ Cfr. F. Merloni, *Infrastrutture ambiente e governo del territorio*, Riv. Le Regioni, 1/2007, p. 45 ss.

Successivamente alla riforma costituzionale, avvenuta con la Legge Costituzionale 3 del 2001, il Titolo V della Costituzione ha subito profonde modifiche ed è stata prevista la competenza legislativa delle Regioni per le opere e per le infrastrutture, indipendentemente dalla distinzione fra opere di interesse statale e opere di interesse regionale. Inoltre, tale competenza è soggetta solo ai limiti generali del rispetto della Costituzione, degli obblighi internazionali e delle norme comunitarie, limiti che valgono in generale per tutti i legislatori, statale e regionali. L'unica eccezione è costituita dalle "grandi reti di trasporto e navigazione", dai "porti e aeroporti civili", e dagli "impianti di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" per i quali la potestà legislativa è attribuita alle Regioni, ma il legislatore statale conserva la potestà di dettare principi fondamentali per la legislazione regionale (potestà legislativa concorrente, Art. 117, terzo comma).

Quindi come possiamo osservare, nel nuovo Articolo 117 (e più in generale, nel Titolo V Cost.) non esiste più un materia denominata "lavori pubblici di interesse nazionale" (la quale era riservata alla competenza legislativa *esclusiva* dello Stato). Le Regioni hanno potestà regolamentare per tutte le grandi opere infrastrutturali, così come per qualunque altra opera e infrastruttura, senza eccezione alcuna, non residuando in materia alcuna potestà regolamentare allo Stato.

La competenza è dunque della legge regionale, nel rispetto dei principi eventualmente stabiliti dalla legge dello Stato. Prima della legge Lunardi (n. 443 del 2001), la legislazione in vigore aveva stabilito il carattere strumentale delle opere pubbliche, non più di competenza di un'unica struttura amministrativa, ma di più amministrazioni in relazione al rapporto di strumentalità. Al di fuori delle opere espressamente riservate allo Stato, le funzioni Amministrative, anche relativamente alla realizzazione, progettazione, esecuzione e manutenzione straordinaria delle opere strumentali a funzioni statali, erano delegate alle regioni.

Tuttavia, la Legge Obiettivo (o Legge Lunardi), come abbiamo avuto modo di osservare, estende la competenza statale ben al di là dei limiti definiti dalla disciplina legislativa ordinaria or ora ricordati. Con la legge

obiettivo, infatti, lo Stato definisce infrastrutture pubbliche e private ed insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, riservando a sé non solo la valutazione della "strategicità" e dell'"interesse nazionale", ma anche ogni ulteriore funzione amministrativa sulle opere strategiche. Nonostante ciò, come si è rilevato, nel nuovo quadro costituzionale l'interesse nazionale non coincide più con l'interesse statale, ma piuttosto con la valutazione degli interessi fatti, secondo le rispettive competenze, dagli enti che, ai sensi dell'art. 114, costituiscono la Repubblica³⁹.

Una prima questione di illegittimità costituzionale venne sollevata dalle Regioni nei confronti dell'Articolo 1, comma 3, della Legge Obiettivo⁴⁰ che prevedeva la possibilità per il Governo di superare il mancato raggiungimento dell'intesa con le Regioni attraverso l'emanazione di un decreto del Presidente del Consiglio. La Corte Costituzionale con la sentenza 25 Settembre – 1° Ottobre 2003 n. 303, applicando il principio del "federalismo collaborativo", ha stabilito come condizione necessaria l'intesa tra Stato e Regioni per ogni decisione riguardante investimenti infrastrutturali, ad eccezione dei progetti a carattere internazionale o interregionale. Inoltre ha previsto per il Governo la possibilità, in mancanza dell'intesa con le Regioni, di ricorrere all'emanazione di un decreto del Presidente della Repubblica, previa approvazione del Consiglio dei Ministri sentita la Commissione parlamentare per le questioni regionali.

La Corte Costituzionale, attraverso l'emanazione della sentenza, si è posta due quesiti. Il primo riguardava la questione se il legislatore potesse "assumere e regolare l'esercizio di funzioni amministrative su materie in

³⁹ Cfr. AA.VV., *L'attuazione del titolo V: aspetti problematici. La localizzazione delle grandi infrastrutture fra Stato e Regioni*, 2002, in www.astrid-online.it, cit. p. 20.

⁴⁰ L'Articolo 1, comma 3, della Legge Obiettivo dispone che «I decreti legislativi previsti dal comma 2 sono emanati sentito il parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, nonché quello delle competenti Commissioni parlamentari, che si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta. Nei due anni successivi alla loro emanazione possono essere emanate disposizioni correttive ed integrative dei decreti legislativi, nel rispetto della medesima procedura e secondo gli stessi principi e criteri direttivi. Il Governo integra e modifica il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, in conformità alle previsioni della presente legge e dei decreti legislativi di cui al comma 2».

relazione alle quali esso non vanta una potestà legislativa concorrente”⁴¹. La risposta è affermativa ma è condizionata dall’esistenza di particolari situazioni: “solo se la valutazione dell’interesse pubblico sottostante all’assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità”⁴² è possibile un intervento accentratore statale.

Quindi la Corte parte dal presupposto che se si vogliono realizzare esigenze di uniformità territoriale, occorrono sistemi flessibili che si ritrovano nell’Articolo 118, Comma 1, Cost., il quale prevede che “le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”.

La seconda questione su cui la Corte si interroga riguarda la collocazione dei lavori pubblici fra le “materie” di competenza legislativa. Essa si chiede se tale competenza sia di natura esclusiva statale, esclusiva regionale o concorrente (come sostenuto dalle Regioni ricorrenti). La Corte, ritiene che i lavori pubblici non siano da collocare all’interno della competenza esclusiva regionale né concorrente tout-court, bensì sono hanno una collocazione verticale “a seconda dell’oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ovvero alla potestà legislativa concorrente”⁴³.

Alla luce di questa sentenza emergono delle criticità di non poco conto⁴⁴, prima fra tutte la questione se all’interno del nuovo Titolo V siano presenti delle clausole implicite riferite al potere dello Stato.

Attraverso la riforma del Titolo V è stata introdotto in Costituzione il principio di sussidiarietà, il quale ha permesso di affermare che l’amministrazione spetta alle Regioni ed agli Enti Locali, a prescindere

⁴¹ Cfr. Sentenza n. 303/2003, *considerato in diritto*, punto 2.1.

⁴² Cfr. Sentenza n. 303/2003, *considerato in diritto*, punto 2.2.

⁴³ Cfr. Sentenza n. 303/2003, *considerato in diritto*, punto 2.3.

⁴⁴ Cfr. L. Torchia, *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale)*, in www.astrid.it.

dall'attribuzione della competenza legislativa allo Stato o alle Regioni nelle singole materie. È quindi un principio che permette di avvicinare l'amministrazione agli amministrati, piuttosto che agli amministranti. Tuttavia è un principio che gli stessi Articoli 117 e 118 della Costituzione considerano "dinamico" dal momento che, prima di conferire agli enti le nuove funzioni e nuovi compiti amministrativi, si deve analizzare la loro capacità nonché le dimensioni dei loro governi⁴⁵.

In questa prospettiva le cd. clausole implicite di poteri statali possono considerarsi non solo conformi all'impianto costituzionale, ma costituzionalizzate⁴⁶.

Inoltre, con la Sentenza n. 401/2007, la Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta per rispondere alla richiesta posta in essere dai governatori delle Regioni di dettare proprie regole sui contratti e sulle gare, confermando quanto previsto dall'Articolo 4 del D.lgs. 163/2006. Tale ultimo articolo stabilisce le competenze tra Stato e Regioni prevedendo che spetta allo Stato dettare regole uniformi sulle modalità di gara in quanto le Regioni non possono applicare una disciplina diversa da quella statale. Si è voluto così garantire la massima concorrenza e uniformità di trattamento degli operatori.

Quindi alla luce di queste considerazioni possiamo osservare che a partire dalla riforma costituzionale del 2001 è stato avviato all'interno del nostro ordinamento, una riforma dell'assetto istituzionale in senso federale o

⁴⁵ Sulla base di questo presupposto sono stati infatti istituiti nuovi organi con lo scopo di concertare i diversi livelli di governo. In particolare si fa riferimento alla Conferenza Unificata, prevista dal D.lgs. 281/97.

⁴⁶ Cfr. R. Miranda, *Corte Costituzionale n. 303/03: la vocazione dinamica della sussidiarietà quale fattore di flessibilità dell'allocazione delle competenze*, cit. p. 3. La Corte ha ulteriormente chiarito alcune questioni relative all'Articolo 117 Cost., con la sentenza 307/2003, la quale affronta infatti varie questioni di legittimità costituzionale relative a disposizioni di leggi regionali che incidono sulla materia della tutela dall'inquinamento elettromagnetico. La Corte parte da una riconsiderazione di carattere generale della ripartizione della competenza legislativa tra Stato e Regioni nella materia della «tutela dell'ambiente» e arriva alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tutte quelle disposizioni regionali che travalicano l'ambito delle competenze regionali così circoscritto. Per un maggior approfondimento sulla sentenza 307/2003, Cfr. Atti parlamentari XIV Legislatura Camera Dei Deputati, *Documento finale della VIII commissione permanente (ambiente, territorio e lavori pubblici)*, approvato, ai sensi dell'articolo 108, comma 3, del Regolamento, nella seduta del 4 dicembre 2003, a seguito dell'esame della sentenza della Corte costituzionale 7 ottobre 2003, n. 307.

quasi federale. All'interno di questo nuovo sistema i tradizionali poteri dello Stato sono stati distribuiti tra più livelli di intervento.

Il problema che caratterizza il nostro Paese è che ha bisogno di un sistema federale «ben temperato»⁴⁷, con l'obiettivo di ridistribuire in maniera razionalizzata i poteri legislativi in materia di infrastrutture strategiche tra i diversi livelli istituzionali. Nel nostro sistema infatti sono presenti troppe competenze fra i vari soggetti con il rischio di creare duplicazioni, sovrapposizioni, sprechi e conflitti. La Legge Obiettivo ha rappresentato, senza ombra di dubbio, un passo avanti; tuttavia non ha risolto tutti i problemi, soprattutto dopo l'intervento della Sentenza 303/2003 che pur riconoscendo la legittimità costituzionale alla maggior parte delle sue disposizioni, ha posto alcune condizioni che rendono difficile la sua applicazione.

Nell'ambito del settore – infrastrutture un ruolo fondamentale viene svolto anche dal così detto *federalismo demaniale*, intendendo, con questo termine quel fenomeno, devolutivo, accessorio del federalismo fiscale, che consiste nel trasferimento agli enti territoriali (Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni) di beni di proprietà dello Stato.⁴⁸

Il federalismo demaniale, o federalismo patrimoniale, è disciplinato dal D.lgs. 28 maggio 2010, n. 85⁴⁹, e costituisce un fenomeno accessorio del

⁴⁷ Cit. F. Bassanini, *Gli investimenti in infrastrutture in un sistema federale "ben temperato"*, Relazione al Convegno su Strategie per la crescita, federalismo fiscale e infrastrutture organizzato da Banca Intesa San Paolo, Roma 21 ottobre 2008, p. 2.

⁴⁸ Cfr. M. Antonioli, *Il federalismo demaniale. Il principio patrimoniale del federalismo fiscale*, cit. p. 7.

⁴⁹ Il decreto legislativo n. 85/2010 ("Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un loro patrimonio, ai sensi dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42") è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 134 dell'11 giugno 2010. L'attuazione della legge delega sul federalismo fiscale è stata affidata a più decreti legislativi da adottare entro due anni dalla sua entrata in vigore, ossia entro il 21 maggio 2011. La delega prevedeva inizialmente che entro il 21 maggio 2010 venisse adottato almeno il decreto legislativo sui principi fondamentali in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici tra i vari livelli di governo. Tuttavia il processo di attuazione del federalismo fiscale ha seguito un ordine parzialmente diverso da quello previsto inizialmente. La legge delega è stata su questo punto modificata, prevedendo che "almeno uno dei decreti legislativi" venisse adottato entro dodici mesi, eliminando il riferimento al contenuto del decreto. Cfr. articolo 2, comma 6, lettera c) della legge 31 dicembre 2009, n. 196, che ha sostituito l'articolo 2, comma 6, della legge n. 42/2009

federalismo fiscale. Quest'ultimo è previsto in Italia dall'articolo 119 della Costituzione ed è in corso di attuazione ad opera della legge 5 maggio 2009, n. 42, recante "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione", nonché dei decreti legislativi di esercizio della delega. Il d.lgs. 85/2010, comunemente noto come federalismo demaniale, costituisce il primo di questi decreti delegati, in ordine cronologico.

Esso disciplina l'attribuzione di parte del patrimonio dello Stato a Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni. L'obiettivo è la valorizzazione dei beni, spesso sottoutilizzati, a beneficio delle collettività locali. Tale obiettivo è perseguito assegnando i beni a quelle situazioni reali che sono in grado, per libera scelta e per capacità finanziaria, di trarne valore e ponendo l'obbligo per gli enti territoriali cui i beni sono attribuiti di "garantirne la massima valorizzazione funzionale"⁵⁰.

Quindi possiamo osservare come l'obbligo di valorizzazione sia una grande novità rispetto alle previsioni della legge delega, che fa espresso riferimento alla valorizzazione solo quando attribuisce al comune di Roma competenze in ordine al concorso e alla valorizzazione dei beni storici, artistici, ambientali e fluviali, previo accordo con il Ministero per i beni e le attività culturali.

Nel nostro ordinamento il concetto di "valorizzazione" è espressamente utilizzato dalla legge anzitutto con riferimento al patrimonio culturale e ambientale. Secondo l'articolo 148 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, per valorizzazione si intende «ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione».

L'attribuzione di un patrimonio alle autonomie locali trova il suo fondamento nell'articolo 119, comma 6, della Costituzione, in base al quale i comuni, le province, le città metropolitane e le regioni "hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge

⁵⁰ D.lgs. 85/2010, Articolo 1, Comma 2.

dello Stato”. La legge delega n. 42/2009, all’Articolo 19, definisce i seguenti principi e criteri direttivi in base ai quali parte del patrimonio attualmente posseduto dallo Stato deve essere attribuita agli enti territoriali: a) attribuzione, a titolo non oneroso, a ciascun livello di governo di distinte tipologie di beni⁵¹, commisurate alle dimensioni territoriali, alle capacità finanziarie, alle competenze e alle funzioni effettivamente esercitate dalle diverse regioni ed enti locali (lo Stato può individuare in apposite liste i singoli beni da attribuire); b) attribuzione dei beni immobili secondo il criterio di territorialità; c) ricorso alla concertazione in sede di Conferenza unificata ai fini dell’attribuzione dei beni agli enti territoriali; d) individuazione di tipologie di beni di rilevanza nazionale che non possono essere trasferiti, inclusi quelli rientranti nel patrimonio culturale nazionale.⁵²

⁵¹ L’articolo 5 del decreto legislativo individua le tipologie di beni immobili statali che, previa emanazione di appositi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, saranno trasferiti a titolo non oneroso agli enti territoriali. Verranno trasferiti anche i beni mobili statali che si trovano eventualmente nei beni immobili trasferibili e che ne costituiscono arredo o sono posti al loro servizio. I beni immobili trasferibili sono: i beni appartenenti al demanio marittimo e le relative pertinenze; i beni appartenenti al demanio idrico e le relative pertinenze, nonché le opere idrauliche e di bonifica di competenza statale; li aeroporti di interesse regionale o locale; le miniere e le relative pertinenze ubicate sulla terraferma; gli altri beni immobili dello Stato, ad eccezione di quelli esplicitamente non trasferibili. Non possono essere oggetto di trasferimento, e rimangono pertanto allo Stato: gli immobili utilizzati per comprovate ed effettive finalità istituzionali dalle Amministrazioni dello Stato (anche a ordinamento autonomo), dagli enti pubblici destinatari di immobili statali in uso governativo e dalle Agenzie di cui al decreto legislativo n. 300/1999; i porti e gli aeroporti di rilevanza economica nazionale e internazionale; i beni appartenenti al patrimonio culturale (salvo quanto previsto dalla normativa vigente); i beni oggetto di accordi o di intese con gli enti territoriali per la razionalizzazione o la valorizzazione dei rispettivi patrimoni immobiliari sottoscritti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo; le reti di interesse statale, comprese quelle stradali ed energetiche; le strade ferrate in uso di proprietà dello Stato; i parchi nazionali e le riserve naturali statali. Cfr. Assonime - *Il decreto legislativo sul federalismo demaniale*, Note e studi n. 6 del 2010, in www.astrid-online.it.

⁵² Per un maggior approfondimento sulla normativa relativa al federalismo demaniale, cfr. *Legautonomie - Dal federalismo demaniale alla valorizzazione del patrimonio pubblico*, 2012, in www.astrid-online.com; A. Ferretti, *Linee guida per l’elaborazione dei programmi di valorizzazione per il federalismo demaniale*, 2010, www.altalex.com; F. Pizzetti, *Il federalismo demaniale: un buon segnale verso un federalismo fiscale «ben temperato»*, 2010, in *Le Regioni*; M. Arsì, *Il federalismo demaniale: federalismo di valorizzazione o la promessa di beni (sempre meno pubblici)*, pubblicato su “*nelMerito.com*” il 28 luglio 2010; E. Buglione, *Federalismo demaniale. Una scelta opportuna?*, pubblicato su “*www.crusoe.it*” il 13 luglio 2010; Assonime - *Il decreto legislativo sul federalismo demaniale*, Note e studi n. 6 del 2010; M. Antoniol, *Il federalismo demaniale. Il principio patrimoniale del federalismo fiscale*, 2010; R.

I beni trasferiti agli enti territoriali possono essere attribuiti a fondi comuni di investimento immobiliare, di cui gli enti detengono le quote. Il conferimento ai fondi ha lo scopo di favorire la massima valorizzazione dei beni rafforzando la capacità finanziaria degli enti territoriali. Va ricordato che secondo il criterio di capacità finanziaria, che è uno dei principi che il decreto legislativo pone alla base del trasferimento dei beni agli enti territoriali (articolo 2, comma 5, lettera c), l'ente cui è attribuito il bene deve disporre di adeguate capacità finanziarie per la tutela, la gestione e la valorizzazione del bene stesso. Il conferimento ai fondi deve avvenire dopo che i beni sono stati valorizzati attraverso le procedure per l'approvazione delle varianti allo strumento urbanistico di cui all'articolo 2, comma 5, lettera b). A questi fondi può partecipare, oltre agli enti territoriali, la Cassa depositi e prestiti⁵³. La congruità del valore di conferimento al fondo è attestata dall'Agenzia del demanio o dall'Agenzia del territorio, secondo le rispettive competenze, entro trenta giorni dalla relativa richiesta.

Si ritiene quindi fondamentale, nell'ambito delle infrastrutture il ruolo rivestito dalla Cassa Depositi e Prestiti per trovare altri meccanismi di utilizzo delle risorse disponibili per il finanziamento alle infrastrutture.

Su questo punto, è intervenuto un Articolo fondamentale soprattutto per quanto concerne l'intervento della Cassa Depositi e Prestiti.

Loiero, *Il federalismo demaniale*, 2010; M. Leoni, *Il federalismo demaniale e inizio del possesso*, 2011.

⁵³ Articolo 6, comma 2 del D.lgs. 85/2010: «Al fine di favorire la massima valorizzazione dei beni e promuovere la capacità finanziaria degli enti territoriali, anche in attuazione del criterio di cui all'articolo 2, comma 5, lettera c), i beni trasferiti agli enti territoriali possono, previa loro valorizzazione, attraverso le procedure per l'approvazione delle varianti allo strumento urbanistico di cui all'articolo 2, comma 5, lettera b), essere conferiti ad uno o più fondi comuni di investimento immobiliare istituiti ai sensi dell'articolo 37 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, ovvero dell'articolo 14-bis della legge 25 gennaio 1994, n. 86. Ciascun bene e' conferito, dopo la relativa valorizzazione attraverso le procedure per l'approvazione delle varianti allo strumento urbanistico, per un valore la cui congruità e' attestata, entro il termine di trenta giorni dalla relativa richiesta, da parte dell'Agenzia del demanio o dell'Agenzia del territorio, secondo le rispettive competenze. La Cassa depositi e prestiti, secondo le modalità di cui all'articolo 3, comma 4-bis, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33, può partecipare ai fondi di cui al comma 1. Agli apporti di beni immobili ai fondi effettuati ai sensi del presente decreto si applicano, in ogni caso, le agevolazioni di cui ai commi 10 e 11 dell'articolo 14-bis della legge 25 gennaio 1994, n. 86.

Si fa riferimento all'Articolo 27 (rubricato "Disposizioni immobili") del D.l. 201/2010 il quale ha introdotto, dopo l'articolo 33 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, l'Articolo 33 bis, il quale fa riferimento agli "Strumenti sussidiari per la gestione degli immobili pubblici".

Attraverso questo Articolo si stabilisce che «Per la valorizzazione, trasformazione, gestione e alienazione del patrimonio immobiliare pubblico di proprietà dei Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni, Stato e degli Enti vigilati dagli stessi, nonché dei diritti reali relativi ai beni immobili, anche demaniali, il Ministero dell'economia e delle finanze - Agenzia del demanio promuove, anche ai sensi della presente legge, iniziative idonee per la costituzione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di società, consorzi o fondi immobiliari».

Il trasferimento alle società o l'inclusione nelle iniziative concordate ai sensi del presente articolo non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti. Alle iniziative presenti all'interno dell'Articolo 33 bis, viene applicata la disciplina prevista dal codice civile, ovvero le disposizioni generali sui fondi comuni di investimento immobiliare.

Dopo l'articolo 3 bis del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351 convertito, con modificazioni dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, è stato aggiunto un ulteriore Articolo, l'Articolo 33 ter il quale stabilisce, al Comma 1 che l'attività dei Comuni, Città metropolitane, Province, Regioni e dello Stato, anche ai fini dell'attuazione del presente articolo, si ispira ai principi di cooperazione istituzionale e di copianificazione, in base ai quali essi agiscono mediante intese e accordi procedimentali, prevedendo, tra l'altro, l'istituzione di sedi stabili di concertazione al fine di perseguire il coordinamento, l'armonizzazione, la coerenza e la riduzione dei tempi delle procedure di pianificazione del territorio.

Il D.l. 201/2011 (c.d. Decreto "salva Italia"), contiene quindi prime importanti misure legislative per il rilancio delle infrastrutture, che incidono

su tutti i principali capitoli in cui si snoda la realizzazione di un'opera: dalla programmazione alla progettazione, dal finanziamento alla regolazione, dal controllo al monitoraggio, fino agli strumenti finanziari e agli incentivi fiscali. Si passa così dalla logica emergenziale delle deroghe e dei commissari straordinari, tipica della legislazione precedente, a quella ordinaria della rivisitazione puntuale della disciplina di settore. L'operatività e l'efficacia delle misure sono comunque strettamente legate all'attuazione che se ne farà: è necessario, quindi, che all'iniziativa legislativa faccia seguito una pronta e coerente azione amministrativa.⁵⁴

Le innovazioni introdotte sul piano della definizione delle priorità interessano sia i criteri che le procedure, perseguendo l'obiettivo di meglio orientare e razionalizzare l'azione pubblica. Quanto ai criteri, l'art. 41, c. 1 (innovando l'art. 161, c. 1-bis, 1-ter del Codice dei contratti pubblici) stabilisce che, nell'ambito del programma delle infrastrutture strategiche, il "Documento di finanza pubblica" (o meglio il Documento di economia e finanza pubblica) individua l'elenco delle priorità sulla base di tre criteri generali: i due già previsti nella normativa previgente (vale a dire, stato di avanzamento procedurale e possibilità di prevalente finanziamento privato) e quello nuovo costituito dalla coerenza con l'integrazione con le reti europee e territoriali. Strettamente collegato alle priorità vi è poi il tema degli studi di fattibilità: ciò non solo perché dalla loro qualità dipende la corretta valutazione e impostazione del progetto, ma anche perché tali strumenti dovrebbero essere impiegati per supportare sul piano tecnico la stessa individuazione delle opere preminenti.⁵⁵

Con le riforme del Decreto "salva Italia", vengono introdotte prime importanti misure legislative volte a superare alcuni dei principali ostacoli alla realizzazione delle infrastrutture, favorendo il coinvolgimento dei capitali privati. La novità di maggior rilievo è la logica di fondo, presente a tali riforme; infatti non è più quella del passato di carattere emergenziale delle

⁵⁴ Cfr. A. Tonetti, *Il rilancio delle infrastrutture: il ritorno alle misure ordinarie*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* 3/2012, cit. p. 248.

⁵⁵ Cfr. A. Tonetti, *Il rilancio delle infrastrutture: il ritorno alle misure ordinarie*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* 3/2012, cit. p. 250.

deroghe, dei commissari straordinari e delle iniziative volte unicamente a ridurre i costi e i contributi pubblici, ma quella della rivisitazione puntuale della disciplina di settore, dell'affidamento delle procedure alle amministrazioni preposte e della inevitabile partecipazione finanziaria pubblica a completamento di quella privata.

2 – LE INFRASTRUTTURE COME BENE COMUNE

Le grandi infrastrutture sono concepite come un bene comune e dunque vengono gestite e finanziate principalmente dagli stati nazionali, rappresentando la vera molla della "libera impresa privata" nel settore realmente produttivo. Riducendo drasticamente i costi dell'energia e dei trasporti, e aumentando la qualità della forza lavoro con sanità e istruzione, si determina "il potenziale economico" necessario soprattutto in una depressione come quella attuale.

I beni comuni vengono definiti come un insieme di beni necessariamente condivisi. Sono beni in quanto permettono il dispiegarsi della vita sociale, la soluzione di problemi collettivi, la sussistenza dell'uomo nel suo rapporto con gli ecosistemi di cui è parte. Sono condivisi in quanto, sebbene l'esclusione di qualcuno o di qualche gruppo dalla loro agibilità sia spesso possibile ed anche una realtà fin troppo frequente, essi stanno meglio e forniscono le migliori qualità quando siano trattati e quindi anche governati e regolati come beni "in comune", a tutti accessibili almeno in via di principio.⁵⁶

Sulla base di questa definizione, se le infrastrutture, rientrano all'interno della categoria dei beni comuni, dobbiamo chiederci quali sono i servizi e le infrastrutture che accrescono la qualità della vita urbana, mettono la persona in condizione di condurre un'esistenza degna di essere vissuta o la rendono più libera di muoversi e le consentono di condividere o coltivare stili

⁵⁶ Definizione di U. Mattei, *I beni comuni presi sul serio*, in "Labsus.org", 32 Maggio 2010, sostenuta da C. Iaione, *Città e beni comuni*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, 2012, cit. p. 111.

di vita più coerenti con la propria sensibilità individuale e con quella di chi vive nel medesimo spazio di vita. La risposta la troviamo negli spazi e servizi urbani di interesse comune. Essi, infatti, soddisfano numerosi bisogni del vivere in città perché sono funzionali al benessere delle comunità, come all'esercizio individuale del diritto di cittadinanza (qualità della vita e del lavoro, socialità, mobilità, svago ecc.).

Tuttavia, oggi i beni comuni, vivono una profonda crisi, determinata da due fattori. In primo luogo si fa riferimento al deficit e del declino degli spazi pubblici o collettivi (e di conseguenza delle infrastrutture) tanto nelle periferie, quanto nelle aree centrali, sia per quanto concerne la loro realizzazione che la loro manutenzione. I vincoli sempre più stringenti ai bilanci degli enti locali, imposti dalla disciplina comunitaria in materia di patto di stabilità e derivanti dalla dimensione del debito pubblico italiano, hanno indotto gli enti locali a ridurre i propri interventi a favore dei bisogni della comunità. All'interno di queste problematiche risiede anche spiegazione dell'intervento, sempre più consistente, da parte dei soggetti privati nel settore delle infrastrutture, per la realizzazione della così detta "valorizzazione in senso economico e sociale"⁵⁷. In secondo luogo si sta assistendo sempre più alla graduale disaffezione e disattenzione dei cittadini verso gli spazi pubblici e urbani in quanto percepiti come luoghi di nessuno. In definitiva, nella nozione di beni comuni (urbani) rientrano tutti quegli spazi e servizi che siamo abituati a considerare "beni comuni locali" o "beni di comunità", intesi come spazi o servizi di tutti e quindi spazi e servizi comuni, pubblici perché prevalentemente affidati alla custodia di qualche amministrazione pubblica. Ma non è detto che la titolarità formale debba essere esclusivamente pubblica. Le infrastrutture, anche se considerate beni comuni, possono essere gestite e realizzate da privati. La natura "comune" delle infrastrutture deriva dal loro essere strettamente connessi a identità e

⁵⁷ Cfr. L. Mercati, *La collaborazione pubblico - privato nella gestione e nei processi di valorizzazione del patrimonio pubblico*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, p. 481 ss.

cultura di un territorio per il loro esser direttamente funzionali allo svolgimento della vita sociale delle comunità.

Questa conclusione sembra essere stata accolta sia dai giusprivatisti che dalla Suprema Corte di Cassazione. Con decreto del 21 Giugno 2007, il Ministero della Giustizia istituì una commissione di studio (Commissione Rodotà) per elaborare una proposta di modifica delle disposizioni del Codice Civile in materia di beni pubblici. All'esito dei lavori la Commissione presentò in Senato un disegno di Legge Delega che, tuttavia, non venne mai discusso. In questo disegno di legge venne data la definizione di "beni comuni": «... che non rientrano stricto sensu nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati. Ne fanno parte, essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate. Vi rientrano, altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali».

Anche la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza 14 Febbraio 2011, n. 3665, ha affermato che dagli artt. 2, 9, 42, della Costituzione è possibile ricavare il principio della tutela della personalità umana, il cui corretto svolgimento avviene non solo nell'ambito dei beni demaniali o patrimoniali dello Stato, ma anche nell'ambito di quei beni che «indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività».

All'interno di questo sistema, un ruolo fondamentale viene rivestito dalle Fondazioni di Origine Bancaria. Esse hanno infatti bene interpretato il ruolo di "soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali" (Corte Costituzionale sent. 300/2003) e hanno rivestito le responsabilità di investitori istituzionali nell'innovazione sociale a livello locale. Le Fondazioni quindi devono farsi promotrici di piani locali di manutenzione civica delle

infrastrutture nonché svolgere un'azione di moral suasion nei confronti del decisore pubblico locale affinché approvi la regolamentazione attuativa necessaria a conferire effettività e operatività al modello di governance da esse perseguito.

Tuttavia, non si può fare a meno dei poteri pubblici o delle loro risorse economiche e amministrative. Infatti, il venir meno dei soggetti pubblici pregiudicherebbe la capacità di utilizzare quelle risorse aggiuntive per la cura delle infrastrutture.

3 - I SOGGETTI PUBBLICI E PRIVATI PER FINANZIARE LE INFRASTRUTTURE

La collaborazione tra il settore pubblico e privato è un fenomeno noto e non recente, in quanto da sempre il diritto delle amministrazioni pubbliche contiene dinamiche e percorsi attraverso i quali si ha un totale coinvolgimento degli operatori economici privati o singoli nella realizzazione di compiti non egoistici ma di rilievo per la collettività. Rispetto al passato, gli strumenti di collaborazione più tradizionali sono stati affiancati a molti altri strumenti, moltiplicando e intensificando le ipotesi collaborative.

Generalmente per collaborazione si intende quel rapporto che genera una cooperazione tra il pubblico ed il privato, quando su indicazione legislativa o per convenienza pratica gli interessi di entrambi si incrociano nello svolgimento in comune dell'attività di rilevanza pubblica.⁵⁸ Tuttavia la moltiplicazione delle ipotesi di relazioni tra il pubblico e il privato porta il secondo ad intervenire influenzando l'attività istituzionale svolta dal primo.

Tutto ciò deriva anche dalla conseguenza che, oggi, la distinzione tra pubblico e privato è sempre più sfumata e dietro ai rapporti collaborativi dei due soggetti si nascondono grosse difficoltà a definire esattamente l'area di appartenenza di un determinato settore di intervento pubblico.

⁵⁸ Cfr. G. Piperita, *Introduzione. La collaborazione pubblico - privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, cit. p. 6.

Infatti, è in atto una profonda rivisitazione della sfera pubblica rispetto a quella privata e da ciò possono sorgere delle “zone grigie” dove i vari modelli non attuano più la netta distinzione tra un soggetto e l’altro, bensì assicurano la compresenza di entrambi quasi a unificarli⁵⁹. La relazione che si viene a creare tra il soggetto pubblico e quello privato fa sì che il primo debba provvedere ad assolvere ad un compito pubblico utilizzando le prestazioni rese dal secondo dietro corrispettivo o altra utilità. Si tratta di un rapporto sinallagmatico⁶⁰, in quanto è sempre il soggetto pubblico che rimane titolare dell’attività e responsabile di quanto compiuto, pur avvalendosi dei servizi del privato per portare a termine la sua missione. Si pensi, ad esempio a tutte quelle forme di convenzionamento tra Pubbliche Amministrazioni e imprese private (nel c.d. terzo settore) che, pur basandosi su rapporti di scambio generano dei rapporti collaborativi, i quali in parte giustificano un’inclinazione verso il principio di concorrenza.

Sia l’ordinamento nazionale, che europeo, hanno da sempre regolato forme di collaborazione tra pubblico e privato, le quali presentano come obiettivo quello di compiere un comune intervento di rilevanza pubblica. Infatti, il diritto italiano consente alle amministrazioni pubbliche di assolvere direttamente uno specifico compito o, in alternativa, decidere di affidarlo a terzi attraverso formule più o meno collaborative.

Sulla base di questi elementi, il legislatore italiano, è intervenuto più volte al fine di fornire un quadro normativo ai rapporti di collaborazione o di regolare direttamente singoli strumenti di cooperazione. A tal proposito nel D.lgs. n. 163/2006, Articolo 3, comma 15 - *ter*⁶¹ (articolo che fornisce la

⁵⁹ Si pensi ad esempio alla società mista nel settore dei servizi pubblici locali dove non vi è solo la bontà di un modello organizzativo. Tale duplicità trova il suo fondamento nell’incertezza legislativa mostrata nell’attribuire al soggetto pubblico o a quello privato il potere esclusivo di intervento in tali mercati.

⁶⁰ Quindi un rapporto corrispettivo tra prestazione e controprestazione. Cfr. G. Devoto, G. C. Oli, Dizionario della lingua italiana, cit. p. 1844.

⁶¹ L’articolo stabilisce che «Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo

definizione dei contratti di partenariato pubblico e privato), è stato inserito il contratto di partenariato pubblico privato, istituito all'interno del quale convivono numerosi strumenti di collaborazione per lo svolgimento di compiti pubblici.

Altro settore nel quale si devono registrare recenti interventi legislativi di regolazione di ipotesi e strumenti di collaborazione pubblico – privato è quello dei servizi pubblici, in riferimento soprattutto a quelli locali. La società mista pubblico – privato rappresenta lo strumento che più di ogni altro ha consentito di rilanciare la gestione di attività imprenditoriali, tradizionalmente a monopolio pubblico, e favorire l'incontro tra portatori di differenti esperienze e competenze operative.

Di recenti sono state introdotte nuove disposizioni normative al fine di regolare i caratteri di tali figure. In particolare, si fa riferimento all'Articolo 23 – *bis*, D.l.25 Giugno 2008, n. 112, convertito in Legge il 6 Agosto 2008, n. 133, il quale ha previsto che le società miste possono essere incaricate per lo svolgimento di un servizio pubblico locale, ma a condizione che siano state costituite selezionando il socio privato e con una gara avente ad oggetto la qualità di socio, l'attribuzione di specifici compiti operativi diretti alla gestione del servizio; inoltre si stabilisce che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

La privatizzazione del patrimonio pubblico, è un tema ritenuto di particolare importanza dal legislatore. Ne è la prova il fatto che fin dalla Legge n. 407 del 1989 (Legge Finanziaria per il 1990) si era prevista la vendita dei beni immobili patrimoniali dello Stato con il prioritario intento di attivare flussi finanziari che avrebbero dovuto consentire un contenimento del disavanzo del bilancio statale. Inoltre, in quella occasione erano state

esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.»

scritte nel bilancio le previsioni relative alle entrate delle alienazioni e della gestione dei beni patrimoniali seppur se ne fosse demandata la realizzazione effettiva all'approvazione di un disegno di legge mai approvato. I modelli di privatizzazione del patrimonio pubblico hanno sempre oscillato tra l'alienazione diretta ad opera dell'amministrazione statale, magari con l'ausilio di società per la gestione della dismissione, e quella mediante società per azioni sia in mano pubblica che in mano privata, cui è affidata la gestione dei fondi istituiti con apporto di beni immobili.⁶²

Premesse queste brevi considerazioni di carattere generale, dobbiamo sottolineare che il coinvolgimento del settore privato nella realizzazione e gestione di infrastrutture di pubblica utilità e nell'erogazione di servizi di interesse economico generale, costituisce da tempo tema cruciale nelle scelte di politica economica del Paese, in particolar modo per gli investimenti pubblici. Le indicazioni programmatiche contenute nei più recenti Documenti di Programmazione Economica - Finanziaria ne sono la prova⁶³. Anche gli interventi del legislatore hanno contribuito a fornire un quadro giuridico il più completo possibile nel tentativo di incentivare il ricorso a forme di

⁶² Per un maggiore approfondimento cfr. G. Colombini, *Privatizzazione del patrimonio pubblico*, in M. A. Cabiddu, *Modernizzazione del Paese, politiche opere servizi pubblici*, 2005, p. 107 ss.

⁶³ Si fa riferimento in proposito al Dpef per gli anni 1999 - 2001 affermava che «un programma di interventi di tale entità non essere finanziato integralmente a carico dello Stato. Appare dunque necessario ricorrere a forme di realizzazione che sfruttino le risorse pubbliche disponibili, il cofinanziamento europeo, il ricorso alla finanza di progetto in modo integrato con i privati, così da consentire l'utilizzo contestuale dei diversi canali di finanziamento [...]». In maniera più decisa, il successivo Dpef 2000 - 2003 afferma che «il coinvolgimento dei privati nell'attività di finanziamento, realizzazione e gestione di infrastrutture di servizi di utilità pubblica costituisce una priorità [...]. Il ricorso a questo strumento può incentivare un miglioramento nella qualità progettuale e assicurare una contrattualizzazione più adeguata dei servizi per la gestione e la manutenzione delle opere, da cui dipende largamente la loro utilità sociale». Si deve inoltre segnalare il Dpef 2001 - 2003 il quale afferma che «Le nuove procedure di Project Financing saranno definite nel disegno di legge finanziaria». Il Dpef per gli anni 2002 - 2006 ritiene che «il Governo anche attraverso un efficace coordinamento tra gli organi dello Stato e le Regioni interessate, intende utilizzare lo strumento innovativo della Legge Obiettivo per colmare l'attuale deficit politico e giuridico in questo campo e attirare capitali privati nella forma del Project Financing [...]». Da ultimo va segnalato il Dpef per gli anni 2004 - 2007 secondo cui «nel quadro delle azioni europee per la crescita andrà in particolare aumentata la capacità di leva sul mercato, attraverso strumenti come la fornitura di garanzie per progetti PPP, la partecipazione in fondi di investimento infrastrutturale e di Project Financing nonché le operazioni di finanza strutturata».

collaborazione tra il settore pubblico e quello privato per la realizzazione di infrastrutture.

Le opere pubbliche in Italia sono programmate e finanziate tramite diversi programmi di spesa che coinvolgono tutti i livelli di governo e varie fonti di finanziamento. Le principali fonti di finanziamento nazionale sono quelle che si riferiscono alla legge obiettivo, al Fondo infrastrutture e al Fondo aree sottoutilizzate (Fas), cui si aggiungono le risorse comunitarie dei Fondi strutturali. A livello di programmazione, invece, tra gli strumenti più importanti nel settore delle infrastrutture il Programma delle infrastrutture strategiche (legge obiettivo), a cui si aggiungono il programma nazionale Reti e mobilità 2007-2013 e i programmi regionali dei fondi strutturali e Fondo aree sottoutilizzate (Fas) 2007-2013.⁶⁴

Due sono gli istituti che svolgono un ruolo fondamentale nel finanziamento alle infrastrutture da parte di soggetti pubblici e privati. Si fa riferimento in particolare al Project Financing e al Partenariato Pubblico Privato⁶⁵.

Il Partenariato Pubblico Privato (PPP)⁶⁶ consiste in una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato. Il ricorso al PPP, attraverso le sue diverse metodologie attuative, può in linea generale, essere richiamato in tutti quei casi in cui il settore pubblico intenda realizzare un progetto che coinvolga un'opera pubblica, o di pubblica utilità, la cui progettazione, realizzazione, gestione e finanziamento sono affidati al settore privato. La prima codificazione di contratto di partenariato pubblico – privato in Italia, si ha con l'Articolo 3, Comma 15 – *ter*, del D.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 (introdotto dall'Articolo 2, Comma 1, Lett. a), del D.lgs. n. 152/2008 e dall'Articolo 44, comma 1, lett. b), legge n. 27/2010) il quale definisce il contratto di partenariato pubblico privato. L'Articolo afferma che

⁶⁴ Per un maggior approfondimento sugli investimenti nei vari settori intervento, Cfr. AA.VV., a cura di C. De Vincenti, *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, 2012.

⁶⁵ Entrambi gli istituti verranno disciplinati in maniera più approfondita nelle pagine seguenti.

⁶⁶ Per una ricostruzione storica e per approfondimenti sul tema del PPP cfr. A. Di Giovanni, *Il contratto di Partenariato Pubblico Privato tra sussidiarietà e solidarietà*, in *Diritto dell'Economia*, Collana diretta da E. Picozza e R. Lener, 2012, p. 1 ss.

« Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat». Come possiamo osservare, il legislatore, non ha fornito una definizione di carattere giuridico (come per le altre contenute nell'Articolo 3), ma si è limitato ad utilizzare una formula riassuntiva con un elenco dei contratti che rientrano in tale categoria. Per questo motivi all'interno del partenariato pubblico privato sono stati ricondotti istituti e contratti non contemplati dal legislatore.⁶⁷

⁶⁷ Cfr. T. Bonetti, *Le società di sperimentazione gestionale*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - provato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, p. 335 ss.; A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - provato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, p. 393 ss.; F. Dallari, *Le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - provato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, p. 415 ss.; M. Renna, *Le sponsorizzazioni*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - provato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, p. 521 ss.; G. Santi, *Il global service*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - provato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, p. 6 ss.; L. Mercati, *Il trust*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - provato e l'ordinamento*

In dottrina si discute se il PPP sia solo un principio giuridico vero e proprio oppure uno schema ricostruttivo del valore classificatorio.⁶⁸ Tuttavia, considerando che la definizione data dal legislatore sia insufficiente, si ritiene che sia un contratto vero e proprio in quanto consiste nella realizzazione ad opera della parte pubblica e del partner privato di un obiettivo comune.⁶⁹

Quindi all'interno di questa categoria vi rientrano sicuramente il contratto di disponibilità, il contraente generale, la società mista, il Project Financing, ma non il contratto di appalto e la locazione finanziaria in quanto solo apparentemente sono operazioni di PPP, nelle quali lo spostamento e l'inquadramento dei compiti di ciascun partner comporta il rischio opposto a quello che il partenariato intende perseguire. In queste forme negoziali, la parte pubblica assume l'aleatorietà del contratto, restando in capo al privato solo prestazioni ed adempimenti di rendimento certo.

A livello europeo, l'attenzione dell'Unione per il PPP è nata dalla necessità di rientrare nel campo comunitario, alcune fattispecie che si sono diffuse all'interno degli Stati membri. Uno di questi è il sistema di Private Finance Iniziative nato nel Regno Unito ed in Irlanda agli inizi degli anni '70, consistente nell'affidamento ad una impresa privata di un contratto globale, avente ad oggetto la progettazione, il finanziamento, la costruzione, la gestione e la manutenzione dell'opera, al fine di soddisfare le esigenze di contenimento del debito pubblico.

In linea teorica il Project Financing nasce come tecnica di finanziamento alternativa al tradizionale finanziamento di impresa (del quale si differenzia in quanto ha per oggetto non tanto la valutazione dell'equilibrio economico – finanziario dell'impresa, quanto la valutazione dell'equilibrio economico – finanziario di uno specifico progetto legato ad un determinato

amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme, 2011, p. 675 ss.

⁶⁸ Cfr. F. Cortese, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico – privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, cit., p. 39.

⁶⁹ Cfr. A. Di Giovanni, *Il contratto di Partenariato Pubblico Privato tra sussidiarietà e solidarietà*, in *Diritto dell'Economia*, Collana diretta da E. Picozza e R. Lener, 2012, p. 79 ss.

investimento), giuridicamente ed economicamente indipendente ed autonomo dalle altre iniziative delle imprese che sono incaricate di realizzarlo. Il soggetto quindi che eroga il finanziamento, valuta l'insieme delle attività e passività dell'impresa che richiede il finanziamento.

Il legislatore ha inserito la finanza di progetto nei contratti di PPP in quanto sembra possedere i requisiti che costituiscono tale contratto: l'oggetto (una o più prestazioni quali progettazione, costruzione, gestione, manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, fornitura del servizio), il finanziamento (a carico dei privati), i rischi (assegnati al privato).

Questi brevi cenni relativi al Project Financing e al PPP, tuttavia, non soddisfano l'analisi dell'intervento privato nella realizzazione di un'infrastruttura di pubblica utilità o nell'erogazione di un servizio di interesse generale. Dobbiamo, infatti, prendere in considerazione due elementi di assoluto rilievo: la ripartizione della gestione dei rischi tra settore pubblico e privato (c.d. *risk allocation* e *risk transfer*) e l'ottimizzazione dei costi per il settore pubblico da intendersi, quest'ultima, non solo come costo effettivo di realizzazione dell'infrastruttura, ma anche la gestione della stesa in funzione dei servizi da erogare nei confronti dell'utenza (*value for money*).⁷⁰

Facendo riferimento al primo elemento, dobbiamo osservare che un'impostazione corretta di un'operazione di coinvolgimento del settore privato nella realizzazione e gestione di un'iniziativa infrastrutturale non deve prescindere da una accurata attività di identificazione dei rischi ad essa collegati. Infatti l'importanza del fattore di rischio all'interno di un'operazione complessa come questa è facilmente intuibile dal momento che il verificarsi degli eventi di rischio ha effetto diretto in termini di conseguenze economiche sia nei confronti del soggetto pubblico sia del soggetto privato.

⁷⁰ Cfr. G. Pasquini, *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in M. A. Cabiddu, *Modernizzazione del Paese, politiche opere servizi pubblici*, 2005, cit. p. 60.

Per quanto riguarda il secondo elemento, emerge come la valutazione di convenienza economica dell'operazione da parte della PA, sia un tema di rilevante importanza; importanza che invece non è stata invece recepita da parte del settore pubblico. Questa è la vera differenza tra l'ordinamento italiano e quello degli altri Paesi europei (in particolare i Paesi anglosassoni) dove si può, invece, osservare che lo sviluppo di metodi per effettuare tali verifiche sia di estrema utilità per il processo decisionale della Pubblica Amministrazione.⁷¹

Quindi, come possiamo osservare, l'intervento del soggetto privato per la realizzazione di infrastrutture di pubblica utilità, è sempre più frequente, trovando le sue ragioni principali nella scarsa disponibilità di risorse pubbliche per la loro realizzazione. Tuttavia, è necessario un lungo percorso che vede la maturazione culturale della Pubblica Amministrazione nella fase di individuazione dei fabbisogni a cui essa deve adempiere, nonché la valutazione dell'infrastruttura che si intende realizzare, attraverso un dialogo egualitario ed utile con il settore privato.

4.1 Il ruolo delle Fondazioni Bancarie

Le Fondazioni, sono presenti, sotto forma di Fondazioni Bancarie nel settore delle infrastrutture con partecipazioni importanti. Esse infatti agiscono all'interno di questo settore sia attraverso la Cassa Depositi e Prestiti, della quale sono un socio di importante minoranza, sia attraverso la partecipazione a iniziative comuni di investimento attuate tramite fondi immobiliari o specializzati, ad esempio, nelle operazioni di venture capital o di private equity.

Infatti, il D.lgs. 17/5/1999, n. 153, art. 1, comma 1, lettera c-bis), e D.lgs. 12/4/2006, n. 163, artt. 153, comma 2, e 172, comma 6, definiscono puntualmente gli ambiti di intervento nei quali le Fondazioni possono

⁷¹ In particolare si fa riferimento al c.d. Public Sector Comparator, cioè un modello di analisi che permette di valutare quale sia la soluzione più conveniente per la Pubblica Amministrazione, attraverso una simulazione dei costi totali che si potrebbero verificare con una soluzione piuttosto che un'altra.

esclusivamente operare, individuando i 21 “settori ammessi”; all’interno di questi settori troviamo la “realizzazione di infrastrutture”⁷².

Le Fondazioni, dotandosi di strumenti di selezione e valutazione e definendo per bandi e progetti di rete i criteri specifici di ammissibilità delle richieste, rivolgono maggiore attenzione alle ricadute occupazionali dei progetti, puntando alla crescita e al rafforzamento dei contesti fertili e innovativi, accogliendo e favorendo le proposte provenienti dalla fasce più giovani, contribuendo così allo sviluppo economico locale.

Diventa quindi fondamentale il legame con il territorio in quanto, le Fondazioni possono rapportarsi con gli altri soggetti pubblici e privati che vi operano.

Un altro elemento di forte caratterizzazione nella scelta strategica e operativa delle Fondazioni è la focalizzazione su progetti che abbiano un forte impatto sociale ed economico per il territorio e che vedano la collaborazione e il coinvolgimento di più soggetti e istituzioni pubbliche e private. La collaborazione con le istituzioni locali è frutto di un’intensa attività di dialogo e concertazione attraverso la quale si identificano linee comuni di intervento coerenti con le istanze provenienti dalla collettività.

La scelta quindi è quella di puntare soprattutto all’efficienza gestionale ed economica, attraverso lo sviluppo ed il consolidamento di collaborazioni con le realtà economico - sociali, pubbliche, non profit o di mercato del territorio, al fine di far convergere interessi e ulteriori risorse su progetti articolati e di più ampio respiro. L’obiettivo è di mettere in funzione un sistema di rete che possa promuovere l’attivazione e la moltiplicazione di sinergie e risorse economiche, garantendo azioni stabili nel tempo, e che sia capace di assicurare il soddisfacimento dei bisogni culturali della comunità, nonché di cogliere potenzialità di sviluppo più generale da portare a vantaggio dell’area territoriale di riferimento.

Ad esaltare il profondo legame delle Fondazioni con il territorio di riferimento, sono i c.d. “distretti culturali”, cioè l’azione svolta, in alcuni

⁷² Cfr. *Diciassettesimo rapporto sulle Fondazioni di Origine Bancaria*, in www.acri.it.

contesti territoriali, con cui si punta a favorire l'integrazione tra l'offerta culturale, artistica e ambientale, le infrastrutture e la rete di servizi e attività produttive locali.

Un distretto nasce e si sviluppa mediante un'estesa e attiva collaborazione tra i diversi operatori pubblici e privati: in questo le Fondazioni dimostrano di saper svolgere un importante ruolo di soggetti catalizzatori, mettendo a frutto la propria capacità operativa.

Gli interventi più tipici del comparto sono tesi alla valorizzazione di aree urbane, al miglioramento delle infrastrutture territoriali (ad esempio reti viarie e sistemi di telecomunicazioni). Si tratta di opere pubbliche generalmente di grande rilievo economico, alle quali le Fondazioni concorrono in partnership con i soggetti pubblici che detengono la piena competenza istituzionale per la loro realizzazione.

Sulla base dei sondaggi condotti attraverso le informazioni contenute nei bilanci d'esercizio 2010⁷³, possiamo osservare, rispetto al 2009, un incremento del settore relativo allo sviluppo locale derivante da un maggior investimento in fondi collegati ai versamenti delle quote sottoscritte effettuati nel 2010 dalle Fondazioni nel Fondo F2i, nel Fondo Microfinanza e in altri come il FIP – Fondi immobili pubblici.

Le Fondazioni, oltre ad avere una partecipazione azionaria nella CDP, detengono diffuse partecipazioni in società che hanno forti legami con il territorio di riferimento e operano per lo sviluppo economico dello stesso. Sono, per lo più, società che gestiscono le infrastrutture come le autostrade (circa 769 milioni di euro ripartiti fra le più importanti: Atlantia S.p.A. a livello nazionale; a livello regionale l'Autostrada Torino Milano S.p.A., l'Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A., la Società per l'Autostrada di Alemagna (Mestre-Belluno) S.p.A. o gli aeroporti locali (oltre 52 milioni di euro per le società che gestiscono quelli delle città di Firenze, di Verona, di Pisa, di Treviso, di Venezia, di Sarzana), oppure le municipalizzate e le società a capitale misto pubblico-privato che operano nella distribuzione di energia

⁷³ Cfr. *Diciassettesimo rapporto sulle Fondazioni di Origine Bancaria*, Tabelle, p. 200 ss.

(gas e elettricità, quali ad esempio Delmi S.p.A., Enia S.p.A., A2A S.p.A., SnamRetegas Spa, Terni Energia S.p.A. e, a livello locale, tra le altre, la Dolomiti Energia S.p.A., la IRIS - Isontina Reti Integrate e Servizi S.p.A., che insieme ad altre sommano un investimento complessivo di 267 milioni di euro).

Il tutto si deve svolgere, in coerenza con la pianificazione degli Enti Locali e con l'obiettivo di attivare un processo partecipativo che abbia come fine la realizzazione di infrastrutture strategiche fondamentali per il territorio.

4.2 Il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti

La Cassa Depositi e Prestiti ricopre un ruolo fondamentale nel settore delle infrastrutture, sollecitando da più anni, il proseguimento del cammino federale. Tutto ciò può apparire inopportuno, vista la crisi economica che sta caratterizzando il nostro Paese da più anni. Tuttavia esiste un filo conduttore che collega il consolidamento dei conti, e il rilancio degli investimenti infrastrutturali e della crescita.

Attraverso questo filo conduttore di policy congiunturale e strutturale, il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti si è notevolmente rinnovato e per descriverlo è utile partire da due decreti, attuativi della Legge n. 42/2009 riguardanti gli investimenti per perequare il gap infrastrutturale tra i territori e per rimuovere gli squilibri economico sociali territoriali. Si fa riferimento al Decreto Legislativo n. 88 del 31 Maggio 2011 ("Disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali")⁷⁴ e al Decreto del Ministero dell'economia e

⁷⁴ Il provvedimento definisce le modalità per la destinazione e l'utilizzazione di risorse aggiuntive alle Regioni e agli enti locali e provvede ad indicare le azioni necessarie per individuare ed effettuare interventi speciali finalizzandoli alla promozione dello sviluppo economico del Paese e alla rimozione degli squilibri economici, sociali, istituzionali e amministrativi. Lo strumento finanziario per queste attività sarà il Fondo per lo sviluppo e la coesione, destinato progressivamente a sostituire l'attuale Fondo per le aree sottosviluppate (FAS); lo strumento giuridico, invece, sarà costituito da un contratto di sviluppo stipulato tra il Governo e le Regioni e nel quale sono individuati gli interventi o le categorie di interventi

delle Finanze del 26 Novembre 2010 (“Disposizioni in materia di perequazioni infrastrutturale, ai sensi dell’Articolo 22 della Legge 5 Maggio 2009n. 42”)⁷⁵.

Questi decreti (soprannominati “Decreti Gemelli”⁷⁶) sono deputati ad accompagnare la convergenza agli standard di spesa corrente delle Regioni, Province e Comuni, favorendo il riassorbimento o la riduzione del gap infrastrutturale, creando condizioni di partenza omogenee all’interno del territorio. Tuttavia entrambi i decreti non hanno specificato le fonti di finanziamento, creando incertezza nel percorso da intraprendere per il raggiungimento degli obiettivi da perseguire.

Ecco che un ruolo da protagonista viene svolto dalla Cassa Depositi e Prestiti la quale, sin dalla sua costituzione, supporta gli investimenti pubblici. Un’attività che è finanziata attraverso la Raccolta postale e che è qualificata come “servizio di interesse economico generale” e che pertanto viene svolta in assoluta trasparenza, accessibilità e uniformità di trattamento. Per supportare a condizioni concorrenziali l’attività di finanziamento dei progetti di investimento infrastrutturale di soggetti privati operanti nel settore dei servizi pubblici, CDP utilizza lo strumento delle obbligazioni semplici collocate privatamente presso investitori istituzionali. L’attività di raccolta mediante “Euro Medium Term Notes” - quotati alla Borsa di Lussemburgo - è

da effettuare su base regionale, prevedendo una specifica tempistica di realizzazione degli stessi e meccanismi sanzionatori nel caso di inadempienze.

⁷⁵ L’Articolo 1 del Decreto afferma che « Il presente decreto e’ diretto a disciplinare in sede di prima applicazione, ai sensi dell’art. 22 della legge 5 maggio 2009, n. 42 in conformità al quinto comma dell’art. 119 della Costituzione, la ricognizione degli interventi infrastrutturali, propedeutica alla perequazione infrastrutturale, riguardanti le strutture sanitarie, assistenziali, scolastiche nonché la rete stradale, autostradale e ferroviaria, la rete fognaria, la rete idrica, elettrica e di trasporto e distribuzione del gas, le strutture portuali ed aeroportuali, nonché i servizi afferenti al trasporto pubblico locale e il collegamento con le isole. La ricognizione e l’individuazione degli interventi infrastrutturali sono mirate al recupero del deficit infrastrutturale del Paese nella fase transitoria e sono attuate in coerenza con l’azione strutturale a sostegno delle aree sottoutilizzate per la rimozione degli squilibri economici e sociali mediante risorse aggiuntive e l’effettuazione di interventi speciali regolati ai sensi dell’art. 16 della medesima legge 5 maggio 2009, n. 42.»

⁷⁶ Dal momento che entrambi si sovrappongono nelle finalità; fanno riferimento alle medesime fonti di finanziamento e contraddicono quello stesso principio di concentrazione delle risorse per obiettivi e per territori che vorrebbero formalmente perseguire. Cfr. F. Pammolli, N. Salerno, *Cassa DDPP e universalismo selettivo: contro la crisi per il rilancio degli investimenti*, in CERM 2011, cit. p. 3.

iniziata nel 2005. Al fine di soddisfare le esigenze di provvista della gestione ordinaria, il Cda del 27 giugno 2012 ha deliberato l'ampliamento dell'importo complessivo massimo del Programma EMTN di Cassa depositi e prestiti SpA da 4 miliardi a 8 miliardi di euro.

La CDP viene considerata il catalizzatore dello sviluppo delle infrastrutture del Paese. Interviene direttamente, supportando i progetti e le opere di interesse pubblico e finanziando le aziende o società di progetto per investimenti destinati alla fornitura di servizi pubblici. Interviene anche indirettamente, sostenendo finanziariamente i piani d'investimento della Pubblica Amministrazione.

Inoltre perseguendo finalità di pubblico interesse, si posiziona come operatore finanziario in regime privatistico a supporto della realizzazione di progetti infrastrutturali⁷⁷ di interesse nazionale e locale per lo sviluppo del Paese, facendo affidamento sulla solidità del proprio patrimonio. Con la trasformazione in Società per Azioni, avvenuta nel 2003, la CDP ha integrato la tradizionale attività di sostegno finanziario diretto agli Enti con il finanziamento di opere destinate alla fornitura di servizi pubblici a carattere locale con lo scopo di minimizzare il rischio di redditività dell'operatore di mercato.

Svolgendo il duplice ruolo di operatore di mercato e di operatore di lungo periodo, la Cassa persegue l'obiettivo di essere il soggetto di riferimento al servizio degli Enti pubblici agendo in maniera parallela agli altri finanziatori del settore privato (sistema bancario, in particolare) per finanziare investimenti in opere e infrastrutture che presentano un'adeguata sostenibilità sia sotto il profilo del valore economico di lungo periodo che di quello di ritorno finanziario compatibile con il mercato. Quindi la Cassa viene considerata come un punto di raccordo tra la volontà della PA di realizzare le

⁷⁷ Alle infrastrutture nel corso del 2012 sono state destinate risorse per circa 3 miliardi di euro, rispetto ai 2,2 miliardi di euro del 2011, prevalentemente nei settori del gas, delle multi-utilities e delle autostrade. Si considerino di notevole importanza anche le ulteriori operazioni deliberate, e, tra i principali beneficiari, si ricordano: Autovie Venete, Concessioni Autostradali Venete, BreBeMI, Austostrade Spa, Traforo Frejus, Tramvia di Firenze, Gasdotti, Reti metropolitane di Roma e Milano. Nel settore delle infrastrutture vanno menzionati anche gli investimenti dei fondi equity partecipati da CDP, sia in Italia (attraverso F2i), sia all'estero (attraverso i fondi Marguerite e InfraMed).

proprie decisioni programmatiche senza gravare sul debito pubblico e l'interesse degli investitori privati a partecipare a questi interventi infrastrutturali. In questo contesto la Cassa Depositi e Prestiti intende sostenere gli investimenti locali di social housing , offrendo consulenza agli Enti per la valorizzazione del patrimonio immobiliare. La Cassa intende organizzarsi per selezionare e monitorare gli investimenti di social housing in modo efficace, affinché siano realizzati nei tempi previsti.

In questo ruolo la CDP ha l'obiettivo di rafforzare la sua posizione di operatore di riferimento per tali Enti (considerati come la tipologia principale di clientela della CDP). Inoltre sostiene gli investimenti e i servizi immobiliari con l'utilizzo della raccolta postale, agendo come investitore diretto in fondi per lo sviluppo di iniziative infrastrutturali. In questo ruolo la CDP facilita la realizzazione di infrastrutture e opere pubbliche che presentano i requisiti previsti dalla vigente normativa e che soddisfano la sostenibilità economica e finanziaria di ciascun progetto. Essa finanzia opere impianti, reti, e dotazioni destinate alla fornitura di servizi pubblici e alle bonifiche , utilizzando i fondi raccolti presso investitori istituzionali. In questo modo (attraverso l'utilizzo del Project Financing, Project Bond e Fondi private equity) agisce come un operatore di mercato per integrare l'offerta del sistema bancario.

Tuttavia, il ruolo che la Cassa svolge come finanziatore deve essere coerente, con gli obiettivi perseguiti dalla CDP. In particolare si fa riferimento: a) supporto e lo sviluppo del Paese con logiche soprattutto di lungo periodo; b) sostenibilità del business in termini economici e finanziari, con un ritorno ragionevole e sostenibile nel tempo e con un profilo di rischio ritenuto; c) tutela nel tempo di una forte reputazione di solidità e competenza presso gli operatori di mercato sia pubblici che privati; d) mantenimento di una struttura snella e flessibile.⁷⁸

⁷⁸ Per un maggior approfondimento cfr. Cassa Depositi e Prestiti Società per Azioni, Piano industriale 2009 – 2011.

4 - GLI STRUMENTI DELLA CASSA DEPOSITI E PRESTITI PER FINANZIARE LE INFRASTRUTTURE

Nell'ambito della nuova missione assegnata a CDP dal D.L. 185/08⁷⁹ (convertito con Legge 2/2009 "Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale"), il Ministro dell'economia e delle finanze ha definito le modalità attraverso le quali la Cassa agisce come strumento per finanziare interventi di interesse pubblico, realizzati con modalità che non facciano ricorso direttamente a risorse prelevate dai bilanci pubblici. L'aspetto innovativo consiste nella possibilità di finanziare attraverso la raccolta postale anche soggetti privati.

La CDP interviene, quindi, nel finanziamento delle Infrastrutture e delle Operazioni a sostegno dell'economia per agevolare iniziative che, per loro natura, sono in grado di generare rendimenti solo se il loro equilibrio economico finanziario viene analizzato nel lungo periodo. I principali beneficiari dei finanziamenti sono: concessionari o contraenti generali di lavori pubblici; società proprietarie o gestori di reti; società gestori o erogatori di servizi pubblici o di pubblica utilità; beneficiari di agevolazioni pubbliche o comunitarie; operazioni comprese in accordi con uno o più Paesi terzi o con istituzioni dell'UE o Stati membri della stessa; interventi cofinanziati dalla BEI. I finanziamenti sono diretti a operazioni che presentano un adeguato merito di credito e sostenibilità economico-finanziaria, accertati dalla CDP. Essa interviene, altresì, nella concessione di finanziamenti, sotto qualsiasi forma, ad aziende o società di progetto per investimenti destinati alla fornitura di Servizi pubblici. La CDP opera in tale ambito come istituzione finanziaria in concorrenza con il sistema bancario, utilizzando raccolta di mercato, derivante principalmente da appositi programmi di emissione di obbligazioni quotate sui mercati regolamentati e/o da raccolta bancaria o provvista BEI.

⁷⁹ D.l. 185/2008, Articolo 22.

La Cassa Depositi e Prestiti, infatti, negli ultimi anni, ha potenziato in maniera consistente il suo ruolo di motore della crescita nazionale introducendo nuovi strumenti finanziari a supporto dell'economia e delle infrastrutture. In particolare essa interviene sia attraverso il sistema dei finanziamenti, sia attraverso i Private Equity, con la partecipazione ai Fondi Comuni di Investimento (attraverso i quali, opera sia nel settore delle infrastrutture, sia delle PMI e del Social Housing).

4.1 I fondi comuni di investimento

I fondi comuni di investimento sono istituti di intermediazione finanziaria che hanno lo scopo di investire i capitali raccolti dai risparmiatori. Il fine è quello di creare valore, attraverso la gestione di una serie di asset, per i gestori del fondo e per i risparmiatori che vi hanno investito.

Il Decreto legislativo n. 58/98 definisce il fondo comune di investimento come «*il patrimonio autonomo, suddiviso in quote, di pertinenza di una pluralità di partecipanti gestito in monte*»⁸⁰.

I primi fondi comuni di investimento sono nati negli Stati Uniti (nello Stato del Massachusetts), nel 1924. Erano infatti presenti tutte le condizioni per il successo dell'iniziativa: il Paese si era affermato come grande potenza industriale e disponeva di un mercato di Borsa (New York Stock Exchange) che già allora era considerato tra i più importanti ed efficienti del mondo e poteva contare su molte grandi imprese e su una vasta schiera di investitori che si avevano già preso conoscenza di molti titoli mobiliari, rappresentativi sia di debito sia di capitale di rischio.⁸¹

In Gran Bretagna i primi fondi comuni (denominati Unit Trusts) nascono nel 1930 attraverso linee giuridico - tecniche analoghe a quelle

⁸⁰ D.lgs. 58/98, Articolo 1, Comma 1, Lett. j).

⁸¹ Lo sviluppo dei fondi comuni è stata altresì favorita dalla disponibilità di un istituto, il Trust, che consente ad una molteplicità di risparmiatori di affidare ad un soggetto giuridicamente separato e professionalmente qualificato di messi finanziari, singolarmente anche di modesta entità, perché siano investiti in titoli mobiliari per loro conto e nel loro interesse sulla base di un mandato fiduciario. Cfr. F. Cesarini, P. Gualtieri, *I fondi comuni di investimento*, 2005, cit. p. 24.

sviluppate negli Stati Uniti e vengono successivamente posti sotto controllo legislativo dal Prevention of Fraud (Investments) Act del 1939.

Diversa, invece, è l'evoluzione dei fondi comuni nei Paesi dell'Europa continentale, caratterizzati maggiormente dal peso prevalente delle banche nel finanziamento delle imprese e da una rilevante incidenza delle obbligazioni, emesse dallo Stato, nella ricchezza finanziaria delle famiglie. Infatti, in questi Paesi, i fondi comuni di investimento sono nati quasi sempre attraverso le politiche dei poteri pubblici per promuovere lo sviluppo dei mercati e per creare condizioni favorevoli alla crescita dell'economia.⁸²

A livello europeo, l'emanazione di alcune direttive comunitarie, in particolare la direttiva n. 85/611/Cee (che ha introdotto i Fondi Armonizzati) e le direttive n. 2001/107/Ce e n. 2001/108/Ce, e l'emergere dell'International Financial Centre di Dublino, hanno concorso a ridimensionare i vantaggi concorrenziali che il Lussemburgo aveva conseguito con la sua tempestiva azione nel settore del risparmio gestito⁸³.

Tuttavia, a seguito della crisi finanziaria nata nel 2007, i fondi comuni di investimento hanno subito forti ripercussioni. Si è verificato, infatti, il crollo dei valori degli strumenti finanziari collegati con i mutui subprime americani cui sono seguiti, in un quadro di elevata integrazione dei mercati, un progressivo contagio di altri prodotti strutturati nonché incertezze sulla solidità delle istituzioni finanziarie. La crisi si è drammaticamente aggravata col fallimento di Lehman Brothers nel settembre del 2008. La sfiducia degli

⁸² Si fa riferimento, in particolare, alla Francia che a partire dagli anni '50 ha perseguito la politica di arricchimento del tessuto finanziario con una serie di organismi e strumenti aventi tale finalità. Nel 1964, utilizzando l'istituto delle Società per Azioni, sono nate le Sicav (Sociétés d'investissements à capital variable) con oggetto sociale l'impiego esclusivo delle risorse raccolte dai soci nella gestione di un portafoglio di valori mobiliari e il cui capitale sociale può variare in qualsiasi momento in funzione della volontà dei soci.

⁸³ I fondi lussemburghesi sono stati il primo vero strumento gestito a cui poter accedere nel nostro paese. Essi erano già presenti negli anni 80 quando in Italia si discuteva della possibilità di creare tale tipo di strumento a beneficio del risparmiatore. Vengono considerati come dei fondi comuni il cui ente gestore ha sede in Lussemburgo (da qui il nome), luogo nel quale sussistevano, in particolare qualche decennio orsono, particolari benefici fiscali per le finanziarie che li avessero messo radici. Questi fondi hanno una caratteristica (che li contraddistingue e li differenzia), particolare data dalla loro struttura multi - comparto (c.d. umbrella fund) all'interno del quale ciascuno si orienta verso un determinato settore e dunque mercato. La conseguenza è che il passaggio di capitali da parte del contraente (il cd. switch) avviene con il vantaggio di essere immediato e con un costo assolutamente basso o addirittura nullo.

operatori nell'affidabilità delle controparti ha comportato una diminuzione della liquidità. In un contesto di incertezza sulla validità delle valutazioni espresse dai mercati, le quotazioni azionarie sui principali mercati internazionali hanno registrato cali storicamente eccezionali. Dalla seconda metà del 2008, alla crisi finanziaria si sono sovrapposti gli effetti di un netto peggioramento congiunturale delle principali economie mondiali. I più recenti sviluppi hanno accresciuto i rischi di interazione tra rallentamento dell'attività produttiva e crisi finanziaria.⁸⁴

I vantaggi che porta il fondo comune di investimento ai risparmiatori è quello di assicurare una gestione professionale e informata degli investimenti. Si caratterizza anche per la funzione di diversificazione del rischio che esso realizza costruendo e modificando il proprio portafoglio di investimento e di cui si avvantaggiano i risparmiatori che acquistano le quote rappresentative di tale portafoglio emesse dalla società di gestione. Inoltre possono essere sottoscritti da parte di risparmiatori con disponibilità finanziarie molto ridotte: per accedere a un fondo è sufficiente sottoscrivere in sede di emissione l'importo minimo stabilito dalla società di gestione o acquistare successivamente, al limite, una sola quota.

I fondi comuni di investimento, insieme alle società di investimento a capitale variabile (Sicav) formano l'insieme degli organismi di investimento collettivo di risparmio (Oicr): una categoria generale di organismi finanziari che è stata oggetto di regolamentazione specifica da parte dell'Unione Europea (con la direttiva 85/622/Cee) e costituisce, insieme alle banche, il canale di gran lunga più importante attraverso il quale gli individui e le famiglie investono i loro risparmi.

La struttura organizzativa dei fondi comuni di investimento è impostata su tre soggetti aventi compiti e responsabilità distinti: a) la società di gestione del risparmio; b) la banca depositaria; c) la rete di vendita.⁸⁵

⁸⁴ Cfr. G. Carosio, *Fondi Comuni e crisi dei mercati, Intervento del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia Giovanni Carosio*, Milano, 18 Marzo 2009, cit. p. 4.

⁸⁵ Per un maggior approfondimento cfr. F. Cesarini, P. Gualtieri, *I fondi comuni di investimento*, 2005, p. 40.

I fondi comuni di investimento possono essere classificati sulla base di molti parametri. Una prima distinzione riguarda la modalità di distribuzione dei profitti: a) *fondi a distribuzione dei proventi*, in cui le eventuali plusvalenze realizzate in un arco temporale predefinito possono essere accreditate sul conto corrente del risparmiatore sotto forma di "cedola" semestrale o annuale; b) *fondi ad accumulazione dei proventi*, in cui i guadagni rimangono all'interno del fondo e il sottoscrittore li realizza (cioè li trasforma in denaro contante) al momento della vendita delle quote.

Un'ulteriore distinzione, individuata dal Regolamento del Ministero del Tesoro n. 228/99, deve essere fatta tra fondi chiusi e fondi aperti: a) *fondi chiusi*: prevedono il rimborso (da parte della SGR che lo ha istituito) delle quote sottoscritte solo in periodi determinati. Sono caratterizzati da un numero di quote predeterminato ed invariabile nel tempo. Per garantire la possibilità di liquidare l'investimento, per i fondi chiusi la legge prevede l'obbligo di quotazione sul mercato entro un intervallo massimo di tempo dalla chiusura del collocamento; tale intervallo, inizialmente 24 mesi, ha subito successive modifiche normative che lo hanno portato a 12 mesi. Chi vuole liquidare il proprio investimento lo può quindi fare esclusivamente vendendo le quote sul mercato; b) *fondi aperti*: sono caratterizzati dalla variabilità del patrimonio (che può quindi di giorno in giorno aumentare o diminuire in funzione delle nuove sottoscrizioni o delle domande di rimborso delle quote in circolazione) e rappresentano la forma più diffusa di fondo.

I fondi aperti vengono suddivisi, da un punto di vista giuridico, in: a) fondi di diritto italiano armonizzati UE sono i fondi gestiti da società italiane con sede legale in Italia e sottoposti alle direttive comunitarie n. 611/85 e 220/88 recepite nel nostro ordinamento con il Decreto Legislativo n. 83/92. La legge comunitaria prescrive una serie di vincoli sugli investimenti con l'obiettivo di contenere i rischi e salvaguardare i sottoscrittori, ad esempio: non possono investire più del 10% del patrimonio in strumenti finanziari di un singolo emittente, in altri fondi, prodotti derivati o titoli non quotati nei mercati regolamentati; b) fondi di diritto italiano non armonizzati UE sono invece i fondi istituiti col provvedimento della Banca d'Italia del 20 settembre

1999 e caratterizzati da una maggiore libertà di investimento del patrimonio raccolto. Ad essi, infatti, non vengono applicati i vincoli e le limitazioni previste dalla legge comunitaria per i fondi armonizzati. Fanno parte di questa tipologia di fondi i fondi speculativi (o *hedge funds*) e i fondi di fondi.

I fondi immobiliari sono fondi comuni di investimento armonizzati, costituiti in forma chiusa, che possono investire il loro patrimonio in specifici beni, in prevalenza a carattere immobiliare. Rilevano, in proposito, le analisi del processo di finanziarizzazione degli investimenti immobiliari (cfr. Lemma, 2006), che hanno affrontato in particolare la problematica relativa alla regolazione delle gestioni collettive del risparmio che operano in tale specifico settore. Nel riferimento alle dinamiche finanziarie di inizio millennio si evidenzia il crescente interesse dei risparmiatori per tale tipologia di investimenti; donde la significativa incidenza di detta forma di impieghi sugli assetti dei mercati di capitale, che risultano sempre più legati ad elementi di natura reale. L'esame della normativa speciale (primaria e secondaria) fa da presupposto ad un'indagine incentrata sull'identificazione di linee disciplinari volte ad assecondare il processo sopra delineato. Si dà, quindi, ampio spazio all'affermazione di tecniche procedurali idonee a definire una struttura organizzativa ed un programma di attività preordinati a garantire una gestione professionale degli attivi patrimoniali. In tale contesto, la ricerca ascrive peculiare rilievo all'intervento di autodeterminazione rimesso alla SGR ed ai partecipanti ai fondi immobiliari: la prima chiamata a definire ed attuare i criteri guida della gestione ed i secondi ad esercitare le verifiche necessarie per l'ordinato funzionamento delle forme operative in questione. Si perviene, pertanto, alla conclusione che i fondi di cui trattasi assolvono a funzioni di stabilità, in seno al mercato finanziario, e di sviluppo, con riguardo a quello immobiliare.

In Italia i fondi comuni di investimento, dopo interminabili discussioni e numerose proposte arenatesi in Parlamento⁸⁶, vennero introdotti con la Legge 23 Marzo 1983, n. 77 e iniziarono ad operare nell'anno successivo. Le

⁸⁶ Il primo disegno di legge risale al 1964.

ragioni di questo ritardo sono varie e si possono ricondurre alla generale situazione di arretratezza del sistema finanziario italiano e alle carenze rilevabili nella disciplina delle società e dei mercati. Basta solo pensare al fatto che il mercato era caratterizzato dalla prevalenza assoluta delle relazioni di credito e dell'intermediazione bancaria. I risparmiatori infatti preferivano i depositi e bancari e i titoli di Stato, data la loro liquidità, l'essenza di rischio di rimborso e l'elevata remunerazione.

La Legge 23 Marzo 1974, n. 216, delineando una prima evoluzione della legislazione societaria nonché la costituzione della Consob come organismo pubblico di controllo del funzionamento della Borsa e dell'informativa imposta alle società ammesse a quotazione, migliorò la situazione. Infatti, le attese degli operatori non vennero deluse. Il primo fondo nacque nel Giugno 1984 e nel triennio 1985/87 vennero costituiti, ad opera di 37 società di gestione, 70 fondi il cui patrimonio raggiunse rapidamente circa 60 miliardi di Lire.

La Legge del 23 Marzo 1983 n. 77 ("Istituzione dei fondi comuni di investimento mobiliare") sanciva infatti l'esclusività dell'oggetto sociale delle società di gestione, limitandolo al fondo comune di investimento mobiliare aperto e creava un nesso inscindibile tra tipo di gestore e tipo di prodotto che è stato completamente superato dal Testo Univo della finanza.

In seguito i D.lgs. n. 83 e n. 84 del 25 Gennaio 1992 recepirono con notevole ritardo le Direttive Comunitarie n. 611/85 e 220/88, emanate per armonizzare la disciplina che regolava gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari negli Stati membri. La società di gestione che assunse quindi la forma di Società per Azioni, poteva essere autorizzata a gestire più fondi. In particolare, il D.lgs. n. 84/92 allargò i confini delle possibili scelte di investimento, istituendo nel nostro ordinamento le SICAV, un istituto completamente nuovo per il nostro Paese, che consentiva agli investitori di diventare azionisti della società di gestione e non più semplicemente partecipanti al patrimonio di un fondo dotato di autonomia giuridica rispetto alla stessa.

Con la Legge n. 1 del 2 Gennaio 1991 veniva istituita una nuova figura di intermediario, quella delle società di intermediazione mobiliare (SIM) alle quali era riservata l'attività di intermediazione mobiliare. Nel novero delle attività di intermediazione mobiliare era compresa la gestione individuale di patrimoni mobiliari (Articolo 1, comma 1, Lett. c) ma non quella collettiva che resta quindi attività esclusiva delle società di gestione di fondi comuni e delle SICAV.

Intensa fu la produzione normativa della prima metà degli anni '90. Vennero infatti emanati: a) il D.lgs. 21 Aprile 1993 n. 124, modificato dalla Legge 8 Agosto 1995, n. 335 con il quale vennero introdotti i fondi pensione; b) la Legge n. 344 del 14 Agosto 1993 con la quale sono stati istituiti i fondi comuni di investimento mobiliari chiusi⁸⁷, rappresentando, in Italia, il veicolo più diffuso per gli interventi *di private equity* e *venture capital*; c) la Legge 25 Gennaio 1994 n. 86 la quale ha disciplinato i fondi immobiliari chiusi; d) il D.lgs. 17 Marzo 1995 n. 174 ha ridefinito la disciplina dell'esercizio dell'attività assicurativa secondo i principi della direttiva comunitaria n. 96 del 1992.⁸⁸

Con il D.lgs. n. 415/1996 si realizzò un rafforzamento del principio di vigilanza, attuando la ripartizione di competenza tra la Banca d'Italia e la Consob. La vigilanza aveva infatti per scopo la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione dei soggetti abilitati, avendo riguardo tutela degli investitori ed alla stabilità, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema finanziario. La Banca d'Italia è infatti competente per quanto riguarda il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale. La Consob è invece competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti.⁸⁹

⁸⁷ I fondi comuni di investimento chiusi devono essere distinti da quelli aperti. La distinzione attiene alle modalità di emissione delle quote che avviene in via continuativa, a mano a mano che i risparmiatori interessati ne fanno richiesta, e a prezzi che di giorno in giorno si formano nel caso dei fondi aperti e delle SICAV, mentre nel caso dei fondi chiusi l'emissione ha luogo, come negli ordinari collocamenti al pubblico di azioni e di obbligazioni, durante un arco di tempo prestabilito, ad un prezzo prefissato ed entro limiti quantitativi comunicati ex ante dalla Società di Gestione.

⁸⁸ Cfr. I. Degregori, *Fondi comuni di investimento*, 2011.

⁸⁹ Articolo 5, Comma 1, 2, 3, D.lgs. n. 58/98.

Il decreto legislativo n. 58 del 24/02/1998 (TUIF) segna un punto di svolta nel riassetto della disciplina dei servizi di investimento e degli intermediari, dei mercati e, nella parte societaria, della disciplina dell'appello al pubblico risparmio, delle società quotate sui mercati regolamentati e dell'insider trading, attraverso tre linee di intervento: a) un quadro normativo più snello con maggiore affidamento sull'autoregolamentazione e minor peso degli oneri di natura amministrativa a carico degli intermediari, con una tendenziale riduzione delle riserve di attività nell'area del risparmio gestito e, conseguentemente, un maggiore grado di omogeneità nelle disposizioni e nei controlli a tutela dell'investitore; b) la realizzazione di un'adeguata cornice normativa per l'avvio delle nuove società private di gestione dei mercati; c) una revisione della disciplina delle società quotate per migliorarne i rapporti con un mercato dei capitali ormai integrato con la realtà internazionale.

Si ricorda infine che l'art. 32 del d.l. 78/2010⁹⁰ ha modificato la definizione di fondo comune contenuta nel d.lgs. 58/1998 per rimarcare la necessità di una effettiva pluralità di investitori nella fase genetica del fondo e durante la sua vita, nonché per introdurre, quale elemento caratterizzante del concetto di fondo comune, la circostanza che esso debba essere gestito dalla SGR in modo autonomo rispetto ai partecipanti. Contestualmente, è stata eliminata la necessità dell'approvazione del regolamento e delle sue modifiche per i fondi riservati a particolari categorie di investitori.

Il 16 febbraio 2011 è stato approvato dal Senato il ddl di conversione del decreto legge 29 dicembre 2010, n. 225 (c.d. "decreto Milleproroghe") che, tra l'altro, ha operato una sostanziale revisione della tassazione dei fondi comuni di investimento di diritto italiano, pervenendo ad un maggior grado di armonizzazione comunitaria della materia. L'intervento normativo ha

⁹⁰ L'art. 32 del d.l. 78/2010 afferma che «A seguito dei controlli effettuati dall'Autorità di vigilanza, al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), sono apportate le seguenti modifiche: a) all'articolo 1, comma 1, la lett. j) è sostituita dalla seguente: «j) 'fondo comune di investimento': il patrimonio autonomo raccolto, mediante una o più emissioni di quote, tra una pluralità di investitori con la finalità di investire lo stesso sulla base di una predeterminata politica di investimento; suddiviso in quote di pertinenza di una pluralità di partecipanti; gestito in monte, nell'interesse dei partecipanti e in autonomia dai medesimi»».

abrogato, infatti, la tassazione dei redditi del fondo per maturazione e in capo allo stesso prevedendone l'applicazione in capo ai partecipanti al momento del disinvestimento. Con riguardo alle innovazioni portate dalla riforma fiscale, oltre alla non soggezione alle imposte sul reddito dei fondi comuni, l'applicazione di una ritenuta del 12,5 per cento sui proventi derivanti dalla partecipazione ai fondi, ha disciplinato il passaggio della tassazione "dal maturato al realizzato" ed ha risposto ad alcune fondamentali esigenze del settore. Infatti, la norma ha ridotto la disparità di trattamento fiscale preesistente tra i proventi derivanti dalla partecipazione a fondi mobiliari non armonizzati di diritto italiano e quelli relativi a fondi esteri non armonizzati che comportava in passato una penalizzazione a carico di questi ultimi, in contrasto con i principi di diritto comunitario in materia di libera circolazione dei capitali.

4.1.2 I fondi equity strutturali*

Il fenomeno delle Public Private Partnership, nato a metà degli anni '80 nel Regno Unito dalle scelte di politica economica dell'allora premier Margaret Thatcher, era fortemente diretto verso i principi del liberismo e di disimpegno dello Stato in molti settori dell'economia. Oggi presenta uno stato di attuazione molto eterogeneo⁹¹. Con riferimento all'Europa⁹² particolarmente significative sono le esperienze che si sono sviluppate nel Regno Unito, Italia, Spagna e Portogallo, le quali, hanno riguardato, oltre che gli interventi nei settori della sanità, dell'istruzione e dell'ordine pubblico,

* *I fondi equity strutturali sono stati analizzati con l'aiuto e il materiale fornito dalla Cassa Depositi e Prestiti.*

⁹¹ Le formule del Private Partnership sono molteplici e si differenziano l'una con l'altra per i seguenti caratteri: a) il diverso livello di responsabilità assunto dalle parti coinvolte (si fa riferimento sia al soggetto pubblico che a quello privato); b) la diversa natura dell'iniziativa (creazione di nuovi servizi, delega di servizi già offerti alla collettività); c) le diverse modalità di coinvolgimento del soggetto privato. Per un maggiore approfondimento, cfr. A. Beery, R. T. Crow, *The Greenfield IPP Database: Based on the World Bank's Private Participation in Infrastructure Database*, Working Paper PESD, Series, n. 6, Stanford University 2003.

⁹² Per una analisi approfondita sul mercato del private equity nel contesto europeo e internazionale cfr. M. Nicolai e F. Castaldo, *I fondi di Private Equity per lo sviluppo delle infrastrutture*, in AIFI, vol. 16, 2007, p. 13 ss.

soprattutto gli interventi nel settore dei trasporti (autostrade e ferrovie), pur con peculiarità differenti.⁹³

I fondi infrastrutturali, non hanno attratto soltanto l'attenzione degli investitori, ma anche dei soggetti pubblici interessanti a ridurre l'incidenza sul Pil della spesa in infrastrutture attraverso un aumento della partecipazione dei capitali privati. Il reperimento di capitali privati per il finanziamento delle infrastrutture incontra, almeno due ostacoli al cui superamento può in parte contribuire questo strumento finanziario. Da un lato, gli investimenti infrastrutturali presentano un grado di rischio particolarmente elevato. Da ciò ne consegue che i finanziamenti attuati con l'utilizzo del private finance initiatives tradizionali sarebbero troppo limitati. La creazione di un fondo consente di superare in qualche misura tale ostacolo, rendendo possibile l'accesso a fonti di finanziamento di natura eterogenea, investendo in maniera indiretta nelle infrastrutture.

Dall'altro lato, si fa riferimento al finanziamento mediante capitali di rischio e riguarda i problemi di selezione ed incentivo che la teoria finanziaria individua in relazione alle forme tradizionali di finanziamento attraverso la partecipazione al capitale azionario dei soggetti finanziati.

Nel nostro Paese, lo sviluppo della finanza di progetto e delle collaborazioni pubblico - private si concentra prevalentemente in un contesto normativo caratterizzato da numerosi interventi legislativi (si individuano strumenti normativi che permettono l'applicazione della finanza di progetto o comunque di forme di partenariato pubblico e privato nel Codice De Lise, D.lgs. 163/2006, convertito in Legge 228/2006, che ha recepito la Legge quadro in materia di lavori pubblici, Legge Merloni n. 109/1994, modificata successivamente dalle Leggi 216/1995, 415/1998, 166/2002), finalizzati da un lato, a regolamentare in maniera precisa e

⁹³ Possiamo quindi osservare uno scenario dinamico, come viene confermato dai risultati espressi dal mercato a livello europeo. Secondo le elaborazioni di Finlombardia, i volumi raggiunti dalle iniziative di Public Private Partnership, nel periodo compreso tra il 1996 e il 2006 sono state pari a circa 289,5 miliardi di Euro. Il Regno Unito si colloca ai vertici, vista la sua dimensione del mercato. L'Italia è la seconda per importanza dei volumi espressi, rappresentando, con 38,2 miliardi di Euro, circa il 13 per cento del mercato europeo, seguita dalla Spagna, Francia, Germania e Portogallo.

puntuale alcuni aspetti legati alla gestione delle opere pubbliche in tema di appalti, dall'altro, volti ad ampliare la gamma degli strumenti disponibili per il coinvolgimento del settore privato nell'attività di realizzazione, di finanziamento e gestione delle opere di pubblica utilità.

Prescindendo dalle motivazioni che stanno alla base di un simile interesse, è evidente che gli operatori del Private Equity, possono svolgere un ruolo significativo a sostegno delle attività infrastrutturali in quanto sono portatori di capitale e di competenze.

La realtà economica post-crisi finanziaria appare tuttora interessata, ad individuare vie d'uscita che possano porre rimedio alla conseguente fase di ristagno e ripristinare le condizioni del sistema economico. In questo contesto, è comune l'obiettivo dei Governi comunitari nella definizione di misure anticrisi che trovano declinazioni differenti nei destinatari (banche, imprese, enti locali) e nelle modalità tecniche (aiuti finanziari, incentivi fiscali, ammortizzatori sociali), a seconda dei diversi contesti territoriali.⁹⁴

In questo contesto sono venuti meno alcuni degli elementi di forza caratteristici dell'approccio all'attività di Private equity adottato fino all'avvento della crisi. Tuttavia, il cambiamento in atto, ha dato luogo ad un'opportunità di sviluppo per il settore, come valida alternativa al finanziamento bancario, sviluppato in particolar modo dalla Cassa Depositi e Prestiti. In questa chiave, l'attività di Private equity può trarre dalla crisi l'opportunità di rappresentare un'importante leva per la ripresa grazie alla stimolazione di nuovi processi di creazione di valore. Essa, quindi, favorisce la nascita di nuove iniziative e la crescita delle imprese esistenti, attraverso il potenziamento delle conoscenze tecniche ed organizzative e degli investimenti in ricerca e sviluppo.

⁹⁴ Argomentazioni più approfondite sulla crisi finanziaria globale sono ampiamente riscontrabili nella vastissima letteratura internazionale formatasi sul tema. Per un maggior approfondimento sul tema, cfr. J. Stiglitz, *Bancarotta l'economia globale in caduta libera*, Torino, 2010; P. Garonna (a cura di), *L'industria del risparmio dopo la crisi*, Bancaria, 2010; A. Alesina, F. Giavazzi, *La crisi*, 2008; J. Attali, *La crisi, e poi?*, Roma, 2009; F. Capriglione, *Crisi a confronto (1929 - 2009). Il caso italiano*, Cedam, 2009; F. Capriglione, *Eurosclerosi e globalizzazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'economia*, n. 1, 2010; R. Masera, *The Great Financial Crisis*, 2009; I. Visco, *La crisi finanziaria e le previsioni degli economisti*, 4 marzo 2009.

Passando all'esame specifico delle varie modalità di intervento legate all'attività di investimento nel capitale di rischio, va in primo luogo precisato che il "Private equity" è l'attività di finanziamento, attraverso l'assunzione di partecipazioni al capitale di rischio delle aziende target, associata al servizio di strutturazione ed organizzazione dell'operazione stessa.⁹⁵ Tale attività racchiude invero numerosi comparti, vale a dire, in particolare, l'investimento nelle operazioni di Buy out, di Expansion capital, e di Early stage financing. Il mercato del Private equity pertanto si articola sulla base di variabili connesse alla fase del ciclo di vita aziendale ed alla conseguente tipologia di fabbisogno finanziario delle imprese oggetto di partecipazione.⁹⁶

I fondi infrastrutturali sono gestiti da una società di gestione che dispone di un proprio patrimonio e soci/azionisti distinti da quello del fondo. La principale responsabilità della società di gestione consiste nel gestire le risorse finanziarie del fondo. L'approvazione delle decisioni di investimento è infatti affidata al Consiglio di amministrazione della Sgr.

All'interno di questo sistema la Cassa Depositi e Prestiti riveste un ruolo fondamentale per la creazione di nuove infrastrutture e per il mantenimento e lo sviluppo di quelle esistenti.

La Cassa Depositi e Prestiti ha, infatti, negli ultimi anni, affiancato alle attività rientranti nel proprio core business storico l'assunzione di partecipazioni in società quotate e non quotate, fondi di private equity⁹⁷, veicoli di investimento e fondi immobiliari, questi ultimi focalizzati

⁹⁵ Cfr. M. Cardi, *Capitale di rischio e private equity: contesto economico e strumentazione giuridica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2/2012 Supplemento n. 2, cit. p. 20.

⁹⁶ Il Private equity può avere un impatto spesso risolutivo nella fase di passaggio generazionale attraversata dalle PMI che si trovano con difficoltà gestionali e finanziarie. Anche in questo caso, l'ingresso dell'investitore istituzionale rappresenta uno strumento di supporto non soltanto economico, ma anche di consulenza, offrendo alla proprietà il sostegno necessario a delineare nuovi assetti e relativi progetti di sviluppo della società.

⁹⁷ I fondi comuni di investimento operativi nel comparto di private equity sono passati da 7 a 126, con un conseguente incremento anche dell'attivo degli stessi (cresciuto da 580 milioni a 5,8 miliardi di euro); allo stesso modo, le Società di gestione del risparmio alle quali i fondi fanno capo sono passate da 11 a 68. In questo contesto, il peso delle Sgr generaliste risulta prevalere sulle restanti categorie, in termini di quote di mercato acquisite nell'ultimo triennio, sulla base dei dati elaborati dall'AIFI. Cfr. *Questioni di Economia e Finanza*, n. 41, *Il Private equity in Italia*, Banca d'Italia, 2009.

sull'housing sociale e sulla, valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico.⁹⁸

In particolare con riferimento all'attività sviluppata nell'ambito dei fondi di private equity, la Cassa Depositi e Prestiti opera nel settore delle infrastrutture attraverso la partecipazione ad una serie di fondi/veicoli di investimento rivolti allo sviluppo delle infrastrutture nazionali ed internazionali, in particolare: al Fondo F2i, Fondo PPP, Sinloc, focalizzati sul mercato domestico e Fondo Marguerite, Fondo Inframed e European Energy Efficiency Fund, focalizzati sui mercati esteri.

Nel dettaglio, il Fondo F2i, rappresenta il maggiore fondo di investimento italiano dedicato al settore infrastrutturale e si colloca tra i principali a livello europeo. Esso costituisce una grande occasione per innovare il sistema finanziario e rilanciare la competitività italiana, attraverso - *interalia* - il rafforzamento della politica infrastrutturale, proponendosi come partner privilegiato, di lungo periodo, nel settore delle infrastrutture e stimolando un volano di investimenti tale da "creare una macchina che può dare stabilità al sistema delle infrastrutture del nostro Paese".

F2i SGR S.p.A. nasce il 23 gennaio 2007 da un progetto sponsorizzato da Cassa Depositi e Prestiti⁹⁹, e condiviso dalle due principali banche nazionali, Unicredit e Banca Intesa - San Paolo, la banca d'affari internazionale Bank of America Merrill Lynch, un gruppo di fondazioni

⁹⁸ In particolare, per quanto riguarda le Società non quotate possiede il 100% del Fondo Strategico Italiano (FSI S.p.A.), il 100% di Sace S.p.A., il 76% di Simest S.p.A., il 100% di Fintecna S.p.A., il 100% di CDP RETI S.r.l., il 100% CDP GAS S.r.l., il 70% di CDP Investimenti SGR S.p.A. (CDPI SGR), il 12,5% del Fondo Italiano d'Investimento SGR S.p.A. (FII SGR), il 15,99% del Fondo Italiano per le Infrastrutture SGR S.p.A. (F2i SGR), il 21,6% dell'Istituto per il Credito Sportivo (ICS), l'11,9% di Sistema Iniziative Locali S.p.A. (Sinloc), il 31,8% di Europrogetti & Finanza S.p.A. (EPF), il 31,8% di Europrogetti & Finanza S.p.A. (EPF). Per quanto concerne le Società quotate, possiede il 100% del Fondo Strategico Italiano (FSI SpaA), il 100% di Sace S.p.A., il 76% di Simest S.p.A., il 100% di Fintecna S.p.A., il 100% di CDP RETI Srl, il 100% do GAS Srl, il 70% di CDP Investimenti SGR SpA (CDPI SGR), il 12,5% del Fondo Italiano d'investimento SGR SpA (FII SGR), il 15,99% del Fondo Italiano per le Infrastrutture SGR SpA (F2i SGR), il 11,9% del Sistema Iniziative Locali SpA (Sinloc), il 31,8% di Europrogetti & Finanza SpA (EPF), il 21,6% dell'Istituto per il Credito Sportivo (ICS). Cfr. www.cassaddpp.it.

⁹⁹ Rappresentanti di CDP negli organi sociali e comitati di F2i SGR sono: Ettore Gotti Tedeschi, presidente del CdA; Anna Molinotti, membro del comitato investimenti del Primo Fondo; Francesco De Bartolo, membro del comitato investimenti del Secondo Fondo.

bancarie¹⁰⁰, e due casse previdenziali, la Inarcassa (Cassa Nazionale di previdenza e assistenza per gli ingegneri e architetti liberi professionisti) e CIPAG (Cassa previdenza e assistenza dei geometri liberi professionisti).¹⁰¹

F2i SGR ha per oggetto la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio realizzata attraverso la promozione, l'istituzione e l'organizzazione di fondi comuni di investimento mobiliari chiusi specializzati nel settore delle infrastrutture. F2i SGR gestisce due Fondi: il Fondo F2i, con i suoi 1.852 milioni di euro a disposizione è il più grande fondo infrastrutturale focalizzato su un solo Paese. È stato autorizzato dalla Banca d'Italia nell'agosto 2007. La sua missione è quella di affermarsi come investitore e partner di lungo periodo nel settore delle infrastrutture in Italia, facendo leva sugli *Sponsor* del Primo Fondo (Cassa Depositi e Prestiti, Intesa San Paolo, Unicredit Group, Bank of America Merrill Lynch, 6 Fondazioni bancarie¹⁰² e le due Casse di Previdenza precedentemente menzionate) i quali rappresentano primarie istituzioni finanziarie in Italia, forniscono a F2i supporto professionale e finanziario, un capillare network di relazioni e penetrazione sul territorio; sul Management il quale comprende professionisti del settore con qualificate esperienze e competenze industriali e finanziarie; sulle opportunità d'investimento offerte dal settore delle infrastrutture in Italia, nell'ambito sia di processi di modifica di assetti societari (incluse le privatizzazioni), sia di processi di sviluppo, tenuto conto del rilevante gap infrastrutturale che caratterizza l'Italia rispetto agli altri Paesi europei. Inoltre, il Fondo si pone come centro di aggregazione e di alleanze con soggetti pubblici e privati che operano nel settore delle infrastrutture nazionali. Partecipa a processi di privatizzazione, al consolidamento delle relazioni con enti locali ed imprenditori privati,

¹⁰⁰ Sono Sponsor di F2i le fondazioni: Compagnia di San Paolo, Ente CR Firenze, Fondazione Banco di Sardegna, Fondazione Cariplo, Fondazione Cassa di Risparmio di Torino, Fondazione Cassa di Risparmio di Lucca, Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo, Fondazione Cassa dei Risparmi di Forlì, Fondazione Cassa di Risparmio di Cuneo.

¹⁰¹ Cfr. www.f2isgr.it; M. Preziuso, *F2i, il fondo italiano per le infrastrutture*.

¹⁰² Le fondazioni bancarie sponsor del primo Fondo sono: Fondazione Cariplo, Fondazione Cassa di Risparmio di Torino, Fondazione Cassa di Risparmio di Lucca, Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo, Fondazione Cassa di Risparmio di Cuneo e Fondazione Cassa dei Risparmi di Forlì.

aggregando investitori domestici ed internazionali. Ad oggi le risorse a disposizione del Primo Fondo F2i, il cui periodo di investimento è stato dichiarato chiuso nel febbraio 2013 come previsto dal Regolamento, sono state pressoché interamente impegnate.

Nel luglio 2012 è stato istituito il *Secondo Fondo F2i* dal Consiglio d'Amministrazione della SGR, con l'approvazione del relativo Regolamento. Il Secondo Fondo prosegue la strategia di investimento del Primo ed ha un target di raccolta pari a 1.200 milioni di euro. Attualmente sono state sottoscritte quote per un totale complessivo di 610 milioni di euro. Come già per il Primo Fondo, la missione del Secondo è quella di affermarsi come investitore e partner di lungo periodo nel settore delle infrastrutture in Italia.

Gli Sponsor del secondo fondo sono, come per il primo Cassa Depositi e Prestiti, Intesa San Paolo, Unicredit Group, sei Fondazioni Bancarie (in parte diverse da quelle del Primo Fondo)¹⁰³ e le due Casse di Previdenza.

I Regolamenti dei due Fondi definiscono chiaramente le principali direttrici di investimento in termini di (i) settori di riferimento, (ii) modalità di intervento e governance e (iii) limiti di concentrazione. Gli investimenti posti in essere da F2i mirano a creare un portafoglio diversificato di partecipazioni in società attive in tutti i settori infrastrutturali, prevalentemente in Italia. In particolare, F2i focalizza la propria attività su: Trasporto di persone e merci; Utilities e trasporto e distribuzione di elettricità, gas e acqua; Reti di telecomunicazione e media; Impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e tradizionali; Servizi pubblici locali e infrastrutture sociali con un orizzonte temporale di lungo periodo, coerente con le politiche di investimento del settore delle infrastrutture.

In relazione alle modalità di intervento, F2i si propone di acquistare quote di maggioranza o di minoranza qualificata, che consentano in ogni caso di esercitare un'influenza significativa mediante adeguati meccanismi di

¹⁰³ Le Fondazioni bancarie sponsor nel secondo fondo sono: Fondazione Cariplo, Fondazione Cassa di Risparmio di Cuneo, Fondazione Cassa di Risparmio di Lucca, Fondazione Banco di Sardegna, Ente CR Firenze, Compagnia di San Paolo.

governance, con lo scopo di contribuire alla gestione delle società acquisite e creare valore durevole e stabile.

Infine, con riferimento ai limiti di concentrazione, i Regolamenti dei Fondi prevedono quanto segue:

- investimenti in una singola società o in società appartenenti a uno stesso gruppo: non possono superare il 20% dell'ammontare del Fondo (ovvero, il 25% nel caso in cui la società operi prevalentemente in un settore a tariffa regolata), salvo deroga (rispettivamente al 25% o 30%);
- investimenti "greenfield¹⁰⁴": non possono superare complessivamente il 20% dell'ammontare del Fondo, salvo deroga (25%);
- investimenti in Stati Membri dell'Unione Europea: non possono superare nel complesso il 20% dell'ammontare del Fondo, salvo deroga (25%);
- investimenti in strumenti finanziari quotati: non possono superare complessivamente il 30% (20% per il Secondo Fondo) dell'ammontare del Fondo, salvo deroga (40%) e/o salvo successiva operazione di delisting.¹⁰⁵

Ad oggi F2i detiene un portafoglio di partecipazioni composto da 10 società, con lo sviluppo di una concreta strategia di "filiera" nei settori Aeroporti, Gas, TLC, Idrico, Energie Rinnovabili, parzialmente nel settore Autostrade, Waste to Energy, quest' ultima implementata con l'avvio del secondo fondo¹⁰⁶.

Quindi il fondo italiano per le infrastrutture persegue l'obiettivo di eliminare, o quanto meno ridurre il gap infrastrutturale italiano, diventando

¹⁰⁴ Gli investimenti Greenfield consistono nella creazione ex novo di attività produttive e si differenziano dagli investimenti Brownfield, i quali, invece, consistono in processi di fusione aziendale o nell'acquisizione di strutture già esistenti.

¹⁰⁵ Cfr. www.f2isgr.it

¹⁰⁶ Il portafoglio azionario posseduto dal primo Fondo F2i, suddiviso per filiera, è composto da: (i) GAS, Enel Rete Gas (63,8%), (ii) IDRICO, Mediterranea delle Acque (40%), (iii) AEROPORTI, Sea (35,69%), Sagat (50,8%) e Gesac (70%), (iv) TLC, Metroweb (53,8%), (v) ENERGIE RINNOVABILI, Alerion Clean Power (15,9%), HFV (49,8%) e (vi) AUTOSTRADE, Infracis (26,3%). Il portafoglio azionario posseduto dal secondo Fondo F2i è composta da: TRM (60%), settore Waste to Energy, e Sea (8,62%), già partecipata dal Primo Fondo. In particolare, Enel è Società per azioni ad azionariato diffuso (cosiddetta *public company*), il cui azionista di riferimento è il ministero dell'Economia e delle Finanze e, i soci, in genere posseggono ciascuno un numero ridotto di azioni. Nella p. mancano dunque soci di riferimento con quote di proprietà tali da poter esercitare un'influenza dominante. L'espressione è anche usata nel senso di società le cui azioni sono acquistabili dal pubblico (sinonimo di listed company). Cfr. Enciclopedia Treccani on line.

soggetto catalizzatore di sviluppo sostenibile, e rappresentare una iniziativa ambiziosa per dare un impulso allo sviluppo del Paese, apri-pista per il successivo ingresso di capitali internazionali nell'intera economia italiana.

Cassa Depositi e Prestiti partecipa, inoltre, ad un'ulteriore iniziativa nel settore delle infrastrutture domestiche, il Fondo PPP Italia (Fondo Partenariato Pubblico e Privato), dimensionalmente meno rilevante rispetto al Fondo F2i e focalizzata su infrastrutture non strategiche, aventi dimensione media nell'ordine di 100 - 120 milioni di Euro.

Si tratta di un fondo comune di investimento mobiliare di tipo chiuso, della durata di 12 anni, riservato ad investitori qualificati, focalizzato su investimenti, in progetti nel settore delle infrastrutture con schemi di Partenariato Pubblico Privato (PPP) localizzati sul territorio italiano, che (i) richiedano un investimento complessivo compreso tra 10-350 milioni di euro, (ii) perseguano obiettivi di crescita socio-economica a livello locale e (iii) presentino un contenuto livello di rischio.

Il Fondo è stato istituito da Fondaco SGR (di cui Cassa Depositi e Prestiti non è azionista) ed autorizzato dalla Banca d'Italia in data 26 settembre 2006. Oltre Cassa Depositi e Prestiti, i sottoscrittori del Fondo sono: BEI, KfW, Compagnia San Paolo, Equiter, Fondazione CR Padova e Rovigo, Fondazione Cariplo e Banco Spirito Santo, con una raccolta complessiva pari a 120 milioni di euro.

Il Fondo si propone l'obiettivo di acquisire prevalentemente partecipazioni di minoranza qualificata in società non quotate operanti nel settore del Partenariato Pubblico Privato ed aventi ad oggetto almeno una delle seguenti attività: progettazione, realizzazione, costruzione, recupero, manutenzione e/o gestione di infrastrutture, opere ed impianti di interesse pubblico (con inclusione dei progetti di generazione di energia da fonti rinnovabili) oggetto di concessione.

Il Fondo è attivo inoltre nell'acquisizione di partecipazioni in società operanti nell'ambito di progetti di generazione di energia da fonti rinnovabili che beneficino di incentivi tariffari, ma che non sono oggetto di concessione di lavori pubblici, nonché in società attive nella gestione di servizi pubblici

locali, ivi incluse quelle aventi ad oggetto le attività di costruzione e/o gestione delle infrastrutture necessarie a tal fine.

Ad oggi il Fondo PPP Italia detiene in portafoglio 12 società, operanti principalmente nei settori ospedaliero, dei trasporti, dei centri di ricerca, fotovoltaico e di altre energie rinnovabili.¹⁰⁷

A differenza del Fondo F2i e Fondo PPP, riconosciuti come Fondi Nazionali e operanti all'interno del nostro Paese, la CDP è promotrice anche di due altri Fondi Comuni di investimento che operano a livello internazionale nel settore delle infrastrutture: il Fondo Marguerite (2020 European Fund for Energy, Climate Change and Infrastructure) e il Fondo Inframed.

Per quanto riguarda il primo (Fondo Marguerite), è un fondo azionario europeo, chiuso, di diritto lussemburghese¹⁰⁸, istituito con l'appoggio di sei principali istituzioni finanziarie europee per effettuare investimenti infrastrutturali di alta intensità di capitale, il quale si propone di fungere da catalizzatore di investimenti infrastrutturali implementando le principali politiche comunitarie in materia di cambiamento climatico, sicurezza energetica. Marguerite dovrebbe servire da modello per l'istituzione di altri fondi analoghi nell'UE. L'accordo ufficiale è stato firmato da Philippe Maystadt, presidente della Banca europea degli investimenti (BEI), Augustin de Romanet, CEO della Caisse des Dépôts (Francia), il professor Franco Bassanini, presidente della Cassa Depositi e Prestiti (Italia), Dr. Ulrich Schröder, presidente della KfW (Germania), José Maria Ayala Vargas, presidente dell'Instituto de Crédito Oficial (Spagna) e Zbigniew Jagiello, Presidente della PKO Bank Polski (Polonia) ed ogni istituto ha partecipato

¹⁰⁷ Gli investimenti in portafoglio posti in essere dal Fondo PPP riguardano: lo Sporting Village Novara, Catalyst S.r.l., Società di biotecnologie S.p.A., Solarinvest I S.r.l., Fideco Ambiente S.r.l., Progetto nuovo Sant'Anna S.r.l., Malbi Project, Interporto solare S.r.l., Tunnel Gest S.p.A., Perseo S.r.l., Solon PV Plants, Guascor PV Plants.

¹⁰⁸ I fondi di diritto lussemburghese si distinguono dai fondi di diritto italiano soprattutto per quanto riguarda il diverso trattamento fiscale: l'aliquota fiscale è la medesima, ma cambia la modalità di applicazione. Nei fondi di diritto italiano, la tassazione è applicata alle plusvalenze realizzate dal fondo, il cui valore quota è già al netto della fiscalità; nei fondi di diritto lussemburghese, la tassazione è applicata alle plusvalenze realizzate al momento del disinvestimento. Il valore quota è pertanto al lordo della fiscalità.

con 100 milioni di euro. Quindi attraverso questo fondo, la CDP collabora con altre istituzioni europee mirando alla diversificazione geografica (20% max della dimensione totale del fondo sarà investito in un solo paese UE) e alla diversificazione settoriale (reti di trasporto: 30% - 40%; distribuzione energetica: 25% - 35%; rinnovabili: 35% - 45%). I Paesi nei quali, il Fondo effettua il maggior intervento nelle infrastrutture sono Polonia, Germania, Romania, Francia, Spagna e Belgio.

Il Fondo, nato a Dicembre 2009, ha un orizzonte di investimento di lungo periodo (20 anni) e ha l'obiettivo di impiegare la totalità delle proprie risorse entro 4 anni.

Le attività infrastrutturali perseguiti dal Fondo Marguerite riguardano, sia progetti Greenfield per costruire nuove strutture (impegnando circa il 65 per cento del Fondo), sia Brownfield per la sostituzione, ammodernamento e potenziamento della capacità del patrimonio esistente (impegnando circa il 35 per cento del fondo). I settori di maggior intervento sono i trasporti (in particolare le reti transeuropee di trasporto TEN-T, quali le strade, ferrovie, reti di navigazione interna, porti marittimi, aeroporti, i punti di interconnessione), l'energia (in particolare le reti trans - europee dell'energia TEN-E, quali l'elettricità, trasporto e distribuzione di gas, petrolio e stoccaggio di gas, cattura e stoccaggio del carbonio) e le fonti rinnovabili (in particolare la produzione di energia sostenibile, infrastrutture di trasporto pulito, distribuzione di energia e di sistemi per il trasporto ibrido, eolica, solare, geotermica, biogas, idroelettrico, progetti Waste-to-energy).¹⁰⁹

Il Fondo Inframed è un Fondo d'investimento equity per i paesi del Sud e dell'Est del Mediterraneo, partecipato da Cassa depositi e prestiti (che ha investito fin'ora 150 milioni di Euro), la francese Caisse des Dépôts, la BEI, la Caisse des Dépôts del Marocco (CDG) e dall'egiziana EFG - Hermes.

Il Fondo ha una vocazione regionale. Le aree geografiche coinvolte sono l'Algeria, l'Egitto, Israele, la Giordania, il Libano, la Libia, la Mauritania, il

¹⁰⁹ Per un maggior approfondimento, cfr. www.margueritefund.eu

Marocco, i Territori Palestinesi, la Syria, la Tunisia e la Turchia. L'inserimento di Israele in un Fondo partecipato e finanziato anche da Paesi arabi rappresenta una novità politica estrema rilevanza.

Il Fondo, nato nel 2010, ha come finalità lo sviluppo degli investimenti in infrastrutture prevalentemente Greenfield nei settori dei trasporti, dell'energia, con particolare attenzione alle fonti rinnovabili e dello sviluppo urbano nei paesi del sud e dell'est del Mediterraneo.

InfraMed si concentra su un territorio caratterizzato da una forte crescita del PIL, un pubblico dinamico e di una insufficienza delle infrastrutture apparente. Questo profilo è la forza trainante dietro un enorme bisogno di investimenti di infrastrutture, che cresce in base al tasso di crescita del PIL di fondo. Il ruolo di InfraMed consiste nel fornire il capitale finanziario e umano nel lungo termine e, in tal modo, generare investimenti attraente e opportunità utili per i propri investitori.

Nonostante la perdurante instabilità geopolitica dell'area all'indomani delle «primavere arabe», il fondo ha effettuato i due primi investimenti nel 2012, acquistando il 20% di Limak Iskenderun, la società che si è aggiudicata la concessione del porto di Iskenderun in Anatolia per 36 anni, mentre, attraverso la controllata Infrarev Holding, partecipa per il 7,5% al capitale di Egyptian Refinery Company, compagnia di raffinazione egiziana attualmente impegnata nella realizzazione di una piattaforma.¹¹⁰

InfraMed è gestito da un team di investitori dei mercati emergenti, realizzando interventi nel settore dell'infrastruttura. Il team ha costruito una forte rete di contatti ad alto livello tra i governi regionali, investitori strategici e finanziari, regolatori, e gli imprenditori locali. InfraMed investe soprattutto all'intero di territori con alcune delle più interessanti caratteristiche di crescita demografica (Parigi, Casablanca, Rabat, Dubai e Cairo). La storica carenza di investimenti del settore delle infrastrutture ingrandita dalle tendenze dell'urbanizzazione crescente e dall'aumento dei

¹¹⁰ Cfr. *E' partito Inframed il fondo delle "Casse" che investe nella Sponda Sud*, 25 Giugno 2012, in www.repubblica/economia.it; Comunicato Stampa della Cassa Depositi e Prestiti, n. 79/2012, in www.cassaddpp.it;

livelli di vita, hanno provocato enormi esigenze di investimento; pertanto l'operatività apportata da questo Fondo al bacino del Mediterraneo, fornisce equity e finanziamenti di capitali per la sostenibilità urbana, progetti di infrastrutture energetiche e dei trasporti.

Per raggiungere questo obiettivo, InfraMed opera attraverso una struttura suddivisa in "squadre" situate a Parigi, Dubai, Il Cairo, Rabat e Casablanca, basandosi su un partenariato regionale attraverso la Caisse de Dépôts et de Gestion (Marocco) e EFG Hermes (Egitto) che agiscono come consulenti di gestione InfraMed.

InfraMed cerca investimenti in una vasta gamma di settori riguardanti le infrastrutture urbane (fornitura di acqua, desalinizzazione e la distribuzione, raccolta delle acque, reti di irrigazione), la salute, l'istruzione e le infrastrutture di comunicazione (satelliti e reti via cavo terrestri o sottomarini), infrastrutture di trasporto (mezzi pubblici, strade, ponti, gallerie, aeroporti, porti, linee ferroviarie, autobus, ferrovia urbana, vie navigabili, i traghetti, parcheggi, impianti di deposito, e altre attività correlate), infrastrutture energetiche (soluzioni di energia rinnovabile, energia pulita e tecnologie di efficienza energetica, generazione di energia, trasporto, stoccaggio e distribuzione, e le reti di oleodotti e gasdotti).¹¹¹

I Fondi Marguerite e Inframed sono frutto di iniziative promosse dal Long-Term Investors Club (LTIC) di cui CDP è membro Fondatore insieme alla francese Caisse des Dépôts (CDC), alla Banca europea per gli investimenti (BEI) e alla tedesca Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW). Il Club, nato nel 2009 e aperto agli altri investitori di tutto il mondo, persegue l'obiettivo di affermare l'importanza del ruolo degli investimenti di lungo periodo a favore della stabilità finanziaria e della crescita economica internazionale. esso riunisce istituzioni finanziarie aventi attivi complessivi per circa 3.000 miliardi di euro tra i quali China Development Bank, Russian Development Bank e alcuni fondi sovrani del Golfo.

¹¹¹ Per un maggior approfondimento, cfr. www.inframed.com.

Franco Bassanini (Presidente della Cassa Depositi e Prestiti), ha più volte ribadito l'importanza di questi interventi europei, per favorire lo sviluppo dell'Europa stessa (considerata da Bassanini un "piccolo continente"¹¹²).

Infatti, la realizzazione di una serie di strumenti finanziari innovativi, capaci di raccogliere e indirizzare i capitali privati verso gli investimenti di lungo termine può essere considerato come il punto di incontro tra l'offerta di prestiti finanziari di lungo periodo, a basso rischio, e la domanda di finanziamento di infrastrutture. Un ruolo rilevante, è senz'altro svolto dagli investitori istituzionali a partecipazione pubblica, quali la Cassa Depositi e Prestiti (CDP), la Banca Europea degli Investimenti (BEI), la francese Caisse des Dépôts et Consignations (CDC), e la tedesca KfW. Grazie alla natura pubblica o "sociale" dei loro azionisti (Stati, enti locali, Fondazioni bancarie), essi sono in grado di ottenere capitali privati per finanziare attività innovative, a tassi non speculativi.

È proprio all'interno di questo sistema di interventi che si collocano il Fondo Inframed e Fondo Marguerite. Insieme rappresentano il primo modello di gruppo costituito da fondi di investimento internazionali, che rivestono un rilevante ruolo non solo perché rappresentano strumenti di raccolta e di impiego di capitali privati in progetti strategici di lungo termine, ma anche perché possono ricoprire il ruolo di sostitutori di tutti quei soggetti – investitori finanziari che non sono disposti ad assumersi il rischio di questi investimenti.

¹¹² Cfr. F. Bassanini, *Il Fondo Inframed e la cooperazione euromediterranea*, in www.bassanini.it, cit. p. 1. Bassanini, inoltre, afferma che «è importante districare l'Unione per il Mediterraneo dalle difficoltà politiche che ne ostacolano il decollo e costruire nuovi strumenti di cooperazione economica e finanziaria tra paesi europei e paesi delle coste meridionali e orientali del Mediterraneo», cit. p. 2.

4.2 Il Project Financing

Il Project Financing è una metodologia di finanziamento applicabile a progetti dotati di autonoma capacità di generare ricavi che consente, attraverso una struttura contrattuale di allocazione dei rischi, di garantire le ragioni di credito dei finanziatori con i flussi di cassa attesi dal Progetto, limitando gli impegni a carico dei promotori. Con il termine project financing si intende un'operazione finanziaria strutturata e complessa relativa ad investimenti caratterizzati dalla possibilità di ricorrere ad un elevato coinvolgimento di finanziamenti provenienti dal settore bancario e dalla possibilità di ripartire i rischi sui diversi soggetti partecipanti all'operazione ed in cui i flussi dei ricavi derivanti dalla gestione del progetto sono sufficienti, in tutto o in parte, alla copertura dei costi di gestione, al rimborso del prestito e a remunerare il capitale investito.

Tuttavia, in questo contesto, la dizione "finanza di progetto" non deve essere utilizzato semplicemente come traduzione della dizione "project financing", ma per indicare il dato di diritto positivo, relativo all'applicazione di tale meccanismo al settore delle opere pubbliche, con quanto ne consegue in termini di adattamento alle regole dell'evidenza pubblica, lasciando che il termine anglosassone indichi invece lo strumento "originario"¹¹³.

Esso si è sviluppato inizialmente nel settore privato per il finanziamento di iniziative economiche caratterizzate da elevati fabbisogni di risorse finanziarie.¹¹⁴ Dopo essere stato utilizzato con successo nel settore privato, negli ultimi anni ha trovato la sua operatività anche nel finanziamento delle opere pubbliche o di pubblica utilità. Infatti, il Project Financing rientra tra le forme di partenariato pubblico – privato di tipo

¹¹³ Sul concetto in generale di Project Financing, cfr. M. Miscali, *Il project Financing*, in G. Galgano (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, vol. I, 1995, p. 729 ss.; G. L. Rabitti, *Project Financing e collegamento contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1996, p. 225 ss.; G. B. Nuzzi, *Il project Financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1998, p. 681 ss.

¹¹⁴ E' nato infatti negli anni '20 in Nord America con le operazioni finanziarie di alcune banche che si assumevano il rischio di finanziare progetti di sfruttamento delle risorse del sottosuolo, in particolare impianti per l'estrazione del petrolio.

contrattuale (PPPC) per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità.

Attraverso la finanza di progetto si consente l'intervento del privato in un momento anteriore a quello in cui era generalmente consentito, anche attraverso una valutazione giuridicamente significativa, da parte dello stesso, di interessi pubblici. Qualora sia data la possibilità al privato di intervenire nella realizzazione di determinati interventi, si attribuisce allo stesso, la facoltà e l'onere di accompagnare le consuete valutazioni di carattere imprenditoriale relative alla riuscita economica dell'iniziativa, con valutazioni di carattere pubblicistico, relative alla individuazione ed alla predisposizione di iniziative che possano essere di interesse per la collettività e quindi per la Pubblica Amministrazione.¹¹⁵

Per quanto riguarda il settore delle infrastrutture i settori di maggiore intervento della finanza di progetto sono stati quelli dei trasporti (autostrade, ferrovie, ponti, aeroporti, parcheggi, metropolitane), delle comunicazioni (reti di telecomunicazioni), dell'energia (reti di distribuzione, impianti di produzione), ma sono stati realizzati anche altri interventi in altri settori (impianti sportivi, impianti turistici, opere idriche). Gli interventi comprendono sia opere particolarmente complesse (si pensi all'ipotesi posta per la creazione del Ponte sullo Stretto di Messina), che opere semplici a cura di amministrazioni locali. Le modalità di intervento sono state diverse, ma hanno sempre mostrato costantemente come si trattasse di una concessione di costruzione e gestione e solo dopo di una concessione particolare, caratterizzata dal Project Financing.

La disciplina del project financing è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento italiano con la legge 11 novembre 1998 n. 415 (cd. legge Merloni - ter), - con l'inserimento degli articoli da 37 - bis a 37 - nonies nella Legge 11 febbraio 1994, n.109, "Legge quadro in materia di lavori pubblici" (cd. legge Merloni) - e in prosieguo più volte modificata, da per rendere

¹¹⁵ Cfr. N. Lugaresi, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, cit. p. 583.

l'istituto più flessibile e per scongiurare procedure di infrazione comunitaria, per dubbi di compatibilità dell'istituto con il mercato concorrenziale.

La disciplina contenuta in tali disposizioni ha riprodotto quella riguardante l'istituto della concessione di lavori pubblici in senso classico, prevedendo la realizzazione di opere pubbliche tramite finanziamenti privati. Tuttavia a carico dell'amministrazione era stato previsto l'onere di affidare con un'apposita gara, contratti di concessione di costruzione e gestione dell'opera finanziata nella prospettiva di una redditività dell'attività realizzata a copertura di quanto erogato dal privato finanziatore.

Successivamente, il Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. 163/2006) negli artt. 153 - 160 ha riscritto la disciplina nazionale del project financing, anche se non fatto altro che ripetere la normativa previgente. I successivi tre decreti correttivi al Codice, il D.lgs.6/2007, il D.lgs.113/2007 ed il D.lgs. 152/2008, hanno ulteriormente modificato la disciplina della finanza di progetto, in particolare il c.d. Terzo Correttivo, che insieme all'abrogazione degli artt.154 e 155, ha riscritto integralmente l'art. 153, ridefinendo l'iter procedimentale del Project Financing.

In particolare, a seguito della riforma introdotta dal Terzo Correttivo l'art. 153, rubricato "Finanza di progetto", ha identificato la finanza di progetto con le peculiari procedure di cui allo stesso articolo finalizzate all'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici alternative alla tradizionale procedura disciplinata dall'art. 143 del Codice. Rispetto a quest'ultima, nella quale l'amministrazione aggiudicatrice pone a base di gara un progetto di livello almeno preliminare, va rilevato che nelle procedure che utilizzano la finanza di progetto tutta la progettazione dell'opera (non solo quella definitiva ed esecutiva, ma anche quella preliminare) è affidata al soggetto privato.

Quindi il Codice ha da un lato semplificato il procedimento di scelta del concessionario previsto dalla Legge Merloni e dall'altro ha individuato modelli alternativi di finanza di progetto rispetto a quella "ordinaria", contraddistinti da elementi procedurali. Questi due aspetti sono legati tra loro in quanto, l'Articolo 153 del Codice, dedicato alla finanza di progetto, e

composto di 21 commi, è costruito in modo tale da caratterizzare le diverse figure attraverso le relative procedure.

Questo però ha portato alla problematica relativa agli interessi pubblici da perseguire. Infatti spesso si incorre verso un perseguimento degli interessi secondo meccanismi e procedure tradizionali, che sono, di difficile applicazione al project financing privatistico. Si crea quindi un equivoco che caratterizza l'intera procedura. Nel momento in cui si intende coinvolgere il soggetto privato, si pongono una serie di paletti che limitano i pregi dell'istituto. La Merloni – *ter* infatti, non ha mai abdicato il suo ruolo di garanzia e di curatrice di interessi pubblici e ciò non ha consentito al Project Financing di produrre quegli effetti che avrebbe potuto produrre e che erano alla base della riforma stessa. Inoltre il fatto che nella Legge Merloni non si parlasse di Project Financing né di finanza di progetto era un significativo elemento per indicare i limiti della trasposizione.

Infatti, ai sensi della Legge Merloni potevano risultare necessarie tre procedure per aggiudicare la concessione di costruzione e gestione con promotore: la valutazione anche comparativa delle proposte presentate dagli aspiranti promotori; la “gara” tra gli aspiranti concessionari non promotori, ed infine la procedura negoziata (trattativa privata) tra il promotore prescelto nella prima fase ed i due migliori non promotori individuati nella seconda fase. Da questo procedimento, possiamo osservare come l'incisività anche temporale del Project Financing, ne usciva stravolta.

Con l'entrata in vigore del Codice si è cercato di risolvere queste problematiche e ostacoli anche se sono presenti molti dubbi sul raggiungimento effettivi degli scopi che dovevano essere perseguiti.¹¹⁶

Sono state eliminate le tre fasi procedurali ma è anche vero ora sono presenti due possibili procedure concorrenti, una a una fase (scelta del promotore – concessionario), e l'altra a due fasi (scelta del promotore, scelta del concessionario, anche attraverso un diritto di prelazione del promotore).

¹¹⁶ Cfr. N. Lugaresi, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico – privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011, cit. p. 585.

Infine le ultime modifiche alla disciplina della finanza di progetto sono state apportate dal Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70 (cd. "Decreto sviluppo"), convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106.

Oltre alle nuove disposizioni in tema di asseverazione, il Decreto Sviluppo ha introdotto, al Comma 19 dell'art. 153, una nuova procedura di aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici - in aggiunta alle tre procedure già previste dallo stesso articolo - che consente il ricorso dei privati alla finanza di progetto anche per le opere non presenti nella programmazione triennale delle pubbliche amministrazioni. Altra novità di rilievo è l'introduzione al Comma 19 - bis della possibilità che la proposta del privato di cui al Comma 19 relativa ad un'opera non inserita nella programmazione, riguardi, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 160 - bis del Codice.¹¹⁷

Se c'è un settore nel quale il Project Financing dovrebbe trovare il suo naturale sviluppo, questo è proprio quello delle grandi infrastrutture, sia in ragione del considerevole impatto finanziario di queste ultime, sia perché le tariffe che gli utenti pagano come corrispettivo della fruizione di tali opere, assicurano il così detto cash flow idoneo a remunerare l'investimento dei promotori.

¹¹⁷ Per una disamina più approfondita della disciplina relativa al Project Financing, cfr. A. Police, *Legislazione delle opere pubbliche e dell'edilizia*, 2004; A. Falini, *Project Financing: valutazione dei rischi e asseverazione*, 2005; S. Presilla, *Il Project Financing in Italia*, 2006; M. Maluzzani, *Il Project Financing negli enti locali*, 2004; R. Baccolini, D. Baldini, *Il Project Finance in Italia*, 2006; M. Lettieri, *Il Project Financing. Disciplina e operatività*, 2009; C. Lucidi, *Manuale di Project Finance*, 2005; M. Gentile, *Project Financing. La nuova Disciplina. Guida operativa*, 2009; E. Picozza, *La finanza di progetto (Project Financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, 2005; T. V. Russo, P. Marchetti, *Manuale di diritto e tecnica del Project Financing*, 2010; A. Falini, *La strategia economico - finanziaria degli enti locali*, 2000; A. Amato, *La finanza di progetto tra aspettative e criticità*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/2005, p. VII - XVII; S. Kleimeier, W. Megginson, *I finanziamenti di Project Finance differiscono dagli altri prestiti sindacati?*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/2005, p. 1 - 25; I. Consigliere, *Le caratteristiche della finanza di progetto e le loro implicazioni sulla struttura a termine dei tassi di interesse: analisi empiriche e stime econometriche*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/2005, p. 27 - 63; A. Tullio, *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di Project Finance*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/2005, p.175 - 231.

La finanza di progetto è espressamente considerata dall'Articolo 3, comma 15 - *ter*, del D.lgs. 163/2006 (Codice dei Contratti Pubblici)¹¹⁸ un «contratto di partenariato pubblico - privato».

Infatti, dagli anni '90, a causa di budget pubblici ridotti e di accresciute esigenze, la realizzazione di infrastrutture è stata accompagnata dalla formazione delle cosiddette *Public Private Partnerships* (PPP), ovvero sistemi contrattuali in cui un servizio pubblico o un'iniziativa privata viene finanziata e resa operativa attraverso una *partnership* tra pubblica amministrazione e settore privato, con l'utilizzo della tecnica del *project finance*.

Non a caso, in un momento delicato per i bilanci degli Stati, le infrastrutture sono il luogo in cui la politica economica di un paese può convergere con il mercato dei capitali per il raggiungimento di obiettivi economici e sociali.¹¹⁹

La realizzazione di infrastrutture, oltre ad andare incontro alla necessità del settore pubblico, nel dotarla di servizi essenziali in maniera efficiente, permette anche la stabilizzazione dei rendimenti degli investitori, garantendo loro un buon tasso di rendimento del tutto diversificato rispetto agli *assets* classici, soprattutto dopo la crisi dei mercati finanziari, generata negli Stati Uniti dal settore dei mutui subprime.

I contratti propri di PPP (tra i quali rientrano anche la Concessione dei servizi, la Locazione finanziaria e le società miste), sono contratti di cooperazione a lungo termine disciplinati contrattualmente tra il settore

¹¹⁸ Articolo 3, comma 15, del D.lgs. 163/2006: «i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi». (comma introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 152 del 11/09/2008 in vigore dal 17/10/2008 e successivamente così modificato dall'art. 44, comma 1, lettera b) D.L. n. 1 del 24/01/2012 in vigore dal 24/01/2012, convertito senza modificazioni dalla Legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, in vigore dal 25/03/2012) – (si veda anche quanto disposto dall'art.18 della L. 183/2011 in vigore dal 01/01/2012).

¹¹⁹ Cfr. M. Preziuso, *Il Project Finance per le infrastrutture e lo sviluppo*, 2008.

pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi¹²⁰ legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto.¹²¹

Quindi alla luce di queste considerazioni la finanza di progetto è da considerarsi un contratto PPP, con lo scopo di avvalersi delle capacità tecniche, progettuali, economiche e finanziarie del privato che assume un ruolo più incisivo rispetto a quello ricoperto in sede di appalto. Il tutto deve avvenire senza escludere le amministrazioni locali.

Non si può tralasciare in questa sede di esaminare il ruolo rivestibile da Cassa Depositi e Prestiti nella realizzazione di infrastrutture con il coinvolgimento di capitali privati, attesa la riforma che di recente l'ha riguardata proprio per garantirne un maggiore operatività nei mercati dei capitali. La Cassa può infatti essere chiamata a intervenire con la gestione separata a finanziare Regioni ed enti locali, affinché questi possano partecipare, in qualità di investitori, al capitale della società di progetto.¹²²

Gli strumenti di Project Financing offerti da CDP sono strutturati secondo le esigenze dei singoli progetti e seguono la Best Practice di settore. In tale ambito la Cassa depositi e prestiti accompagna le controparti in tutte le fasi tipiche, dall'advisory in fase di proposta e gara, alla strutturazione delle fonti di finanziamento, all'underwriting, closing e sindacazione dei finanziamenti medesimi.

I clienti di riferimento sono le Società affidatarie di concessioni di costruzione e gestione, sia con ricavi a tariffa (rischio mercato/domanda) sia con Canoni di Disponibilità, o di contratti relativi a servizi pubblici; imprese

¹²⁰ Per un maggior approfondimento sui rischi del contraente privato, cfr. R. Cori, C. Giorgiantonio, I. Paradisi, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di Project Financing in Italia*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza*, Dicembre 2010, n. 82. C. Bentivoglio, E. Panicara, A. Tidu, *Il project Finance nei servizi pubblici locali: poca finanza e poco progetto?*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza*, Settembre 2008, n. 25.

¹²¹ V. Risoluzione 26 ottobre 2006, cit., punto C.

¹²² Cfr. M. Passalacqua, *Società di progetto concessionaria di lavori pubblici affidati dall'ente locale e private finance initiative*, in AA.VV., (a cura di L. C. Cadeddu, E. Bani), *Strumenti finanziari e risorse per le autonomie*, *Atti del Convegno di studi Cagliari*, 16 - 17 Marzo 2007, cit. p. 78.

di costruzioni, gestione e impiantistica (o loro ATI/RTI) che operano in qualità di promotori di concessioni di costruzione per opere di interesse pubblico; le imprese di costruzione, società di ingegneria/impiantistica e consorzi (stabili e cooperativi) qualificati come General Contractor; le società operanti nel settore immobiliare in prevalenza nell'ambito di operazioni di riqualificazione urbana o territoriale.

La Cassa depositi e Prestiti, essendo considerata come il catalizzatore dello sviluppo delle infrastrutture del Paese, supporta progetti di interesse pubblico e investimenti di imprese che operano nei servizi pubblici. Gli strumenti che la CDP utilizza per raggiungere questi obiettivi sono, appunto il Corporate Finance e il Project Finance. Attraverso il primo, effettua finanziamenti destinati alla fornitura di servizi pubblici inclusi nei piani industriali delle aziende di riferimento nei relativi settori di appartenenza (multi utility e large corporate), con il secondo effettua finanziamenti di singoli progetti infrastrutturali (singole opere destinate alla fornitura di servizi pubblici) con ricorso limitato o senza ricorso sui soggetti promotori in linea con la best practice di mercato.¹²³ I finanziamenti che vengono erogati sono a lungo termine e soprattutto complementari alle altre usuali fonti di finanziamento (equità, contributi, autofinanziamento, etc.). I principali settori di intervento riguardano i trasporti (Autostrade e infrastrutture a pedaggio, Metro, Tram, Trasporto ferroviario, Tpl, porti e Aeroporti), il settore PPP (ospedali, edilizia pubblica, riqualificazione urbana e parcheggi), ambiente (servizi ambientali, trasformazione e termovalorizzazione dei rifiuti, servizio idrico integrato), energia (generazione, rigassificatori, reti di trasmissione e distribuzione di Gas ed energia).

Per quanto concerne il settore infrastrutture – housing sociale la Cassa Depositi e Prestiti Investimenti Sgr S.p.A., con delibera del Consiglio di Amministrazione del 16 ottobre 2009, ha istituito il primo fondo gestito dalla

¹²³ La CDP ha finanziato nel corso del 2012 opere infrastrutturali in numerosi settori, con un focus più marcato nei settori del gas, delle multi – utilities e delle autostrade. I principali beneficiari sono stati: Autovie venete, terza corsia A4, Concessioni Autostradali Venete, Passante di Mestre, BreBemi, Autostrade S.p.A., Traforo del Frejus, Gasdotti, Reti metropolitane.

società: il fondo comune di investimento immobiliare di tipo chiuso, riservato a investitori qualificati, denominato “Fondo Investimenti per l’Abitare” (FIA), il cui regolamento di gestione è stato approvato dalla Banca d’Italia con delibera n. 167 del 11 marzo 2010.

Il Fondo investe nel settore dell’edilizia privata sociale e ha la finalità istituzionale di incrementare sul territorio italiano l’offerta di alloggi sociali per la locazione a canone calmierato e la vendita a prezzi convenzionati, a supporto e integrazione delle politiche di settore dello Stato e degli enti locali.

Operando su tutto il territorio nazionale, permette alle famiglie, non in grado di soddisfare sul mercato le proprie esigenze abitative, ma con redditi superiori a quelli che danno diritto alle assegnazioni dell’Edilizia Residenziale Pubblica (la cosiddetta “fascia grigia”), di realizzare case a costi accessibili.¹²⁴

Il FIA investe il proprio patrimonio principalmente in quote di fondi comuni d’investimento immobiliari operanti a livello locale e gestiti da altre società di gestione del risparmio, attraverso partecipazioni nel limite massimo del 80%. Tale limite è stato approvato dall’Assemblea dei Partecipanti del FIA del 16 aprile 2013 e consente a CDPI di graduare fino al 80% l’investimento nei Fondi locali, in funzione della loro prestazione sociale, connotata - per esempio - dalla maggiore quota di alloggi in locazione di lungo periodo o dalla presenza di destinazioni attinenti, come gli alloggi per studenti. Saranno inoltre privilegiati gli interventi che prevedono il riutilizzo di immobili esistenti e la riqualificazione di aree dismesse, specie se promosse e coordinate dalle politiche pubbliche locali.

¹²⁴ Il FIA ha raccolto, con cinque *closing*, da luglio 2010 a marzo 2012, 2 miliardi e 28 milioni di euro, di cui 1 miliardo sottoscritto da Cassa Depositi e Prestiti (49,3%), 140 milioni dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (6,9%) e 888 milioni da parte di gruppi bancari e assicurativi e di casse di previdenza privata (43,8%).

4.3 Il Project Bond all'interno delle infrastrutture

Congiuntamente al conseguente incremento del ricorso al PPP, in tempi più recenti, è emersa una consistente contrazione di risorse rese disponibili dal sistema bancario in termini sia quantitativi che qualitativi che pregiudica e incide in maniera forte sulle infrastrutture in PPP, in quanto, per la loro realizzazione, sono necessari ingenti finanziamenti iniziali con durata di medio – lungo termine.

Per questo motivi, si è cercato di trovare soluzioni alternative, volte ad allargare le fonti di provvista al mercato dei capitali coinvolgendo investitori di lungo termine (CDP). In questa direzione, importanti iniziative europee e nazionali hanno riguardato i project bond.

I project bond sono, a tutti gli effetti, dei titoli di debito con scadenza di medio - lungo periodo, volti ad attrarre capitali privati per finanziare progetti specifici. Sono utilizzati in Europa prevalentemente per promuovere lo sviluppo delle opere di interesse e di utilità nazionale. In Italia sono disciplinati dalle leggi 27, 134 e 221 del 2012 e possono essere emessi soltanto da società coinvolte nella realizzazione di infrastrutture stradali, reti di telecomunicazione, reti elettriche e di trasporto del gas e altri servizi di rilevanza pubblica. A livello internazionale esistono due tipi principali di project bond: i titoli *greenfield*, la cui raccolta va a finanziare la realizzazione di opere in fase di realizzazione, e i *brownfield*, destinati invece a rifinanziare il debito di opere già in esercizio, esclusi per ora dalla legislazione italiana.

L'obbligazione di progetto (o Project Bond) è, quindi, un titolo obbligazionario emesso da una società di progetto (Special Purpose Vehicle – “SPV”) la cui fonte di rimborso è essenzialmente rappresentata dai flussi di cassa derivanti dalla gestione del progetto. Il Project Bond è emesso direttamente dalla SPV, collocato sul mercato dei capitali ed indirizzato ad investitori istituzionali che in relazione alle caratteristiche degli impiegati assunti, hanno esigenze di impiego di medio/lungo termine.

Il Project Bond si differenzia dai prodotti generalmente offerti sul mercato dei capitali per l'elevato grado di complessità della struttura, per la

necessità di monitorare puntualmente l'andamento del progetto e per la capacità, richiesta agli investitori, di valutare e gestire eventuali modifiche o deroghe ai termini ed alle condizioni del titolo per assecondare eventuali difformità del reale andamento del progetto rispetto a quanto previsto al momento del collocamento del titolo steso.¹²⁵

A livello europeo è stato introdotto un meccanismo finalizzato a migliorare il rating dell'emissione obbligazionaria così da facilitare il collocamento dei bond sul mercato connessi alla realizzazione di infrastrutture rientranti nelle reti TEN – trasporti, TEN – energia e nelle reti per l'innovazione.¹²⁶

La Banca Europea degli Investimenti (BEI), seleziona progetti di qualità e mediante un meccanismo di compartecipazione di risorse proprie ed europee, concede un finanziamento o una garanzia alla società di progetto, pari al massimo al 20 per cento dell'emissione obbligazionaria; il finanziamento o l'importo eventualmente escusso della garanzia assumono così il carattere di debito subordinato, cioè suscettibile di rimborso solo successivamente al soddisfacimento delle pretese degli obbligazionisti, rafforzando per questa via le loro aspettative di rimborso e conseguentemente la loro propensione ad investire.¹²⁷

A livello nazionale, con l'Articolo 41 del D.l. n. 1/2012¹²⁸, la materia è stata riformata, riscrivendo così l'Articolo 157 del Codice dei contratti

¹²⁵ Cfr. *Il ruolo di CDP nel finanziamento delle infrastrutture e dei servizi pubblici*, materiale fornito dalla Cassa Depositi e Prestiti, sede di Roma.

¹²⁶ Commissione Europea, Consultation Paper on the Europe 2020 Project Bond Initiative, 28 Febbraio 2012 e regolamento UE n. 670/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 Luglio 2012. L'iniziativa è ora in una fase pilota da realizzare nel biennio 2012 – 2013 con uno stanziamento del bilancio europeo pari a 230 milioni di Euro, di cui ne potranno beneficiare circa 10 progetti, selezionati in base alle richieste e con criteri di mercato. Al termine della fase pilota, si procederà ad una verifica dei risultati conseguiti che, in caso di esito positivo porterà al Project Bond Initiative ad essere pienamente integrata nel prossimo quadro finanziario pluriennale (Multiannual Financial Framework 2014 – 2020). Per un maggior approfondimento, cfr. A. Police, *Crisi economica e ruolo del Project Financing e dei Project Bonds*.

¹²⁷ Cfr. A. Tonetti, *Il finanziamento alle infrastrutture*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2013, p. 254.

¹²⁸ Articolo 41 D.l. 1/2012: « Al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, l'articolo 157 e' sostituito dal seguente: "Art. 157 (Emissione di obbligazioni da parte delle società di progetto) (art. 37-sexies, legge n. 109/1994) – 1. Le società costituite al fine di realizzare e gestire una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità possono emettere,

pubblici, rimuovendo gli ostacoli di ordine amministrativo e civilistico. Questo ha consentito il ricorso al regime speciale a condizione di riservare i project bond agli investitori qualificati, in grado di apprezzare i rischi sottesi all'operazione.

La Bei, sfruttando le sue capacità di analisi tecnica ed economica dei progetti, potrebbe offrire garanzie su titoli emessi dalle società create per realizzare e gestire infrastrutture. Essa offrirebbe così agli investitori il proprio merito creditizio (triplo A) consentendo al progetto di beneficiare di un funding favorevole. In tal modo risorse finanziarie si renderebbero disponibili senza impatto sui bilanci pubblici. Associando questa possibilità all'intervento nell'equity dei progetti di soggetti specializzati, quali il nascente fondo Marguerite, l'effetto propulsivo sarebbe ancora maggiore. Questa possibilità è oggetto di riflessione in quanto la Bei deve rispettare il principio di sussidiarietà (intervenire solo in aggiunta agli operatori di mercato).¹²⁹

Questi strumenti presentano diversi vantaggi, sia per gli emittenti sia per i sottoscrittori¹³⁰ e, i titoli, possono essere garantiti dalla Cassa depositi e prestiti e dalla Sace, aumentando la sicurezza degli investimenti.

Il 7 Agosto 2012, è stato firmato dal Ministro dell'Economia Vittorio Grilli e dal vice-Ministro delle Infrastrutture Mario Ciaccia, registrato il 14

previa autorizzazione degli organi di vigilanza, obbligazioni, anche in deroga ai limiti di cui all'articolo 2412 del codice civile, purché destinate alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati come definiti ai sensi del regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; dette obbligazioni sono nominative e non possono essere trasferite a soggetti che non siano investitori qualificati come sopra definiti. I titoli e la relativa documentazione di offerta devono riportare chiaramente ed evidenziare distintamente un avvertimento circa l'elevato profilo di rischio associato all'operazione. Le obbligazioni, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario, possono essere garantite dal sistema finanziario, da fondazioni e da fondi privati, secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti". Cfr. A. Police, *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del Project Financing e dei Project Bonds*.

¹²⁹ Cfr. D. Scannapieco, *Infrastrutture, rilancio con i «Project Bond»*, il Sole 24Ore – 17 Febbraio 2010, in www.astrid-online.it

¹³⁰ Ai primi permettono di ottenere liquidità per avviare progetti altrimenti bloccati o rallentati per l'assenza di fondi, anche quando non sono possibili altre strade quali l'emissione di azioni e il ricorso alla leva finanziaria tradizionale. Per i sottoscrittori c'è il vantaggio di una tassazione agevolata sulle rendite finanziarie, ferma al 12,5% (come i titoli di Stato pubblici, e ben inferiore al 20% di azioni e obbligazioni tradizionali).

agosto dalla Corte dei Conti, il decreto interministeriale sui project bond ("Modalità per la prestazione delle garanzie sulle obbligazioni e sui titoli di debito, di cui all'articolo 157 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, concernente emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte delle società di progetto - project bond), pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 210, 8 Settembre 2012. Il decreto era previsto dall'articolo 157 comma 3 del Codice appalti¹³¹ (modificato dal decreto Cresci - Italia, n. 1/2012), come passaggio necessario per disciplinare la prestazione di garanzie, a beneficio dei sottoscrittori dei project bond per coprire i rischi nella fase costruttiva, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura.¹³²

Una delle novità più importanti apportate dal Decreto, è di ammettere che le garanzie possano coprire non solo «sino all'avvio della gestione», ma comprendere anche «fino alla scadenza dei project bond garantiti».¹³³ La garanzia sui project bond riduce il rischio per gli eventuali sottoscrittori (che potranno essere comunque solo "investitori qualificati", non il pubblico dei piccoli risparmiatori), con un costo, che graverà sul piano finanziario dell'operazione di Project Financing. Oltre all'Ambito di applicazione (Articolo 2), il decreto elenca i Soggetti garanti (Articolo 3): banche, intermediari finanziari, imprese di assicurazione, Cassa Depositi e prestiti, Sace, Bei, mentre per fondazioni e fondi pensione - si legge sul Dm - servirà un ulteriore decreto interministeriale. Infine, all'Articolo 4¹³⁴, disciplinando

¹³¹ L'Articolo 157 comma 3 del Codice appalti, afferma che «Le obbligazioni e i titoli di debito, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario, possono essere garantiti dal sistema finanziario, da fondazioni e da fondi privati, secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti».

¹³² Cfr. G. Santilli, *Project Bond, garanzie CDP*, in www.sole24ore.com, Giovedì 2 Agosto 2012, n. 212.

¹³³ L'Articolo 2 del Decreto dispone che « Le garanzie possono essere rilasciate per una durata corrispondente al periodo di costruzione e di avvio della gestione dell'infrastruttura o del nuovo servizio di pubblica utilità, sino all'effettiva entrata a regime degli stessi, ovvero fino alla scadenza dei project bond garantiti. Le garanzie sulle obbligazioni ed i titoli di debito emessi per il rifinanziamento del debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità ai sensi dell'art. 1, comma 5, decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, possono essere rilasciate anche nel periodo successivo all'avvio della gestione della infrastruttura, coerentemente con le previsioni del piano economico finanziario vigente.»

¹³⁴ Articolo 4, comma 2: «Le garanzie sono rilasciate sulla base della valutazione del merito di credito del soggetto emittente e della adeguata sostenibilità economico finanziaria

le modalità operative, viene stabilito che le garanzie vengono rilasciate dopo aver realizzato una valutazione di merito, relativa all'adeguata sostenibilità economica – finanziaria, sul soggetto e sul progetto.

5 - GLI STRUMENTI DELLE FONDAZIONI BANCARIE PER FINANZIARE LE INFRASTRUTTURE

Le Fondazioni Bancarie sono anch'esse impegnate nel settore delle infrastrutture, ricoprendo un ruolo di notevole importanza. Infatti le fondazioni Cariplo, Cassa di Risparmio di Torino, Cassa di Risparmio di Cuneo, Cassa di Risparmio di Lucca, Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo, Cassa di Risparmio di Forlì, Fondazione Banco di Sardegna, Ente CR Firenze, Compagnia di San Paolo, sono sponsor del Fondo di investimento F2i sia nel ruolo di azioniste che rivestono nei confronti della Cassa Depositi e Prestiti sia come azioniste, in senso autonomo, del Fondo stesso. Lo stesso, si può dire per quanto concerne il Fondo PPP, nel quale, tra i sottoscrittori, troviamo la Fondazione Cariplo, la Fondazione Cariparo e la Fondazione Compagnia di San Paolo.

Tuttavia le Fondazioni Bancarie, oltre ad essere sponsor di Fondi istituiti dalla Cassa Depositi e Prestiti gestiscono in maniera del tutto autonoma altri Fondi che intervengono nel settore delle infrastrutture e dell'Housing sociale¹³⁵.

degli investimenti, tenendo conto della redditività potenziale dell'opera, anche sulla base del relativo piano economico finanziario. La garanzia copre il rischio di inadempimento del debitore principale per capitale e interessi e può essere escussa a seguito del mancato pagamento di uno o più pagamenti dovuti a termini del regolamento del prestito ovvero in caso di dichiarazione di insolvenza dell'emittente o assoggettamento dell'emittente a fallimento o altra procedura concorsuale di liquidazione applicabile.»

¹³⁵ Si fa riferimento in particolare, al Fondo Immobiliare Lombardia, (già Fondo Abitare Sociale 1), un fondo chiuso di investimento immobiliare riservato ad investitori istituzionali e destinato all'investimento nel mercato abitativo con una prevalenza nell'ambito territoriale della Regione Lombardia. Lo scopo del Fondo consiste nella realizzazione di interventi abitativi nell'ambito del c.d. "abitare sociale", definito come insieme di alloggi e servizi, finalizzati a contribuire a risolvere il problema abitativo di famiglie e persone, con riguardo particolare alle situazioni di svantaggio economico e/o sociale. Questi interventi vengono realizzati attraverso la collaborazione con il settore non profit e con la Pubblica Amministrazione e in particolare con la Fondazione Housing Sociale. Il Fondo Immobiliare di Lombardia è il primo fondo etico dedicato all'housing sociale avviato

Le fondazioni, che storicamente controllavano le maggiori banche italiane e che ancora oggi figurano tra i maggiori azionisti delle principali istituzioni finanziarie del Paese, hanno progressivamente diversificato i propri investimenti e rafforzato il proprio ruolo sociale di promozione di progetti di infrastrutture (nazionali e locali), di ricerca scientifica, educazione, arte, cultura e salute.

I mutamenti economici e sociali e la crisi finanziaria che sta caratterizzando il nostro Paese, hanno influenzato molto l'agire delle Fondazioni aumentando la loro convinzione che per ottimizzare le risorse disponibili, sempre più scarse, e perseguire il benessere del proprio territorio, occorrono azioni che racchiudano l'intervento di diverse istituzioni che si troverebbero a collaborare tra loro. Non solo: la crisi ha reso ancora più stringente la necessità di perseguire con determinazione obiettivi già considerati da tempo nelle politiche delle Fondazioni, quali l'efficienza gestionale, l'efficacia degli interventi, la sostenibilità, le logiche di rete sul territorio. La comunità di riferimento assume un ruolo fondamentale per le azioni di lungo termine e le Fondazioni, con i loro contributi, puntano a sostenere strategie che favoriscano l'integrazione delle diverse politiche locali, delle risorse e delle specificità del territorio.

Le Fondazioni, creano quindi programmi e progetti per la realizzazione di questi obiettivi e tutti sono caratterizzati dallo "sviluppo locale". Con tale espressione ci si riferisce a una vasta gamma di iniziative caratterizzate dal fine di utilizzare o accrescere le potenzialità del territorio. Sul proprio territorio di riferimento ogni Fondazione, consapevole dei punti di forza del territorio stesso, elabora un suo modo di rispondere ai diversi fattori di crisi emergenti, individuando modalità specifiche per la destinazione di risorse per le erogazioni, l'individuazione di forme di

nel 2006 su iniziativa della Fondazione Housing Sociale e della Fondazione Cariplo, due enti che per far fronte al disagio abitativo hanno cercato nuove opportunità per incrementare gli investimenti nel settore dell'housing sociale. Gli investitori del Fondo Immobiliare Lombardia sono: Fondazione Cariplo, Regione Lombardia, Cassa Depositi e Prestiti, Intesa San Paolo, Banca Popolare di Milano, Assicurazioni Generali, Cassa Italiana Geometri, Prelios, Telecom Italia, oltre al Fondo Investimenti per l'Abitare, gestito da CDP Investimenti sgr. Cfr. www.fhs.it.

investimento patrimoniali e di sinergie da promuovere tra i diversi attori del territorio attraverso sistemi di relazioni locali. Le Fondazioni si pongono come istituzioni che puntano a individuare e affrontare le cause dei problemi sociali, economici e culturali che ostacolano lo sviluppo della comunità di riferimento: non solo, quindi, interventi a carattere emergenziale volti a risolvere situazioni contingenti di difficoltà, ma anche programmi di sviluppo di ampio respiro finalizzati a rafforzare i processi di crescita nel lungo periodo.¹³⁶

Le Fondazioni, per il tramite dell'Acri, hanno avviato la sperimentazione di un nuovo approccio metodologico, iniziato nel 2010 e proseguito nel 2011, volto a migliorare l'efficacia e l'impatto dell'azione delle Fondazioni a livello territoriale tramite la valorizzazione dei suoi punti di forza, portando avanti gli obiettivi da perseguire. In particolare si fa riferimento al sostegno alle cosiddette "vulnerabilità sociali", cioè interventi per il sostegno di fasce deboli delle singole comunità locali (varie tipologie di servizi alla persona, sostegno a favore del pluralismo sociale, progetti di *housing sociale* o altre soluzioni innovative per fronteggiare la carenza di abitazioni a prezzi calmierati, misure straordinarie per combattere la crisi economica, microcredito, ecc.); sostegno a progetti per la realizzazione o il miglioramento di infrastrutture ramificate nel territorio (mobilità viaria, ferroviaria e aeroportuale, strutture turistiche, reti di cablaggio, ecc.); strategie di investimento del patrimonio orientate a offrire un ulteriore apporto allo sviluppo economico delle aree di riferimento (investimenti nelle "multiutilities" locali, negli Enti, nel settore delle infrastrutture, in attività di "venture capital" e "venture philanthropy", ecc.).

Tra i progetti più ricorrenti in questo ambito, vi sono quelli finalizzati al rafforzamento del sistema produttivo locale (sostegno a centri polifunzionali, *start-up* di nuove imprese, innovazione tecnologica), gli

¹³⁶ Cfr. *Diciassettesimo rapporto sulle Fondazioni Bancarie*, 2011, cit., p. 149, in www.acri.it.

interventi di riqualificazione urbana e le iniziative volte alla promozione dei prodotti tipici e della cultura locale.¹³⁷

Inoltre, le Fondazioni effettuano interventi di finanziamento nel settore dell'Edilizia popolare locale¹³⁸, a cui vengono destinati 8,8 milioni di euro e 101 interventi, pari rispettivamente a 17,6% e 7% del settore. Il comparto raggruppa interventi finalizzati all'incremento o al recupero del patrimonio abitativo destinato alle fasce sociali che non hanno accesso alle forme di edilizia pubblica. L'aumento dei flussi, evidenzia lo sforzo e la particolare attenzione delle Fondazioni nel dare risposte alle crescenti emergenze abitative del territorio dimostrando, coerentemente con quanto osservato nei precedenti settori dell'area "sociale", una crescente sensibilità verso il sostegno delle fasce più deboli della popolazione.

È opportuno precisare che l'attività tipica di housing sociale svolta dalle Fondazioni è rappresentata solo in parte dal dato erogativo qui esposto. Il terreno di maggior impegno al riguardo è costituito infatti dall'investimento del patrimonio della Fondazione in fondi specializzati operanti nel settore dell'edilizia sociale come, ad esempio, il Fondo Housing Sociale Italia Centrale, e dalla creazione di strutture esterne specializzate (come ad esempio la Fondazione per l'Housing Sociale¹³⁹ finanziata dalla Fondazione Cariplo).

¹³⁷ A titolo esemplificativo si ricorda la Fondazione Cassa di Risparmio di Genova e Imperia che ha erogato 1.000.000 di Euro per la costruzione di impianti nel comprensorio sciistico di Monesi di Triora sulle Alpi marittime che rappresenta l'unico centro per sport invernali della provincia di Imperia e di tutta la Regione Liguria; la Fondazione Cassa di Risparmio delle Province Lombarde ha erogato 1.000.000 di Euro per il Progetto "La Comunità Sostenibile - Green sul Serio" per la rigenerazione socio- economica della Comunità Valle Seriana. Per una maggiore analisi dei vari interventi realizzati dalle Fondazioni, cfr. *Fondazioni, periodico delle Fondazioni di origine bancaria*, in www.acri.it.

¹³⁸ A titolo esemplificativo si ricorda la Fondazione Cassa di Risparmio di Pistoia e Pescia che ha erogato 5 milioni di Euro per il "Progetto di Edilizia Sociale" con il quale ci si propone di realizzare insediamenti abitativi e alloggi destinati alle fasce economiche più in difficoltà attraverso un canone di locazione agevolato; la Fondazione Cassa di Risparmio delle Province Lombarde ha erogato 300.000 Euro per il progetto "Camminando..ci si avvicina a casa" destinato all'edilizia sociale integrata per l'accoglienza e lo sviluppo di un'autonomia sostenibile. Per una maggiore analisi dei vari interventi realizzati dalle Fondazioni, cfr. *Fondazioni, periodico delle Fondazioni di origine bancaria*, in www.acri.it.

¹³⁹ La Fondazione Housing Sociale, costituita dalla Fondazione Cariplo con la partecipazione, fin dalle prime fasi del progetto, della Regione Lombardia e dell'ANCI Lombardia, ha esclusivamente fini di solidarietà sociale e, con l'obiettivo di contribuire a risolvere il problema abitativo con attenzione alle situazioni di svantaggio economico e

Il Fondo Housing sociale Italia Centrale¹⁴⁰, istituito nel 2011, con una durata di 27 anni, si qualifica come la prima iniziativa nel settore a livello interregionale e opera per aumentare la dotazione di alloggi sociali sul territorio, ma anche per riqualificare le aree urbane, compresi i centri storici. Ideato e promosso dalla Fondazione Pescarabruzzo (Pescara), dalla Fondazione Carisap (Ascoli Piceno), dalla Fondazione Tercas (Teramo) e dalla Fondazione Varrone (Rieti), con la partecipazione della Fondazione Housing Sociale e di Sinloc Spa, e gestito da Investire Immobiliare SGR, società del Gruppo Banca Finnat, il Fondo si pone l'obiettivo di raccogliere risorse per un ammontare almeno pari a 100 milioni di Euro.

Alla dotazione del Fondo partecipa, inoltre, la Cassa Depositi e Prestiti che, tramite il Fondo Investimenti per l'Abitare, ha deliberato preliminarmente un investimento non vincolante pari al 40% della dotazione, ovvero 40 milioni.

Il Fondo immobiliare rappresenta un valido strumento operativo in grado di aggregare sotto una regia comune la realizzazione di importanti progetti di investimento assicurando un percorso trasparente e professionale; è tra l'altro uno degli esempi più significativi di collaborazione e interazione tra Fondazioni di origine bancaria appartenenti a territori non necessariamente contigui, ancorché fortemente interconnessi. Il Fondo, inoltre, si pone l'obiettivo di costituirsi come piattaforma di riferimento per riunire e rendere maggiormente visibili e finanziabili altri progetti simili e, dunque, di aggregare altri attori che condividano i medesimi obiettivi sociali quali Fondazioni, ovvero altri investitori istituzionali, incluse, in particolare, le Amministrazioni locali.

Alla luce di queste considerazioni, le Fondazioni bancarie, attraverso la Cassa Depositi e Prestiti e attraverso i loro interventi (in quanto Fondazioni) confermano la loro scelta di sostenere interventi volti a migliorare la condizione abitativa (e non solo) delle persone in difficoltà favorendo la

sociale, si propone di promuovere, progettare e gestire tutte le azioni concretamente possibili, utili a sostenere iniziative abitative socialmente orientate. Per un maggior approfondimento, cfr. www.fhs.it.

¹⁴⁰ Per un maggior approfondimento, cfr. www.investireimmobiliariesgr.com.

formazione di un ambiente abitativo e sociale, nonché un sistema infrastrutturale dignitoso all'interno del quale sia possibile accedere non solo a un alloggio adeguato, ma anche a servizi che consentano la creazione di relazioni umane ricche e significative.¹⁴¹

¹⁴¹ In particolare la Fondazione Cariplo conferma la sua scelta di sostenere interventi volti a migliorare la condizione abitativa delle persone in difficoltà favorendo la formazione di un ambiente abitativo e sociale dignitoso all'interno del quale sia possibile accedere non solo a un alloggio adeguato, ma anche a servizi che consentano la creazione di relazioni umane ricche e significative. In particolare, la Fondazione si pone alcuni obiettivi specifici al fine di sostenere la crescita dell'housing sociale sul territorio: aumentare l'offerta di alloggi per persone in forte disagio abitativo, in modo tale che siano ospitate e accompagnate verso una più completa autonomia e reinserimento; favorire l'accesso delle fasce deboli al mercato dell'affitto, promuovendo strumenti che facilitino l'incontro tra domanda e offerta; rafforzare e aumentare i soggetti non profit che operano nell'housing sociale, in modo tale da consolidare e qualificare maggiormente il settore, favorendo anche occasioni di crescita e di confronto reciproco; valutare e diffondere le pratiche migliori di housing sociale, in modo tale da essere accolte e replicate in differenti contesti da altre organizzazioni e all'interno delle politiche abitative territoriali. Cfr. Piano di azione 2013 Fondazione Cariplo, punto 9.

CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, possiamo trarre delle conclusioni, analizzando i due istituti in questione (Fondazioni di origine bancaria e cassa Depositi e Prestiti) nel contesto del fenomeno delle privatizzazioni, che ha caratterizzato il nostro Paese negli ultimi decenni del secolo scorso.

Con il termine privatizzazione viene in generale descritta una vicenda comportante il passaggio dal regime di diritto pubblico a quello di diritto privato.¹ La privatizzazione, infatti, può consistere nell'affidamento di funzioni pubbliche a soggetti privati, che svolgono la loro attività allo spettro dell'interesse pubblico. Tuttavia possiamo parlare di privatizzazione vera e propria ("privatizzazione sostanziale"²) soltanto nel caso in cui si realizzi effettivamente una sostituzione del soggetto pubblico con quello privato.³

Le ragioni che spingono a procedere attraverso il sistema delle privatizzazioni trovano il loro fondamento all'interno di una pluralità di ragioni. Tuttavia tutte possono essere ricondotte all'esigenza di ridisegnare i

¹ Cfr. Dizionario di Diritto Pubblico S. Cassese, def. "Privatizzazione", cit. p. 4502.

² La privatizzazione sostanziale viene definita come «il trasferimento del controllo sulle società ai privati», differenziandosi, quindi, dalla privatizzazione formale, consistente nella «trasformazione dell'ente pubblico in una forma giuridica tipica del diritto privato, di norma la società per azioni». Cfr. G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005, cit. p. 58.

³ Nel nostro ordinamento, soltanto TelecomItalia è integralmente collocata sul mercato, e quindi ha raggiunto la così detta privatizzazione sostanziale. In altri casi vi sono cessioni parziali. Il pacchetto azionario dell'Eni è trasferito per circa l'80 per cento al settore privato e, il discorso è analogo per Enel. Poste Italiane e Ferrovie dello Stato rimangono a lungo a partecipazione pubblica totalitaria anche se sono state trasferite a privati alcune delle società titolari di alcune centrali elettriche delle reti di trasporto dell'energia e delle grandi stazioni ferroviarie.

confini e i contenuti dei rapporti tra pubblico e privato. Infatti, le privatizzazioni, essendo strutturate e pensate per risolvere i problemi derivanti, soprattutto, dalla crisi politica ed economica dei primi anni '90 del ventesimo secolo, oltre a rendere più efficienti le ex imprese pubbliche e per migliorare la qualità delle attività prestate e dei servizi rivolti ai consumatori ed agli utenti, svolgono anche la funzione di riduzione del deficit pubblico e del contenimento della spesa pubblica.

Quindi la privatizzazione ha l'obiettivo di realizzare la sostituzione dell'ente pubblico con una persona giuridica privata. Nel nostro ordinamento questo obiettivo è stato realizzato solo in parte, in quanto molti continuano ad essere sottoposti ad una disciplina speciale.

Sotto questo aspetto le Fondazioni di origine Bancaria e la Cassa Depositi e Prestiti, seppur privatizzate, le prime con la Legge Amato (Legge 218 del 1990), la seconda attraverso la Legge 326 del 2003, presentano numerosi elementi di specialità, accomunati dal fatto che entrambe vengono considerati come soggetti di diritto speciale, seppur qualificate, le Fondazioni come enti, la CDP come società.

Le Fondazioni di origine bancaria, aventi origine dalle antiche casse di risparmio, associazioni private nate nell'Europa centrale ed affermatesi in Italia agli inizi del XIX secolo, da un lato, e la CDP, dall'altro, data la loro natura giuridica, rappresentano una figura assai problematica e interessante, poiché permettono di configurare un *tertium genus*⁴ fra la categoria del settore pubblico e del settore privato.

Entrambe infatti, avendo all'interno un'ingerenza da parte del Ministro dell'economia e delle Finanze, (per quanto concerne la CDP, detiene il pacchetto azionario di maggioranza e per quanto concerne le Fondazioni, detiene il potere di controllo su di esse), fanno sì che lo stato partecipi nella loro attività, diventando soggetti sotto il controllo pubblico e facendo

⁴ Si ritiene infatti che all'interno di questa categoria possano essere ricondotti tutti gli enti attualmente pubblici che non hanno poteri amministrativi. Solo in questo caso la nozione avrebbe una conformazione omogenea. Cfr. Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XXX, cit. p. 12.

mantenere allo Stato, un ruolo di intervento nell'economia di particolare importanza.

Le Fondazioni bancarie, sebbene la Corte Costituzionale con le sentenze 300 e 301 del 2003, le abbia definite persone giuridiche private dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, sono considerate come un istituto proteiforme⁵. Esse sono state, (e lo sono tutt'oggi) uno degli strumenti più efficaci di realizzazione del pluralismo sociale, ma sia nell'ordinamento italiano che in quello francese, sono sempre state considerate come dei corpi intermedi e quindi anche nei confronti delle organizzazioni dei privati che si sovrappongessero tra il cittadino e lo Stato.

Da ciò se ne deduce che la definizione giuridica data dalla Corte Costituzionale delle Fondazioni non risolve il problema di fondo alla questione, e cioè quale regime giuridico deve essere applicato nei loro confronti. Infatti, sono sempre state create nuove figure che vengono qualificate private ma che sono sottoposte a un regime giuridico speciale. Il legislatore non privatizza quasi mai sostituendo all'ente pubblico una persona giuridica rinviando alla disciplina che della persona giuridica privata prescelta da il codice civile, bensì privatizza inventando, di volta in volta, discipline speciali per il tipo di persona giuridica privata nella quale l'ente pubblico dovrebbe trasformarsi.⁶ È lo stesso legislatore a precisare che alle Fondazioni bancarie la disciplina del codice civile è applicabile in quanto compatibile e per quello che non è previsto dalla Legge delega e dal Decreto Ciampi (Articolo 29 del D.lgs. 153/1999).

Lo stesso Consiglio di Stato, Sez. Atti Normativi, par. 1 Luglio 2002, n. 13547, ha ritenuto che nel processo di privatizzazione, il legislatore continua

⁵ Cfr. G. Sala, *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le Fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, in *Diritto e Società*, 1/2005, cit. p. 16.

⁶ Cfr. F. Merusi, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, in *Le Regioni* 2004, cit. p. 275.

⁷ «Quello che è stato definito uno "sdoppiamento tra la valenza pubblicistica e quella privatistica della medesima attività" – e che in tempi passati ha accelerato, se non determinato, l'attrazione della raccolta del risparmio e dell'esercizio del credito in un apposito ordinamento pubblicistico di settore – ha fatto anche sì che il processo di privatizzazione avviato verso la fine del XX secolo abbia seguito in senso inverso lo stesso percorso, nel senso che non si è avuto un ritorno alla disciplina civilistica *tout court*: il legislatore continua ad assegnare il dovuto rilievo agli aspetti che sono propri delle attività

ad assegnare il dovuto rilievo agli aspetti che sono propri delle attività destinate a soddisfare interessi collettivi, ritenendoli comunque compatibili con l'abbandono del regime pubblicistico in favore di una disciplina di diritto privato.

Di conseguenza diventa privo di significato il collegamento tra natura giuridica del soggetto e regime giuridico applicabile. Se in passato quindi, era il nuovo istituto ad essere inserito nell'apparato pubblico o nell'apparato privato, oggi vengono create appositamente discipline speciali che hanno per oggetto l'attività svolta e le esigenze che si ritiene debbano essere soddisfatte e garantite, indipendentemente dalla qualificazione giuridica in senso privatistico o pubblicistico dei soggetti. Anche le ragioni che hanno portato alla costruzione dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico, lo confermano. Si tratta infatti di una figura che permette di individuare i soggetti che sono assoggettati allo speciale regime giuridico dell'evidenza pubblica sulla base di un collegamento con l'amministrazione pubblica per una specifica materia scelta dal contraente.

L'affermazione quindi, che le Fondazioni di origine bancaria abbiano una natura giuridica privata, per quanto concerne l'elemento della specialità del regime, rischia di risultare priva di rilevanza.

Le stesse considerazioni valgono per la Cassa Depositi e Prestiti, qualificata come una società per azioni a partecipazione pubblica⁸ dal momento che il Ministro dell'Economia e delle Finanze detiene l'80 per cento del suo pacchetto azionario. Infatti, se da un lato non sorge alcun dubbio sulla partecipazione pubblica minoritaria al capitale, dall'altro si discute circa il carattere di quelle società⁹ (tra cui la Cassa Depositi e Prestiti), con

destinate a soddisfare peculiari interessi collettivi, pur ritenendoli compatibili con l'abbandono del regime pubblicistico in favore di una disciplina di diritto privato». Consiglio di Stato, Sez. Atti Normativi, par. 1 Luglio 2002, n. 1354, considerato in diritto 2.3.

⁸ Cfr. Dizionario Diritto Pubblico, S. Cassese, def. "Società a Partecipazione pubblica", p. 5600 ss.

⁹ Oltre alla CDP sono società a partecipazione pubblica Anas, Coni servizi, Consip, Enav, Istituto poligrafico dello Stato, Rai etc.). A differenza dell'ordinamento francese, dove chiamano "società pubbliche" quelle il cui potere pubblico ha almeno la maggioranza delle azioni, nel nostro ordinamento tale locuzione non è in uso e prevale quella di società a partecipazione pubblica. Cfr. M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, 1995, cit. p. 163.

partecipazione pubblica prevalente. Il rischio che si cela dietro a queste partecipazioni è che l'ente pubblico si serva della società come sua longa manus, con lo scopo di affrancarsi, nello svolgimento di alcuni suoi compiti, dal diritto pubblico. Si sostiene che l'interesse pubblico, all'interno di queste società, prevalga su quello lucrativo, non perché il secondo sia tramontato, ma perché l'Articolo 11 c.c. afferma che l'ente pubblico è soggetto al diritto comune nei limiti della sua compatibilità con l'interesse pubblico.¹⁰ Quindi, il contratto di società obbliga il socio pubblico (in questo caso il Ministero dell'Economia e delle Finanze) solo in riferimento alle norme che risolvono in modo definitivo i conflitti di interesse (norme c.d. sostanziali) e non invece in relazione a quelle strumentali, che fanno concernenti il funzionamento dinamico della società (in particolare l'Articolo 2247 c.c.¹¹).

Il venir meno dell'idea che all'organizzazione del potere pubblico doveva essere riservato il monopolio degli interessi generali e che di conseguenza solo l'ente pubblico poteva essere sociale, apre il campo a soggetti sociali che non sono enti pubblici ma restano comunque sottoposti alla doverosità e responsabilità dell'ottimale impiego delle risorse per il più efficace perseguimento degli scopi. Le Fondazioni e la Cassa Depositi e Prestiti possono essere ripensate come delle organizzazioni che consentono alla collettività di beneficiare dei beni finalizzati al perseguimento di interessi sociali.

Possiamo quindi affermare che, nonostante l'attività di privatizzazione da parte dello Stato, avvenuta durante gli anni '90 del secolo scorso, esso partecipi attivamente nell'economia, grazie proprio alla presenza di questi istituti dalla natura giuridica particolare. Tuttavia, sembra che si debba rivedere l'assunto di quella dottrina¹² secondo la quale, una progressiva ingerenza dello Stato nell'economia non troverebbe riscontro nelle analisi

¹⁰ Articolo 11, Codice Civile: «Le Province e i Comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico (824 e seguenti).»

¹¹ Articolo 2247 Codice Civile: «Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un' attività economica allo scopo di dividerne gli utili».

¹² Cfr. M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993, cit., p. 7.

per cui l'idea che lo Stato ed economia siano contrapposti e che dove si espande l'uno, l'altra si ritrae. Sembra anzi più corretto, a proposito dell'intervento pubblico nell'economia, parlare piuttosto che di "ingerenze", di "ruolo economico dello Stato" e provare a descrivere sul piano storico e normativo le sue declinazioni negli strumenti di volta in volta adottati.¹³

Un intervento dello Stato nell'economia, sviluppatosi negli ultimi anni (in Italia è apparsa per la prima volta nel 1996), e che ha creato qualche perplessità, è la c.d. "finanza creativa". Se è vero che l'evoluzione o l'involuzione del linguaggio fiscale non ha mai avuto soste, bisogna anche riconoscere che una grande spinta all'utilizzo di neologismi si è avuta con la finanza creativa, inventata negli ultimi anni, il cui merito va attribuito all'ex ministro delle Economia Giulio Tremonti. Con essa si indica una modalità di intervento nel sistema finanziario pubblico, facendo leva su meccanismi e soluzioni contabili presentati e propagandati come innovativi, al fine di risolvere i problemi derivanti dal bilancio pubblico.¹⁴ Possiamo quindi affermare che la Cassa Depositi e Prestiti sia uno strumento di finanza creativa? Seppur l'ex ministro Tremonti lo abbia escluso¹⁵, alla luce delle considerazioni svolte fin'ora sembra opportuno rispondere in maniera affermativa. La Cassa depositi e prestiti, si è posta come strumento per dare ordine ai vari problemi della gestione dei fondi monetari e finanziari che si ritrovavano nelle mani di molti soggetti.

Con molto ritardo rispetto agli altri Paesi Europei, dove è presente un simile istituto (primi fra tutti la Francia, con la sua Caisse des Dépôts et Consignations, e la Germania con il Kreditanstalt fuer Wiederaufbau), soltanto nel 2003 il Governo e il Parlamento italiano compresero che nel

¹³ Cfr. Dizionario Diritto Pubblico, S. Cassese, def. "Economia (ntervento pubblico nell)", cit. p. 2086.

¹⁴ Cfr. S. Novelli, def. "finanza creativa", in www.treccani.it, cit..

¹⁵ «La Cdp non è uno strumento di finanza creativa. La Cassa Depositi e Prestiti é «uno strumento utile per la crescita», ha detto Tremonti. Il ministro ha quindi respinto la critica secondo cui la Cassa rientrerebbe nella finanza creativa: «Modelli equivalenti esistono in Francia, Spagna e Germania».Cfr. N. Cottone, *Tremonti: manovra da 15 miliardi per il pareggio di bilancio. La riforma fiscale non è semplice*, 19 Aprile 2011, in www.ilsole24ore.com.

nuovo scenario economico – politico, di fronte ai vincoli del Trattato di Maastricht e alla competizione globale, la Cassa Depositi e Prestiti poteva avere missioni più ampie con compiti più complessi. Inoltre si comprese che il risparmio raccolto con la garanzia dello Stato poteva avere finalità di interesse pubblico (si veda il finanziamento alle infrastrutture).

Venne, quindi, trasformata per legge in società per azioni, dapprima a capitale totalmente statale (Ministero dell'economia e finanze), poi ceduto al 18,4 per cento ad un gruppo nutrito di Fondazioni di origine bancaria formalmente private, ottenendo di colpo il risultato di attenuare sia il deficit (con i proventi della vendita) sia il debito complessivo, in quanto il peso delle emissioni obbligazionari della CDP resa privata è uscito dal computo del debito pubblico.

In molti Paesi, sia in Europa sia al di fuori di essa (si pensi agli Stati Uniti, Australia e Giappone), il compito di reperire risorse necessarie a soddisfare il fabbisogno finanziario delle Amministrazioni locali è affidato a istituzioni di proprietà pubblica, create con lo scopo di erogare il credito a lungo termine alle Amministrazioni locali o ai soggetti pubblici in generale. Nella maggior parte dei Paesi tali istituzioni prendono il nome di “agenzie di finanziamento” (fatta eccezione per la Francia e per l'Italia per le quali vengono utilizzati rispettivamente utilizzati i termini di “*établissement public*” e “*amministrazione autonoma dello Stato*”) e sono calate all'interno di una grande varietà di vesti giuridiche. La Caisse des Dépôts et Consignations¹⁶ presenta delle assonanze di rilevante importanza con la CDP italiana derivante dal loro potere di attingere al risparmio raccolto agli sportelli postali e, nel caso francese, anche agli sportelli delle Casse di Risparmio e delle banche tramite strumenti specifici per poter finanziarie gli investimenti degli Enti Locali. Inoltre entrambe hanno uno stretto legame con lo Stato centrale sia per quanto riguarda le attività sul piano pratico (avendo rapporti

¹⁶ La Caisse des dépôts et consignations nacque nel 1816 con la funzione di amministrare i depositi obbligatori sia amministrativi che giudiziari presso lo Stato ed era ulteriormente autorizzata anche a ricevere depositi volontari da privati, sia persone fisiche o giuridiche, mentre solo qualche anno dopo iniziò ad investire le risorse a disposizione in prestiti alle collettività locali, diventando il modello ispiratore di istituzioni analoghe in diverse parti del mondo, a partire dalla Cassa Depositi e Prestiti italiana.

non con i singoli ministeri che si occupano di investimenti pubblici ma direttamente con il Tesoro), sia per quanto riguarda la loro organizzazione interna.

Il *Kreditanstalt fuer Wiederaufbau* è l'Istituto di Credito per la Ricostruzione. E' una banca di sviluppo tedesca di proprietà del governo, con sede a Francoforte. Dal punto di vista fiscale ha una caratteristica fondamentale: è esentata dalle imposte sulle società a causa del suo status giuridico di ente pubblico; questo permette alla KfW di concedere prestiti a fini previsti dal codice della KfW a tassi più bassi rispetto alle banche commerciali. Tuttavia al KfW non è permesso di competere con le banche commerciali, ma facilita il loro business in aree all'interno del suo mandato. Tipicamente, l'indebitamento del KfW resta esterno al perimetro della P.A. e non presta direttamente alle imprese o singoli individui, ma fornisce alle banche commerciali con liquidità a tassi bassi e scadenze lunghe, così come con gli strumenti per trasferire il rischio. Quindi agisce come banca di secondo livello ed è considerata una vera e propria IRI che, attraverso la sua attività, è in grado di portare a livelli di efficienza ed efficacia l'attività svolta a livello locale.

La nuova CDP, permette all'Italia di possedere uno strumento essenziale per promuovere e supportare la crescita sostenibile e la competitività del Paese. Come la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) e il Kreditanstalt fuer Wiederaufbau (KfW), la Cassa Depositi e Prestiti, ancorché partecipata dallo Stato e dotata di una missione pubblica, è e resta uno strumento di mercato per interventi rispettosi delle regole della concorrenza e dei principi del Mercato Unico Europeo.¹⁷

La Cassa Depositi e Prestiti deve essere, quindi, considerata uno degli strumenti tipici e caratteristici dell' "economia sociale di mercato", un movimento culturale scaturito a metà strada fra gli studi filosofici e costituzionali - economici in Germania durante gli anni successivi alla Seconda Guerra Mondiale. Tuttavia, sebbene gli economisti utilizzino spesso

¹⁷ Cfr. F. Bassanini, *La Cassa Depositi e Prestiti nell'economia sociale di mercato*, in www.bassanini.it, cit. p. 3.

questo termine, possiamo affermare che non esiste una definizione di “economia sociale di mercato”.¹⁸ Poiché lo Stato sociale ha problemi molto pesanti e difficilmente potrà mantenere il ritmo di welfare state, delega le sue attività alle Fondazioni di origine Bancaria e alla Cassa Depositi e Prestiti. Ma in quale misura può giungere a delegare che ci siano dei soggetti sociali che svolgano delle funzioni di intervento sociale? È una domanda molto importante che ha delle conseguenze sulla fiscalità, riferite ai soggetti sociali e ha delle conseguenze sulla contribuzione che i soggetti sociali danno. La società con le sue espressioni più significative e cioè le Fondazioni può ulteriormente crescere e quindi avvicinare un po’ l’Italia ad un modello di liberalismo sociale molto diverso da quello inglese e francese e con delle similitudini a quello tedesco.

Con il Trattato di Lisbona la Costituzione economica formale europea è cambiata profondamente e negli articoli iniziali del Trattato sull’Unione Europea è scomparsa la libera concorrenza come valore fondamentale e viene riformulata negli articoli iniziali del Trattato sull’Unione Europea. Faccio in particolare riferimento all’Articolo 2, Comma 3 del Trattato di Lisbona il quale stabilisce che « Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

¹⁸ Esistono diversi modelli di economia di mercato che convivono nel contesto europeo. Esiste un *modello inglese liberista* ma con un forte senso dello stato con la capacità degli inglesi di rispondere alle richieste dello stato anche con sacrifici fatti senza esitazione. È un modello sempre più liberista, diventato tale attraverso la concentrazione dell’economia intorno a Londra. La città di Londra è il centro finanziario del Mondo. È un’economia liberista che vive abbastanza bene nel contesto del Regno Unito per caratteristiche storiche. Dalla parte opposta c’è il *modello francese*: è sistema dirigista efficiente, ben organizzato, capace di far sì che gli operatori le imprese e i cittadini recepiscano con notevole velocità le indicazioni economiche delle istituzioni. A metà strada tra i due modelli appena esposti, esiste il *modello tedesco* definito di economia sociale di mercato. Cit. Prof. Quadrio Curzio, durante l’intervento per “Le iniziative per il decennale di federalismi.it”, *Il valore costituzionale dell’economia sociale di mercato*, Torino, 15 Maggio 2013.

La Costituzione economica italiana è stata influenzata solo tardivamente dalla Costituzione economica europea. La Costituzione economica materiale che stava nella mente dei nostri costituenti, come insieme di idee ricevute, era un modello di organizzazione della vita economica che in Europa si era affermato diversi secoli prima. Gli Stati sovrani nazionali si posero come obiettivo quello di incrementare il benessere della popolazione e realizzarono con la loro politica economica una rivoluzione copernicana nel modo di concepire la vita economica come un'identità destinata a svilupparsi nel tempo sotto la spinta di varie forme. C'era uno Stato protettivo e protettore che si rendeva imprenditore e poneva l'obiettivo della crescita nazionale come suo obiettivo fondamentale. Il modello di economia presente nella mente dei padri costituenti era costruito sulla competizione fra sistemi economici nazionali.

Attraverso la Costituzione materiale le forze politiche, che in un determinato momento storico interpretano l'interesse generale della comunità, identificano quelle norme nelle quali sono sanciti i principi fondamentali di un determinato ordinamento, principi talmente importanti che se venissero sovvertiti, lo stesso ordinamento cesserebbe di esistere.¹⁹ Dal momento che la Costituzione materiale e quella formale non sempre possono convergere è necessario eliminare la ragione del contrasto, modificando la Costituzione formale per adeguarla a quella materiale, in quanto è quest'ultima che dà vita alla Costituzione effettivamente vigente.

Mortati, infatti, afferma, che «lo Stato non ha altra realtà che quella giuridica in quanto si pone come punto di riferimento delle attività destinate ad essere incluse nel sistema in cui si sostanzia: e la costituzione è il criterio supremo attraverso cui si opera tale riferimento. [...] Bisognerà all'uopo dimostrare come essa non sia altra cosa se non la costituzione in senso giuridico e come a determinarla esattamente, bisogna ricercare il soggetto da cui emana, precisa che ad essa è da attribuire un carattere non puramente

¹⁹ «Se infatti la costituzione contiene le condizioni essenziali, è da chiedersi quali possano considerarsi tali, e, se tali condizioni sono le supreme che cosa le fa tali e come si esprime la loro supremazia.». Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, 1998, cit. p. 30.

ipotetico ma positivo, un contenuto non meramente formale, ma anche sostanziale; dimostrare in altri termini come non possa distinguersi fra presupposti concettuali e elementi formativi del concetto giuridico di costituzione, poiché anche i primi sono necessari a questo allo stesso titolo degli altri»²⁰.

Quindi lo Stato deve necessariamente essere presente nell'economia del Paese. Quando, viene portato a compimento un processo di privatizzazione, lo Stato espropria la comunità dei suoi beni, in modo esattamente analogo rispetto a ciò che succede quando si espropria una proprietà privata per costruire una strada o un'altra opera pubblica. Lo Stato non *vende* quanto è suo ma vende i c.d. beni comuni cioè quanto appartiene *pro quota* a ciascun componente della comunità. Tuttavia, mentre la tradizione costituzionale liberale tutela il proprietario privato nei confronti dell'autorità pubblica (attraverso l'istituto dell'indennizzo per espropriazione), nessuna tutela giuridica e costituzionale esiste nei confronti dello Stato che trasferisce al privato beni comuni.²¹ Ecco perché la questione dei beni comuni non può non avere valenza costituzionale. È nelle Costituzioni, infatti, che i sistemi politici collocano le scelte di lungo periodo, sottratte al rischio di arbitrio del governo in carica.

Lo Stato, tramite le Fondazioni di origine Bancaria e la Cassa Depositi e Prestiti, deve evitare questo rischio. La categoria dei beni comuni deve svolgere la funzione costituzionale nuova (indispensabile ai giorni nostri, caratterizzati dalla globalizzazione economica), di tutela del pubblico nei confronti tanto dello Stato quanto del potere privato.

²⁰ Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, 1998, cit. p. 38. E ancora, «Lo Stato non trova al suo sorgere, un diritto precostituito, determinabile sulla base di uno stato di natura o altrimenti, ma crea esso stesso l'ordine giuridico, in quanto pone un centro di unificazione della vita della comunità, [...] e disciplina all'interno il conflitto di interessi contrastanti, attraverso la determinazione e la protezione, anche coattiva, di quelli ritenuti prevalenti». Cit. p. 76.

²¹ Cfr. U. Mattei, *Beni comuni: un manifesto*, 2011, cit. p. VI, il quale afferma che «consentire al governo in carica di vendere liberamente beni di tutti (beni comuni) per far fronte alle proprie necessità contingenti di politica economica è, sul piano costituzionale, tanto irresponsabile quanto lo sarebbe sul piano familiare consentire al maggiordomo di vendere l'argenteria migliore per sopperire alla sua necessità di andare in vacanza.»

La Cassa Depositi e Prestiti e le Fondazioni di origine Bancaria, sono chiamate all'interno di questo "universo", trovando il loro maggior sviluppo nel sistema infrastrutturale, per farsi promotrici di libertà sociali nonché per svolgere un'azione di moral suasion nei confronti del decisore pubblico locale.

Tuttavia, non si può fare a meno dei poteri pubblici o delle loro risorse economiche e amministrative. Infatti, il venir meno dei soggetti pubblici pregiudicherebbe la capacità di utilizzare quelle risorse aggiuntive, (in questo caso) per la cura delle infrastrutture.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di Project Financing in Italia*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza*, Dicembre 2010, n. 82.
- AA.VV., Assonime - *Il decreto legislativo sul federalismo demaniale*, Note e studi n. 6 del 2010, in www.astrid-online.it.
- AA.VV., *Cassa DDPP e universalismo selettivo: contro la crisi per il rilancio degli investimenti*, in CERM 2011.
- AA.VV., *Da Frankenstein a principe azzurro: le fondazioni bancarie tra passato e futuro*, 2011.
- AA.VV., De Vincenti C. (a cura di), *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, 2012.
- AA.VV., *E' partito Inframed il fondo delle "Casse" che investe nella Sponda Sud*, 25 Giugno 2012, in www.repubblica/economia.it.
- AA.VV., (a cura di G. PASTORI, G. ZAGREBELSKY), *Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, 2011.
- AA.VV., *Fondazioni, periodico delle Fondazioni di origine bancaria*, in www.acri.it.
- AA.VV., *I finanziamenti di Project Finance differiscono dagli altri prestiti sindacati?*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/2005, p. 1 – 25.
- AA.VV., *I fondi comuni di investimento*, 2005.
- AA.VV., *I fondi di Private Equity per lo sviluppo delle infrastrutture*, in AIFI, vol. 16, 2007.
- AA.VV., *Il Project Finance in Italia*, 2006.
- AA.VV., *Il project Finance nei servizi pubblici locali: poca finanza e poco progetto?*, in Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza*, Settembre 2008, n. 25.

- AA.VV., *Il ruolo di CDP nel finanziamento delle infrastrutture e dei servizi pubblici*, materiale fornito dalla Cassa Depositi e Prestiti, sede di Roma.
- AA.VV., *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, 2007.
- AA.VV., *L'attuazione del titolo V: aspetti problematici. La localizzazione delle grandi infrastrutture fra Stato e Regioni*, 2002, in www.astrid-online.it.
- AA.VV., *La crisi*, 2008.
- AA.VV., *La finanza locale in Italia, Rapporto 2007*, 2008.
- AA.VV., *La finanza locale nel mercato globale; lo sviluppo dei territori in tempo di crisi: una sfida per l'Italia*, 2011.
- AA.VV., *Le fondazioni Bancarie*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale*, sul sito www.astrid-online.it.
- AA.VV., *Le infrastrutture strategiche*, in www.camera.it.
- AA.VV., *Legautonomie - Dal federalismo demaniale alla valorizzazione del patrimonio pubblico*, 2012, in www.astrid-online.com.
- AA.VV., *Manuale di diritto e tecnica del Project Financing*, 2010.
- AA.VV. (a cura di CABIDDU M. A.), *Modernizzazione del Paese, Politiche opere servizi pubblici*, 2005.
- AA.VV., *Per una cassa senza fondazioni*, in www.lavoce.info.
- AA.VV. *Programmazione decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche*, Roma, Aprile 2010, in www.astrid-online.it.
- AA.VV., (a cura di M. Giusti, M. Passalacqua) *Quale fiscalità per le fondazioni di origine bancaria. Atti del Convegno nazionale, (Livorno, 22-23 ottobre 2008)*, Cedam, 2010.
- AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, 2010.
- AA.VV., *Storia della Cassa Depositi e Prestiti*, Laterza, Bari, 2000.
- AA.VV., *Storia ed evoluzione della Cassa Depositi e Prestiti*, International workshop "Accounting history in Italy", Pisa 2005.
- AA.VV., *The Greenfield IPP Database: Based on the World Bank's Private Participation in Infrastrutture Database*, Working Paper PESD, Series, n. 6, Stanford University 2003.
- AA.VV., (a cura di Cassese S.), *Trattato di diritto amministrativo*, 2003, 2° vol.

- AMATO A., *La finanza di progetto tra aspettative e criticità*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/2005, p. VII – XVII.
- AMOROSINO S., *Regolamentazioni pubbliche, mercati, imprese*, 2008.
- AMOROSINO V., *Le attività di impresa delle fondazioni di origine bancaria*, 2013.
- ANTONUCCI A., *Diritto delle Banche*, 2012.
- ANTONIOLI M., *Il federalismo demaniale. Il principio patrimoniale del federalismo fiscale*, Padova, 2010.
- ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.
- ARCONZO G., *Regolamenti governativi tra giudici amministrativi e corte costituzionale: un bilancio del periodo 2001 – 2011*, 2011.
- ARSÌ M., *Il federalismo demaniale: federalismo di valorizzazione o la promessa di beni (sempre meno pubblici)*, *pubblicato su “nelMerito.com” il 28 luglio 2010*.
- ASSOCIAZIONE FRA LE CASSE DI RISPARMIO ITALIANE,
Primo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 1996, sul sito www.acri.it.
Secondo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 1997, sul sito www.acri.it.
Terzo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 1998, sul sito www.acri.it.
Quarto rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 1999, sul sito www.acri.it.
Quinto rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2000, sul sito www.acri.it.
Sesto rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2001, sul sito www.acri.it.
Settimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2002, sul sito www.acri.it.
Ottavo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2003, sul sito www.acri.it.
Nono rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2004, sul sito www.acri.it.
Decimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2005, sul sito www.acri.it.
Undicesimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2006, sul sito www.acri.it.
Dodicesimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2007, sul sito www.acri.it.
Tredicesimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2008, sul sito www.acri.it.

- Quattordicesimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2009, sul sito www.acri.it.*
- Quindicesimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2010, sul sito www.acri.it.*
- Sedicesimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2011, sul sito www.acri.it.*
- Diciassettesimo rapporto sulle Fondazioni bancarie, Roma, 2012, sul sito www.acri.it.*
- APELLI M., Le fondazioni di origine bancaria fra transizione infinita verso il diritto privato e innovazioni dell'ordinamento regionale in materia creditizia, 2001.*
- APELLI M., Fondazioni bancarie oppure ordinamento creditizio regionale: su cosa ha deciso la Consulta?, in www.astrid-online.it.*
- ATTALI J., La crisi, e poi?, Roma, 2009.*
- Audizione nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul documento della Commissione Europea, "Analisi annuale della crescita per il 2012", 13 Marzo 2012.*
- Atti parlamentari XIV Legislatura Camera Dei Deputati, Documento finale della VIII commissione permanente (ambiente, territorio e lavori pubblici), sul sito www.camera.it.*
- BALBONI E., Le fondazioni bancarie: verso un nuovo "caso IPAB"? Osservazioni sul parere del Consiglio di Stato, sez. Atti normativi n.1354 del 1.7.2002, sul sito www.astrid-online.it*
- BALBONI E., Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto, sul sito www.forumcostituzionale.it.*
- BALBONI E., Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni primaria e secondaria con riguardo alla natura di origine bancaria, in www.astrid-online.it.*
- BASSANINI F., in C. Cittadino (a cura di), Dove lo Stato non arriva. Pubblica Amministrazione e Terzo settore, Firenze, 2008.*

- BASSANINI F., *Gli investimenti in infrastrutture in un sistema federale "ben temperato"*, Relazione al Convegno su Strategie per la crescita, federalismo fiscale e infrastrutture organizzato da Banca Intesa San Paolo, Roma 21 ottobre 2008, sul sito www.bassanini.it.
- BASSANINI F., *Il Fondo Inframed e la cooperazione euromediterranea*, in www.bassanini.it.
- BASSANINI F., *La Cassa Depositi e Prestiti nell'economia sociale di mercato*, 2012, sul sito www.bassanini.it.
- BASSANINI F., *La nuova missione della cassa Depositi e Prestiti (D.l. 31 Marzo 2011, n. 34) e la definizione delle sue "regole di ingaggio": primi elementi di valutazione*, 2011, sul sito www.bassanini.it.
- BASSANINI F., *Le Fondazioni di origine bancaria e la Cassa Depositi e Prestiti*, in *Fondazioni*, Maggio – Giugno 2011, sul sito, www.bassanini.it.
- BASSANINI F., *Le Fondazioni di origine bancaria, il sistema creditizio e la Repubblica della sussidiarietà*, Congresso ACRI 22 - 24 Giugno 2006, Bolzano.
- BASSI A., *CDP, le Fondazioni chiedono al Tesoro condizioni eque per restare nella Cassa*, in www.huffingtonpost.it.
- BELLESIA M., *Manuale di contabilità e dei principi contabili per gli enti locali*, 2011, p. 432 – 433.
- BERTONE U., *È tornata l'Iri - la cassa depositi e prestiti usata come tampone per arginare la crisi, soprattutto del credito*, 2012.
- BOLCHI S., *Sussidiarietà e Fondazione per il Sud: un'innovazione socio - economica*, Milano, 2008.
- BONETTI T., *Le società di sperimentazione gestionale*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- BRESCIA MORRA C., *La Cassa Depositi e Prestiti: una banca d'affari pubblica?*, 2011, in www.nelmerito.com.
- BUGLIONE E., *Federalismo demaniale. Una scelta opportuna?*, pubblicato su "www.crusoe.it" il 13 luglio 2010.

- CABIDDU M. A., *La parola e le cose: modernizzazione cos'è?*, in M. A. Cabiddu (a cura di), *Modernizzazione del Paese, Politiche opere servizi pubblici*, 2005.
- CAMPOBASSO M., *Diritto Commerciale, Diritto delle società*, 2012, Ottava Edizione.
- CAPRIGLIONE F., *Crisi a confronto (1929 – 2009). Il caso italiano*, Cedam, 2009.
- CAPRIGLIONE F., *Eurosclerosi e globalizzazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'economia*, n. 1, 2010.
- CARDI M., *Capitale di rischio e private equity: contesto economico e strumentazione giuridica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2/2012 Supplemento n. 2.
- CARDI M., *Cassa Depositi e Prestiti e Bancoposta, identità giuridiche in evoluzione*, 2012.
- CARLI S., *GEPI, ciambella col buco*, *La Repubblica*, 6 novembre 1992.
- CAROSIO G., *Fondi Comuni e crisi dei mercati, Intervento del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia Giovanni Carosio*, Milano, 18 Marzo 2009.
- Cassa Depositi e Prestiti Società per Azioni, *Piano industriale 2009 – 2011*.
- CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2009.
- CASSESE S., *La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti*, in *ACRI, La Legge 30 Luglio 1999, n. 218*, Roma, 1991.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, p. 579 ss.
- CASTRIOTA SANTA MARIA BELLA G., *La Cassa Depositi e Prestiti, una società per azioni a controllo pubblico che merita di essere meglio conosciuta*, in www.cartalibera.it.
- CASTRONOVO V., *L'industria italiana dall'Ottocento ad oggi*, Mondadori, 2003.
- CAUSI M., *Dalla golden share alla golden power. Una nuova modalità di intervento pubblico in economia, più leggera ma potenzialmente più estesa*, in www.astrid-online.it.

- CERRINA FERONI G., *Le fondazioni di origine bancaria, ordinamento del credito e crisi economica: il modello italiano alla prova*, in G. C. Ferroni (a cura di), *Fondazioni e banche: modelli ed esperienze in Europa e negli Stati Uniti*, 2011.
- CHIEPPA R., *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle Fondazioni nel settore pubblico*; Commento a cura dell'Avv. Stefano Calvetti - Ing. Ilde Garritano - Consulenti Studio Legale Rusconi Partners, *Organismi di diritto pubblico*, n. 1/2010, sul sito www.aedon.mulino.it.
- CIACCIA M., *Il controllo referente della Corte dei conti sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*, in " *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*", luglio-agosto 2003.
- COLOMBINI G., *Privatizzazione del patrimonio pubblico*, in M. A. Cabiddu, *Modernizzazione del Paese, politiche opere servizi pubblici*, 2005.
- COLTELLI R., *L'oggetto del controllo della Corte dei conti sugli enti sovvenzionati dallo Stato*, in " *Riv. C. conti*" n. 4/89.
- CONSIGLIERE I., *Le caratteristiche della finanza di progetto e le loro implicazioni sulla struttura a termine dei tassi di interesse: analisi empiriche e stime econometriche*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/2005, p. 27 – 63.
- COMITO V., *Cassa Depositi e Prestiti, cambiarla per usarla bene*, 2012, in www.sbilanciamoci.info.
- CORTESE F., *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico – privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- COTTONE N., *Tremonti: manovra da 15 miliardi per il pareggio di bilancio. La riforma fiscale non è semplice*, 19 Aprile 2011, in www.ilsole24ore.com.
- CREPALDI G., *La potestà regolamentare nell'esperienza regionale*, 2009.
- CUSMAI R., *Fondazioni Bancarie "blindate": no al diritto di accesso*, in *Il Sole 24 Ore*, Maggio 2010 n. 5.

- DALLARI F., *Le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- DEGREGORI I., *Fondi comuni di investimento*, 2011.
- DELLA CANANEA G., *La società per azioni Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 4/2004, p. 366 ss.
- DELLA CANANEA G., *Il riordino della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 12/1999, p. 1147 ss.
- DELLA TORRE G., *Il "circuito del Tesoro" e la Cassa Depositi e Prestiti 1863 - 1943*, quaderni monografici Roma, 2002.
- DEVOTO G., OLI G. C., *Il dizionario della lingua italiana*, ed. 2003 - 2004.
- DI CHIO G., *La Natura e qualificazione di organismo di diritto pubblico sono estranee alle fondazioni bancarie: fraintendimenti ed equivoci in ordine alla nozione di bisogni di interesse generale e di controllo*, in *Giustizia Amministrativa, Riv. Di Diritto Pubblico*, 2007.
- DI GIOVANNI A., *Il contratto di Partenariato Pubblico Privato tra sussidiarietà e solidarietà*, in *Diritto dell'Economia*, Collana diretta da E. Picozza e R. Lener, 2012.
- DIOTALLEVI L., *Natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti e accertamenti dell'Ufficio tecnico erariale in una sentenza del Tribunale civile di Roma*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, Volume 56, Fascicolo 6, p. 4766.
- Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, Unità Tecnica Finanza di Progetto, *Partenariato Pubblico Privato in Italia. Stato dell'arte, futuro e proposte*, Roma, Febbraio 2010.
- DOCUMENTI INIZIO LEGISLATURA *Le conclusioni del Consiglio di Stato*, in *I rapporti tra CDP e le fondazioni bancarie*, www.parlamento.it.
- Dossier Censis, *Tornare a desiderare le infrastrutture: Trasformazione del territorio e consenso sociale*, 2012.
- FALINI A., *La strategia economico - finanziaria degli enti locali*, 2000.
- FALINI A., *Project Financing: valutazione dei rischi e asseverazione*, 2005.

- FEDERICI F., Nota a sentenza T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 27 aprile 2010, n. 1042, in www.dirittoamministrativo.it.
- FERRANDO M., *Le fondazioni trattano su un prezzo "politico"*, in www.ilsole24ore.com, 24 Ottobre 2012.
- FERRETTI A., *Linee guida per l'elaborazione dei programmi di valorizzazione per il federalismo demaniale*, 2010, www.altalex.com.
- FILIPPI G. C., *La Cassa Depositi e Prestiti: 150 anni di storia, quaderno monografico*, Roma 1998, disponibile su www.cassaddpp.it.
- FRENI E., *Golden Share: raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?*, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2013, p. 25 – 33.
- GALGANO F., *Le fondazioni bancarie a venti anni dalla loro origine*, in *Italianieuropei*, 2010, n. 3.
- GAROFOLI R., *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra il Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. Garofoli – M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Milano, 2005.
- GARONNA P. (a cura di), *L'industria del risparmio dopo la crisi*, Bancaria, 2010.
- GENTILE M., *Project Financing. La nuova Disciplina. Guida operativa*, 2009.
- GERARDI V., *cassa Depositi e Prestiti a tutto campo. Franco Bassanini: pronti a cedere il controllo di Fincantieri*, in *Huffington Post*, 2012.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993 (3 ed.).
- GIANNINI M. S., *Diritto Pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.
- GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1993.
- GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.
- GIANNINI M. S., *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, 16 Novembre 1979, sul sito www.tecnichenormative.it.
- GIUSTI M., *Il problema del debito pubblico in Italia e l'uso della cosiddetta finanza creativa: il caso della "nuova" Cassa Depositi e Prestiti*.
- GIUSTI M., *La Cassa Depositi e Prestiti potrebbe diventare una Iri 2*, in *Il Ghirlandaio*, 29 Marzo 2012. Capitolo 2.

- GUZZETTI G., Presidente ACRI, in *88ª Giornata mondiale del risparmio*, Roma, 31 Ottobre 2012.
- IAIONE C., *Città e beni comuni*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, 2012
- IFEL Mattina, *Rassegna stampa del 25/06/2012*.
- JORIO E., *Federalismo fiscale: il finanziamento del welfare assistenziale*, in www.astrid-online.it.
- JORIO E., *Federalismo fiscale: senza una corretta perequazione infrastrutturale non si va da nessuna parte*, in www.astrid-online.it.
- LA PORTA S., *Fondazioni bancarie e partecipazioni di controllo nelle società bancarie*, in *Il diritto dell'economia*, 2001.
- LA ROSA G., *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità della giurisprudenza*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2/2007.
- LEONI M., *Il federalismo demaniale e inizio del possesso*, 2011.
- LETTIERI M., *Il Project Financing. Disciplina e operatività*, 2009.
- LOIERO R., *Il federalismo demaniale*, 2010.
- LUCIDI C., *Manuale di Project Finance*, 2005.
- LUGARESI N., *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- MALTONI A., *Fondazioni e interessi generali in Italia, Relazione al XVIII Congresso italo - spagnolo dei professori di diritto amministrativo Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni? - Bologna, 27-29 maggio 2010*.
- MALUZZANI M., *Il Project Financing negli enti locali*, 2004.
- MANIA R., *Cdp braccio armato del governo come sarà l'Iri del terzo millennio*, 25 Giugno 2012, in www.repubblica.it.
- MASERA R., *The Great Financial Crisis*, 2009.
- MATTEI U., *I beni comuni presi sul serio*, in "Labsus.org", 32 Maggio 2010.
- MATTEI U., *Beni comuni: un manifesto*, 2011.

- MERCATI L., *La collaborazione pubblico – privato nella gestione e nei processi di valorizzazione del patrimonio pubblico*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico – privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- MERLONI F., *Infrastrutture ambiente e governo del territorio*, Riv. Le Regioni, 1/2007.
- MERUSI F., *Dalla banca pubblica alla fondazione privata, cronache di una riforma decennale*, 2000.
- MERUSI F., *Sulla natura giuridica dei c.d. enti fondazione*, in Dir. Amm., 1993.
- MERUSI F., *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, in Le Regioni 2004.
- MINGARELLI A., *Il controllo pubblico sul processo di privatizzazione degli enti pubblici economici e sulle società di capitali derivanti . In particolare: quale controllo è esercitabile in materia della Corte dei conti(parte I e II)*, in " Riv. C. conti" , n. 3/96, pag. 277 ss. e n.4/96, pag. 268 ss.
- MINUSSI D., *La conversione delle azioni da una categoria all'altra*, 2012.
- MIRANDA R., *Corte Costituzionale n. 303/03: la vocazione dinamica della sussidiarietà quale fattore di flessibilità dell'allocazione delle competenze*, sul sito www.astrid-online.it.
- MISCALI M., *Il project Financing*, in G. Galgano (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, vol. I, 1995.
- MONTEDORO G., *Il collegato infrastrutture e la Legge obiettivo tra federalismo e diritto comunitario*, in Urbanistica e Appalti, 2003.
- MONTI P., *La Pubblica Amministrazione*, in *Il diritto...e il rovescio*, Bologna, Marzo 2004.
- MONTI P., *Caratteri generali del diritto*, in *Il diritto...e il rovescio*, Bologna, Marzo, 2004.
- MORBIDELLI G., *Le attività delle Fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in G. Cerrina Ferroni (a cura di), *Fondazioni e Banche, Modelli ed esperienze in Europa e negli Stati Uniti*, 2011.
- MORTATI C., *La Costituzione in senso materiale*, 1998.

- MUCCIARELLI F. M., *Ma cos'è diventata la Cassa Depositi e Prestiti*, in *Mercato Concorrenza e regole* VI, n. 2, Agosto 2004, p. 355 ss.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005.
- NAVARRETTA E., *Diritto Privato*, 2005.
- NUZZI G. B., *Il project Financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1998.
- OTTAVIANO G., *Il concetto di "organismo di diritto pubblico" nelle privatizzazioni*, 1999, sul sito www.diritto.it.
- OTTAVIANO G., *Il controllo della Corte dei conti sulle società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici privatizzati*, in *Riv. C. conti* ", n. 1/2002, p. 311 ss.
- PALESANDRO S., *Infrastrutture per l'economia e competitività*, in M. Giusti, E. Bani (a cura di), *Complementi di Diritto dell'Economia*, 2008.
- PASCUAL M., *I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale*, *Rivista Italiana Diritto Comunitario*, 1997, p. 665 ss.
- PASQUINI G., *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in M. A. Cabiddu, *Modernizzazione del Paese, politiche opere servizi pubblici*, 2005.
- PASSALACQUA M., *Società di progetto concessionaria di lavori pubblici affidati dall'ente locale e private finance initiatives*, in AA.VV., (a cura di L. C. Cadeddu, E. Bani), *Strumenti finanziari e risorse per le autonomie, Atti del Convegno di studi Cagliari, 16 - 17 Marzo 2007*, p. 57 ss.
- PATUELLI A., *Intervento al XXI° Congresso Nazionale ACRI*, Siena 10 - 11 Giugno 2009.
- PENNISI M., *Requisiti dell'organismo di diritto pubblico, nota a cassazione S.U. 7 aprile 2010 n. 8225*, sul sito www.ildirittoamministrativo.it.
- PEROTTI R., *Quei debiti «fuori bilancio»*, 24 Luglio 2012, in www.ilsole24ore.com.
- PICOZZA E., *La finanza di progetto (Project Financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, 2005.
- PINELLI C., *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 3877 ss.

- PIPERITA G., *Introduzione. La collaborazione pubblico - privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007.
- PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999 - 2003*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 4/2004, p. 372 ss.
- PIZZETTI F., *Il federalismo demaniale: un buon segnale verso un federalismo fiscale «ben temperato»*, 2010, in *Le Regioni*.
- POLICE A., *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del Project Financing e dei Project Bonds*.
- POLICE A., *Le fondazioni di partecipazione*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- POLICE A., *Legislazione delle opere pubbliche e dell'edilizia*, 2004.
- POLICE A., *Crisi economica e ruolo del Project Financing e dei Project Bonds*.
- PRESILLA S., *Il Project Financing in Italia*, 2006.
- PREZIUSO M., *F2i, il fondo italiano per le infrastrutture*, sul sito www.astrid-online.it.
- PREZIUSO M., *Il Project Finance per le infrastrutture e lo sviluppo*, 2008.
- Questioni di Economia e Finanza, n. 41, *Il Private equity in Italia*, Banca d'Italia, 2009.
- RABITTI L., *Project Financing e collegamento contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1996.
- RAMPULLA F. C., *La Corte si esercita in difficili equilibri sulle fondazioni bancarie*, in "Le Regioni", n. 1, 2004.
- REALI V., *Il controllo sugli enti pubblici e sulle società private per le quali lo Stato partecipa al capitale*, *Corso Altalex Online*, 14 del 06.02.2009, in www.altalex.it.

- RENNA M., *Le sponsorizzazioni*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico – provato e l’ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- Risposte alle domande della trasmissione Report inviate da CDP il 18/09/2012*, in www.cassaddpp.it.
- ROMANO S., *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1953.
- ROMANO S., *Autonomia*, in *Scritti*, 1951.
- ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, 1906.
- ROSSI G., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 205 ss.
- SALA G., *Gli occhiali del giurista e la difficoltà di definire una realtà cangiante: le Fondazioni bancarie tra privato e pubblico*, in *Diritto e Società*, 1/2005.
- SALERNO N., *Federalismo: lo schema di decreto sulla perequazione infrastrutturale, un commento complessivo e una proposta per la sanità*, CERN, 1/2011, sul sito www.astrid-online.it.
- SALVEMINI M. T., *Se la cassa diventa SPA*, 2003, in www.lavoce.info.
- SANDULLI A. M., *Codice dell’azione amministrativa*, 2010, p. 195 – 199.
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, 1989.
- SANTI G., *Il global service*, in F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico – provato e l’ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, 2011.
- SANTILLI G., *Project Bond, garanzie CDP*, in www.sole24ore.com, Giovedì 2 Agosto 2012, n. 212.
- SCANNAPIECO D., *Infrastrutture, rilancio con i «Project Bond»*, il Sole 24Ore – 17 Febbraio 2010, in www.astrid-online.it.
- Seminario, “Le iniziative per il decennale di federalismi.it”, *Il valore costituzionale dell’economia sociale di mercato*, Torino, 15 Maggio 2013.
- SEMINERIO M., *Fuori bilancio non sono solo gli italiani*, 24 Luglio 2012, in www.trendonline.com.
- SESSA V. M., *Gli enti privati di interesse generale*, 2007.
- Sesto Rapporto per la VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici, n. 268/2011, L’attuazione della Legge Obiettivo*.

- Settimo Rapporto per la VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici, n. 392 del 30 novembre 2012, *L'attuazione della "legge obiettivo", Nota di sintesi e focus tematici*.
- SIGNORINI P. E., *Il finanziamento e la realizzazione delle grandi infrastrutture in Italia: l'esperienza della Legge Obiettivo del 2001*, in A. Macchiati, G. Napolitano (a cura di), *E' possibile realizzare infrastrutture in Italia?*, 2009.
- SIMONE S., *Cassa Depositi e Prestiti: organismo di diritto pubblico?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* n. 2/2008, p. 155 ss.
- SORACE D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, *Diritto Pubblico*, 1999, p. 380.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, 2007.
- STIGLITZ J., *Bancarotta l'economia globale in caduta libera*, Torino, 2010.
- TAMBURELLO S., *Ex carrozzone, ora banca d'affari*, *Corriere della Sera*, 16 marzo 1995.
- TIBERI G., *Terzo settore e Fondazioni di origine bancaria tra successi e asimmetrie normative*, p. 712, in D'Elia G.; Tiberi G.; Viviani Schlein M. P., *Scritti in memoria di Alessandro Concaro*, 2012.
- TORCHIA L., *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale)*, in www.astrid.it.
- TONETTI A., *Il finanziamento alle infrastrutture*, in *Giornale di diritto amministrativo* 3/2013.
- TONETTI A., *Il rilancio delle infrastrutture: il ritorno alle misure ordinarie*, in *Giornale di Diritto Amministrativo* 3/2012.
- TULLIO A., *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di Project Finance*, in *Economia e diritto del terziario* n. 1/2005, p.175 – 231.
- URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in cammino*.
- VALENTINI S., *Precisazioni sul munus publicum*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, 1988, vol. III, p. 969 ss.

VARAZZANI M. (Amministratore delegato della Cassa depositi e prestiti), in
*MOBILITY CONFERENCE – OTTAVA EDIZIONE “Le nuove autostrade
lombarde. Progetti e territorio, risorse e fattibilità”*, Milano, 9 febbraio
2010.

VISCO I., *La crisi finanziaria e le previsioni degli economisti*, 4 marzo 2009.
