

Sussidiarietà, libertà sociali e coerenza della legislazione nella disciplina delle fondazioni di origine bancaria

di Enzo Balboni

1.- Premessa di inquadramento: i valori e gli interessi in gioco

Con le due sentenze in commento, la Corte costituzionale scrive un altro capitolo della tormentata vicenda delle fondazioni bancarie – o di origine bancaria, come è più esatto dire, soprattutto oggi. Il gran numero di interventi normativi, di ogni forma e grado, succedutisi nello scorso decennio, e le numerose pronunce dei giudici amministrativi e della stessa Corte costituzionale, oltre al profluvio di contributi dottrinali e di dibattiti politici sul tema, illuminano numerosi profili dell'interesse, e della difficoltà politiche e costituzionali e della difficoltà dell'argomento. Se, da un lato, proprio la bibliografia già vasta¹ esime dal tracciare l'ennesimo profilo della storia delle fondazioni, dall'altro, mai come in questo caso vale l'osservazione per cui «non c'è fuori-testo», sicché sarebbe illogico avvicinarsi al problema, senza avere provato ad illustrare brevemente i temi sostanziali che ad esso sottostanno².

Il primo tema, quantomeno in senso cronologico, è legato all'origine stessa delle fondazioni.

Già a questo punto è opportuna una precisazione, forse ovvia, ma nondimeno indispensabile: quando si parla di «fondazioni bancarie», ci si riferisce soltanto ad una delle forme, delle soluzioni giuridico-istituzionali, dei punti di vista, se si vuole, che l'ordinamento ha fatto propri, negli ultimi anni, per affrontare il ben più ampio, antico e consistente tema del rapporto tra soggetti pubblici,

¹ Vedi in particolare, anche per ampi ed aggiornati riferimenti bibliografici, M. CLARICH – A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna 2001; M. COSULICH, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato. Due questioni di fine secolo*, Milano 2002; M. ATELLI, *Le fondazioni di origine bancaria fra transizione infinita verso il diritto privato e innovazioni dell'ordinamento regionale in materia creditizia*, in questa Rivista 2001, 4183 ss, nonché la nota di ID. riportata insieme al presente contributo.

² Già nel commentare il decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, M. CLARICH, *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Banca impresa società* 2000, 125, osservava che «è pressoché impossibile procedere ad una lettura asettica» del tema che ci occupa, proprio per il suo spessore storico, sociale e politico. Come si vedrà, peraltro, è proprio la struttura giuridica che gli istituti in questione e la relativa disciplina hanno assunto, nonché le tecniche di sindacato prescelte dai giudici amministrativi e dal Giudice delle leggi a richiedere di necessità tale inquadramento storico-sistematico del problema. È il caso di segnalare che in occasione del giudizio che ha portata alla sent. n. 301 del 2003 (cfr. Ritenuto in fatto, § 1.2), l'Avvocatura dello Stato ha cercato di sostenere che le fondazioni sono enti di creazione legislativa, come tali in tutto e per tutto rimesse alla discrezionalità del legislatore, con ciò obliterando ogni considerazione non solo di carattere storico, ma anche in merito agli interessi ed ai temi restrostanti alla pura e semplice figura degli «enti conferenti»: un tentativo che ha incontrato, però, scarso successo.

soggetti privati e soggetti del settore c.d. privato-sociale o pubblico-libero³ nell'ambito delle attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito e di impiego delle relative risorse.

Come è noto, le fondazioni bancarie derivano, da un lato e per la più gran parte, dalle casse di risparmio e dai monti di credito su pegno, dall'altro ed in misura minore, dagli istituti di credito di diritto pubblico⁴. Si tratta, dunque, di istituzioni concepite con finalità non speculative, ma di interesse generale se non addirittura pubblico, per l'esercizio di attività creditizie.⁵ Nel tempo, peraltro, queste istituzioni hanno accumulato patrimoni cospicui ed hanno assunto modalità di organizzazione e di attività, tali da diventare vere e proprie potenti aziende di credito, ancorché con regimi giuridici speciali⁶.

Dunque: enti di origine in parte privata non commerciale, in parte pubblica; intervento sin dall'inizio nel settore della raccolta del risparmio e dell'erogazione del credito, con una progressiva accentuazione del carattere imprenditoriale dell'attività; accumulo, correlativamente, di grandi quantità di risorse. I tre aspetti appena menzionati sono quelli che innervano tutta la vicenda delle fondazioni e dei loro antecedenti ed attorno ai quali si sviluppano le diverse prospettive e linee di riforma che si sono succedute nell'arco di molti anni.

Il primo intervento normativo moderno risale alla legge 15 luglio 1888, n. 5546, che erigeva le casse di risparmio in «enti morali» personificati: il che – in un sistema che conosceva come persone giuridiche private solo le società commerciali – inevitabilmente conferiva alle casse medesime connotati pubblicistici, che furono poi confermati dalla legislazione della prima metà del XX sec. Si può dire dunque che, in questa fase, casse di risparmio, monti di pegno e istituti di credito di diritto pubblico costituiscono vere e proprie forme di intervento di poteri pubblici nel mercato, in particolare nel settore creditizio.

Verso la fine del XX sec., il vento delle privatizzazioni e la spinta alla concorrenzialità che provengono dalle istituzioni comunitarie di Bruxelles finiscono con il sospingere anche la disciplina delle casse di risparmio e degli istituti di credito di diritto pubblico nella direzione del libero mercato: tuttavia, come spesso accade quando un determinato assetto sociale e giuridico una consolidata stratificazione di interessi e si struttura come disposizioni normative, la navigazione non è stata né rapida, né lineare, né priva di inconvenienti.

Con la legge c.d. Amato-Carli, del 30 luglio 1990 n. 218, ed il conseguente decreto legislativo n. 356 del 10 novembre 1990, ciascuna delle antiche aziende di credito di diritto pubblico, di cui ci si sta occupando, fu scissa in un «ente conferente» ed in una «banca conferitaria». Al primo soggetto furono assegnati un compito istituzionale primario, la gestione del pacchetto di controllo della banca, ed uno secondario – tradizionale per le casse di risparmio – di

³ L'occasione è propizia per impiegare questo termine – «pubblico-libero» – coniato da Alberto QUADRIO CURZIO ed apparentemente contraddittorio, ma in realtà felice nel designare iniziative nate dal libero aggregarsi dei cittadini in formazioni sociali per finalità non egoistiche in senso stretto, ma di interesse generale. Sul tema, vedi da ultimo, dello stesso Autore, *Sussidiarietà e sviluppo*, Milano 2002.

⁴ Cfr., per tutti, F. MERUSI, *La fine della storia: la legge 461/98 e il d.lgs. 153/99 sulle fondazioni bancarie*, in *Banca impresa società* 1999,464, laddove questo profilo di eterogeneità nell'origine delle fondazioni, o meglio degli istituti dalle quali esse derivano, è messo in luce, dubitativamente, proprio per sottolineare la diversa pertinenza genetica delle fondazioni stesse alla sfera del privato e della "società civile". Dello stesso autore cfr. *Trasformazioni della banca pubblica*, Bologna 1985, nonché *Dalla banca pubblica alla fondazione privata – Cronache di una riforma decennale*, Torino 2000.

⁵ Senza farsi abbagliare dai nominalismi, sovente ingannevoli, avrà pure un senso - quantomeno quello etimologico - l'antica denominazione dell'Organismo direttivo della maggiore tra le istituzioni in esame, la CARIPLO quale «Commissione di beneficenza».

⁶ Cfr. A. PISANESCHI, *Brevi osservazioni sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie*, in *Banca impresa società* 2000, 129-131, che, coerentemente, ritiene l'attività delle fondazioni protetta più dagli artt. 41 e 47 Cost., che dagli artt. 2 e 18.

promozione dello sviluppo economico, sociale e culturale della comunità. Tale scissione era prodromica alla dismissione, da parte degli «enti conferenti», delle partecipazioni: intanto, detti enti restavano titolari della personalità giuridica di diritto pubblico e rimanevano assoggettati, più in generale, ad una disciplina e ad una serie di poteri di indirizzo e di vigilanza da parte degli apparati amministrativi talmente significativi, da indurre la Corte costituzionale a qualificarli ancora come enti creditizi, malgrado l'intrapresa riforma⁷.

La c.d. riforma Ciampi – articolata nella legge 23 dicembre 1998, n. 461 e nel decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 – manifestando, secondo alcuni autori, addirittura una certa diffidenza nei confronti degli enti conferenti⁸, che parevano non voler rinunciare alla propria posizione nel mercato del credito, ha cercato di dare maggior impulso alle dismissioni, in un'ottica di più accentuata privatizzazione. In particolare, il rapporto tra scopo principale e scopo secondario è stato rovesciato, assegnando però un termine piuttosto ampio agli enti conferenti, ora ribattezzati «fondazioni». La riforma ha interdetto alle fondazioni qualsiasi attività nel settore creditizio che non fosse quella delle partecipazioni azionarie di minoranza detenute a fini reddituali ed ha cercato di inibire qualsiasi possibilità per le stesse di intervenire in posizione di comando, anche mediante sistemi di partecipazioni incrociate o indirette, nel settore medesimo. Ha inoltre imposto talune riforme statutarie e la dismissione delle partecipazioni nella «banca conferitaria» entro il termine di quattro anni o – con un regime fiscale più severo – entro un ulteriore biennio. Compiuta tale fase di transizione, le «fondazioni» sarebbero state vere e proprie persone giuridiche rette esclusivamente dal diritto privato, provviste di finalità non lucrative e soggette al comune regime civilistico.

Ma, per le ragioni descritte più sopra, questa «più radicale» privatizzazione non poteva certo dirsi «radicale» in assoluto: la stessa Corte costituzionale, chiamata nuovamente a pronunciarsi in materia di fondazioni⁹, ha chiarito che, nel periodo intermedio, le fondazioni rimanevano enti di natura creditizia, soggetti a vigilanza da parte dei pubblici poteri, proprio nell'ottica del passaggio delle banche conferitarie dalla mano pubblica, nella quale sostanzialmente si trovavano, a mani private¹⁰. Con il tempo, comunque, la maggior parte delle fondazioni aveva provveduto tanto a riformare i proprio statuti quanto a dismettere le partecipazioni maggioritarie nelle banche conferitarie, pur con alcune (non lodevoli, ma limitate) eccezioni¹¹.

⁷ Cfr. sentenza n. 163 del 10-16 maggio 1995, in questa Rivista 1995, 1388 ss.. Ulteriori norme per l'accelerazione delle dismissioni furono stabilite con il d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito in l. 30 luglio 1994, n. 474, e dalla direttiva del Ministro del Tesoro del 18 novembre 1994: vedi in la sentenza n. 300, in commento, Considerato in diritto, § 5. Sulla riforma del 1998-1999, vedi, fra gli altri, M. CLARICH, *La riforma delle fondazioni bancarie*, in *Banca impresa società* 2000, 125 ss. ; A. PISANESCHI, *Brevi osservazioni sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie*, cit., 129; F. MERUSI, *La fine della storia: la legge 461/98 e il d.lgs. 153/99 sulle fondazioni bancarie*, cit.

⁸ M. CLARICH, *La riforma delle fondazioni bancarie*, cit., 125, che legge nel d.lgs. n. 153 «un atteggiamento di scarsa fiducia, se non addirittura di diffidenza, nei confronti delle fondazioni bancarie, con venature di autoritarismo».

⁹ Con le sentenze del 24 ottobre 2001, n. 340 (giudizio promosso dalla Regione Trentino-Alto Adige sul d.lgs. n. 153/1999, in tema di vigilanza sulle fondazioni nel periodo transitorio), n.341 (conflitto di attribuzioni sollevato dallo Stato contro l'approvazione da parte della Provincia autonoma di Bolzano di talune modifiche allo statuto della Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano) e n.342 (conflitto di attribuzioni sollevato dalla Regione Sicilia contro l'approvazione da parte dello Stato di alcune modifiche allo statuto della Fondazione Banco di Sicilia) .

¹⁰ M. ATELLI, *Le fondazioni di origine bancaria fra transizione infinita verso il diritto privato e innovazioni dell'ordinamento regionale in materia creditizia*, cit., ha criticato (§ 3) le sentt. n. 341 e 342 in quanto le stesse desumerebbero la natura di ente creditizio delle fondazioni dalla titolarità in capo al Ministero del Tesoro di poteri di vigilanza sulle stesse, quando invece anche questo secondo dato è tutt'altro che immune da profili di dubbio e problematicità. In linea di principio, comunque, il ragionamento della Corte costituzionale – a maggior ragione dopo le sentt. nn. 300-301 – appare piuttosto lineare, nella misura in cui connette i poteri di vigilanza all'attività, forse non creditizia in senso stretto ma certamente di rilievo per il settore del credito, di dismissione delle partecipazioni.

¹¹ Cfr. il commento di M. CLARICH - A. PISANESCHI a C. Cost. sentt. nn. 341-342/2001, in *Giorn. dir. amm.* 2002, 141. Secondo i due autori, peraltro, il processo di trasformazione delle fondazioni era già arrivato al punto se non di

Volendo indicare il dato sostanziale di questa fase di transizione, si può dire che – dietro la figura ambigua, complessa e mutevole degli «enti conferenti» e delle «fondazioni» – si snoda, negli atti normativi considerati, il tentativo, costante nella direzione anche se un po' discontinuo nelle modalità, di estromettere la mano pubblica e le sue emanazioni dal mercato creditizio, lasciando però le ex casse di risparmio e gli ex istituti di diritto pubblico nella titolarità, nel possesso e nella piena disponibilità delle risorse derivanti da tale processo di dismissione azionaria, con il solo vincolo dell'impiego delle risorse medesime a beneficio della collettività.

2.- La riforma delle fondazioni del nuovo secolo

2.1.- La legge finanziaria per il 2002

La legge finanziaria per il 2002 (legge n. 448 del 28 dicembre 2001), alcune disposizioni della quale sono state oggetto delle pronunce in commento, costituisce una rilevante novità in materia, che è sembrata sospingere nuovamente le fondazioni verso la sfera del diritto pubblico. Ma la novità è duplice: non solo pare venir meno la volontà di “privatizzare” le fondazioni, ma la loro nuova, ulteriore, riforma mira a fare di esse non più, come in passato, un mezzo a disposizione dello Stato per intervenire nel mercato del credito, ma invece una sorta di “cassaforte” alla quale attingere risorse e finanziamenti per l'esercizio delle funzioni e l'erogazione dei servizi propri od assunti dai pubblici poteri, in particolare da quelli attinenti le materie di cui all'art. 117, co. 2-3 Cost., come novellati dalla l.c. n. 3 del 2001. In altre e più brutali parole, le fondazioni avrebbero dovuto divenire enti di finanziamento delle autonomie territoriali sopperendo, evidentemente, ad una diminuzione di investimenti diretti statali e a nuovi trasferimenti di risorse, personale e mezzi al sistema delle autonomie locali.¹²

Se dunque fino al 1999 l'oscillazione tra pubblico e privato era avvenuta lungo l'asse imprenditoriale, di esercizio o dismissione diretti o indiretti dell'attività creditizia, nel 2001 la stessa oscillazione si sposta lungo l'asse patrimoniale, sulla questione di chi e come debba decidere dell'impiego delle consistenti risorse delle fondazioni. Non sarebbe, dunque, esatto descrivere la riforma del 2001 in termini di “ritorno al diritto pubblico”: sebbene sia vero che si discostava dal *leitmotiv* delle riforme Amato-Carli-Ciampi, essa non tornava affatto al modello crispino, ma cercava di inaugurare un nuovo corso delle fondazioni, come (ricche) fonti di finanziamento degli enti territoriali.

Le cronache politiche quotidiane hanno dipinto questa iniziativa come l'ennesimo tentativo ad opera del governo e dei partiti politici di allungare le mani su quote molto consistenti di ricchezza, ovvero di trovare nuovi mezzi per finanziare iniziative pubbliche senza por mano alla leva fiscale, o anche come una sorta di “regalo” a talune singole e specifiche forze politiche,

ricondere queste ultime alla categoria degli enti *non profit* di diritto privato, quantomeno di estrometterle da quella degli enti creditizi: i residui poteri ministeriali di vigilanza sarebbero stati connessi al semplice dato della dismissione in corso di partecipazioni pubbliche, senza alcun diretto collegamento con la natura creditizia delle società cui dette partecipazioni afferivano.

¹²In questo senso G. PASTORI, *Il ruolo delle fondazioni bancarie per lo sviluppo*, intervento al convegno *Sistema creditizio e sviluppo locale*, in occasione della cessazione dall'insegnamento del prof. G. Bazoli, Milano, Università Cattolica del S. Cuore, 27 ottobre 2003, *paper*, 4, si afferma che le fondazioni, a seguito della riforma del 2001, sarebbero divenute «enti strumentali o ausiliari dei poteri pubblici regionali e locali, nonché dell'amministrazione centrale». Un ringraziamento particolare al prof. Pastori per aver voluto mettere a disposizione di chi scrive il testo appena citato, ancora in via di pubblicazione.

particolarmente robuste nell'area settentrionale del Paese, laddove hanno sede la maggior parte delle fondazioni.

Certo è che i dati normativi erano piuttosto eloquenti: anche questo è stato messo in luce dalla dottrina. Basti qui ricordare come ai sensi dell'art. 11 – inserito nel Titolo II della legge, sulle «disposizioni in materia di entrata» – co. 15, sia previsto che in allegato alla relazione previsionale e programmatica, il Ministro dell'Economia esponga l'ammontare delle risorse attivate dalle fondazioni nei settori del loro intervento e che di queste risorse «si [tenga] conto nella rideterminazione degli stanziamenti da iscrivere nei fondi di cui all'art. 46», ossia dei fondi per investimenti.

Questo sistema di co-finanziamento, in cui lo Stato determina la misura del proprio contributo anche in ragione delle risorse erogate da altri soggetti, può creare problemi proprio quando – come accade nel caso che ci occupa – tali altri soggetti sono titolari di margini più o meno ampi di autonomia nelle proprie decisioni di spesa. Infatti, la circostanza per cui lo Stato può modulare il proprio concorso finanziario in relazione alle risorse già erogate in passato da enti autonomi, può costituire una sorta di vincolo indiretto e fattuale a carico degli enti medesimi a non ridurre e soprattutto a non mutare la destinazione delle proprie erogazioni¹³.

E non è tutto. Il collegamento tra fondazioni ed enti pubblici era rafforzato da molte altre disposizioni: i settori ammessi, enumerati dalla legge, erano rimessi ad una sorta di indiscriminato *ius variandi* del Ministro dell'Economia. Peraltro, tra i settori enumerati ne erano inclusi alcuni estremamente specifici (l'acquisto di libri scolastici), altri espressivi di precisi indirizzi etico-sociali (famiglia e valori connessi) ed altri tipici di materie che, si sarebbe detto, avrebbero dovuto essere dominio esclusivo ed assoluto dello Stato (prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica)¹⁴.

Inoltre, era previsto che la maggioranza dei membri degli organi di indirizzo fosse espressione degli enti territoriali – unici enti ai quali, peraltro, era assegnato un simile potere di nomina e, nondimeno, pareva consentito di essere destinatari dei benefici interventi delle fondazioni – per di più secondo un modello definito, in modo (volutamente?) ambiguo, di «rappresentanza». Un regime differente era previsto per le fondazioni di origine associativa, alle cui assemblee era riconosciuto il potere di nominare fino alla metà dei componenti dell'organo di indirizzo.

2.2.- Il regolamento di attuazione ed il parere del Consiglio di Stato: una prima linea di dubbi – previsti o indiretti – di costituzionalità

La pur sommaria ricognizione della riforma del 2001 non sarebbe completa senza qualche cenno al regolamento ex art. 11, co. 14 della l. 488 del 2001, che avrebbe dovuto dare attuazione alla legge in parola, integrandone i disposti normativi, e coordinarla con il d.lgs. n. 153 del 1999.

Per la verità, l'art. 11 della l. 448 appariva già di per sé piuttosto preciso e puntuale, in molte sue parti, specialmente ove si fosse considerato che non pareva intenzione del legislatore obliterare del tutto l'autonomia statutaria delle fondazioni e che, dunque, non sembrava possibile che ogni spazio normativo fosse occupato da fonti eteronome rispetto a quelle degli enti in questione.

¹³ Per considerazioni analoghe su di un problema simile, in tema di commisurazione degli stanziamenti per il Fondo nazionale per le politiche sociali in relazione alla pregressa spesa sociale delle autonomie territoriali, cfr. P. SABBIONI sub art. 4 in E. BALBONI - B. BARONI - A. MATTIONI - G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano 2003, n. 14.

¹⁴ Cfr. S. RISTUCCIA, *Contrordine: si torna agli enti pubblici. Analisi della proposta di riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in www.astridonline.it.

Comunque, il regolamento ministeriale n. 217 del 2 agosto 2002 e, forse addirittura con maggiore efficacia, lo schema di regolamento inizialmente sottoposto al parere del Consiglio di Stato esprimevano in modo chiaro ed immediato il reale significato della riforma del 2001, confermandone ed anzi accentuandone i tratti che si sono sopra descritti. D'altronde, non poteva che essere così, data la prossimità cronologica, il rapporto di integrazione nomologica e la stessa comune provenienza dei due atti, da un punto di vista sostanziale, dal medesimo indirizzo di politica economica e finanziaria. Si può dire che in questo caso davvero la fonte secondaria ha contribuito a illuminare e definire il significato – peraltro già piuttosto nitido – della fonte primaria: ed il controllo su tale fonte secondaria, attuato dal Consiglio di Stato attraverso l'anzidetto parere¹⁵, è stata l'occasione per un primo indiretto vaglio della costituzionalità della riforma nel complesso.

Lo schema, come si diceva, acui per certi aspetti i punti di discontinuità della riforma rispetto al passato, alcuni dei quali, solo a titolo esemplificativo, può essere utile citare:

- si introduceva il concetto di «territorio di riferimento», da precisare in ciascuno statuto, come termine necessario e prevalente dell'attività di ciascuna fondazione, introducendo così una sorta di vincolo ad un'azione territorialmente localizzata¹⁶;
- si introduceva la «rilevanza sociale nel territorio di riferimento» come criterio di scelta degli stessi «settori rilevanti» - non più di tre - fra tutti quelli ammessi¹⁷;
- si obbligavano le fondazioni a concentrare nei «settori rilevanti» il 75% delle risorse, aggravando così il vincolo di concentrazione espresso in termini meno netti dalla legge¹⁸, e le si costringeva altresì ad impiegare il 10% del patrimonio non investito nella banca conferitaria «in impieghi relativi o collegati ad attività che contribuiscono al perseguimento delle loro finalità istituzionali e in particolare allo sviluppo del territorio di riferimento, con specifico riguardo alle infrastrutture»¹⁹;
- si prevedeva che l'organo di indirizzo fosse «composto, per una quota pari ai due terzi dei propri componenti, da persone che rappresentano gli interessi del territorio di riferimento della fondazione»²⁰.

La struttura essenziale del ragionamento approfondito e qualitativamente elevato, sviluppato dal Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di cui s'è detto, potrebbe essere sintetizzata in questi termini. Il Consiglio procede da una compiuta ricognizione della complessa vicenda normativa, di cui le fondazioni sono parte; individua i principi costituzionali rilevanti nel settore *de quo*; mette in luce, con cautela ed apparentemente come un *obiter dictum* ma non per questo in modo meno preciso, alcuni elementi di conflitto tra la riforma del 2001 e gli anzidetti principi

¹⁵ Cons. St., sez. cons. atti normativi, 1° luglio 2002, n. 1354/02, est. Carbone, in *Foro amm. – C.d.S.* 2002, I, 2607 ss., con nota redazionale di richiami e osservazioni. Per un primo commento del parere, cfr. anche, volendo, il mio *Le fondazioni bancarie: verso un nuovo caso IPAB?*, in www.astridonline.it.

¹⁶ Cfr. schema, art. 2, co. 1; parere, § III.2.1, pp. 2617-2618.

¹⁷ Cfr. schema, art. 2, co. 2; parere, § III.2.3, pp. 2619-2630; la legge prevedeva sì il criterio della «rilevanza sociale», ma ai fini della destinazione delle risorse, non della selezione dei settori rilevanti (che è un momento logicamente ed applicativamente distinto ed anteriore).

¹⁸ Cfr. schema, art. 2, co. 3; parere, § III.2.5, pp. 2620-2622; nella l. n. 448 del 2001 (art. 11, co. 3) vincolava invece le fondazioni ad operare «in via prevalente nei settori rilevanti», senza indicare in alcun modo una percentuale fissa o comunque un obbligo di concentrazione tanto stringente.

¹⁹ Cfr. schema, art. 6, co. 2; parere, § III.6.2, pp. 2629-2630.

²⁰ Cfr. schema, art. 3, co. 1; parere, § III.3.1, pp. 2624-2625; il parere rileva come con la disposizione in commento si voleva, probabilmente, assicurare la «prevalente e qualificata rappresentanza degli enti diversi dallo Stato, di cui all'art. 114 della Costituzione». Il co. 2 dell'art. 3 prevedeva, più puntualmente, che «i rappresentanti degli interessi del territorio di riferimento della fondazione [fossero] designati da Regioni, Comuni, Province e, ove esistenti, Città metropolitane, distribuendo i poteri di designazione in modo da riflettere il territorio di riferimento delle fondazioni».

costituzionali; allegando di non poter sollevare questioni di costituzionalità²¹, nondimeno assoggetta ad uno scrutinio particolarmente severo lo schema di regolamento tutte le volte in cui esso tocca i punti di conflitto evidenziati e, discostandosi dalla legge, sembra comprimere in modo ancor più incisivo i principi costituzionali²².

In particolare, proprio la necessità di non comprimere l'autonomia statutaria delle fondazioni al di là di quanto previsto dalla legge ha indotto la Sezione consultiva per gli atti normativi a stigmatizzare le previsioni passate in rassegna appena sopra, che sono state in effetti espunte dal testo finale del regolamento²³.

Tra l'altro, il Consiglio di Stato, considerando la connessione tra fondazioni ed autonomie territoriali derivante *in primis* dai poteri di nomina conferiti a detti enti autonomi, giungeva sino a classificare le fondazioni come organismi di diritto pubblico, con le ben note conseguenze in tema di appalti e regole dell'evidenza pubblica²⁴. Una chiara dottrina ha criticato questa posizione, ritenendo che i poteri di nomina non fossero di per sé sufficienti a sostenere la qualificazione in parola e sottolineando, in particolare, che il rapporto tra enti territoriali e persone da questi nominate negli organi della fondazione non potesse configurarsi in termini di rappresentanza in senso stretto²⁵. In realtà, l'impostazione del Consiglio di Stato sembra rinviare al discorso più generale formulato sul rapporto tra autonomie territoriali e fondazioni, nella l. n. 448 del 2001 ed *a fortiori* nel regolamento ministeriale, al di là della specifica questione delle nomine e della "rappresentanza".

3.- Le decisioni in commento: la riforma "riletta", ovvero "riscritta"

3.1.- La natura delle fondazioni: sent. n. 300

È con queste premesse, sulla base di numerose ordinanze del TAR del Lazio²⁶ e del ricorso di alcune Regioni, che la Corte arriva a pronunciare le sentenze oggi in commento²⁷.

²¹ Secondo un ben noto indirizzo, ricordato tra l'altro in A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2001, 241, n. 14. Il Consiglio di Stato ripetutamente professa il proprio difetto di legittimazione, in sede consultiva, a sollevare questioni di costituzionalità (cfr. ad es. §§ I.1-2, II.3.4): ma, sia in alcune osservazioni piuttosto esplicite, sia dietro alle considerazioni in tema di "analisi di impatto delle regolamentazione" (cfr. §§ I.1, nonché II.3.3, con particolare riferimento ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità)

²² Cfr. in particolare § II.1: «tale lettura sistematica non è fine a se stessa, ma è funzionale all'emanazione del parere in oggetto. Difatti, essa consente di analizzare compiutamente le parti innovative del regolamento rispetto alla disciplina legislativa, per meglio valutarne la portata effettivamente attuativa o di coordinamento con il tessuto legislativo e, di conseguenza, la coerenza con l'intero impianto della normativa di rango primario».

²³ In particolare, la formulazione degli artt. 2 e 3 del d.m. n. 217/2002 recepisce puntualmente le osservazioni del Consiglio di Stato, eliminando le disposizioni criticate e sostituendole con quelle suggerite nel parere.

²⁴ Cfr. parere, § III.8.3, 2631-2632.

²⁵ F. MERUSI, commento al d.m. n. 217 del 2002, in *Giorn. dir. amm.* 2002, 1145-1146. Problemi diversi si ponevano invece in relazione alle fondazioni associative: cfr. *ibidem*.

²⁶ Il quale – nella sez. III – 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 del 1999. La questione, nuovamente sollevata assieme a quelle sulla l. n. 448 del 2001, forma oggetto della sent. n. 301 (cfr. Considerato in diritto, § 13).

²⁷ Per un primo commento di queste decisioni, cfr. C. PAGOTTO, *La Corte costituzionale "disegna" le nuove fondazioni bancarie*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; M. Atelli, *Fondazioni bancarie oppure ordinamento creditizio regionale: su cosa ha deciso la Consulta?*, in www.astridonline.it; nonché, per considerazione a caldo, il mio *Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto*, in web.unife.it/progetti/forumcostituzionale ed in www.astridonline.it. Cfr. più approfonditamente – oltre alla nota

Non si può mancare di sottolineare, già in premessa, che il percorso argomentativo seguito dal Consiglio di Stato – che giungeva sostanzialmente alla vera e propria censura di costituzionalità di numerose disposizioni della legge n. 448 – fa capolino nelle decisioni in modo esplicito, talvolta²⁸, e più spesso implicito²⁹, ma comunque in maniera significativa.

La sent. n. 300 (red. Zagrebelsky) qualifica le fondazioni come «persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale», precisando che le disposizioni della l. n. 448 censurate dalle Regioni «che pure modificano per aspetti rilevanti il decreto legislativo n. 153 del 1999, [non] sono tali da ricondurre le fondazioni all'ordinamento al quale appartenevano gli enti pubblici conferenti». In particolare, la Corte chiarisce che le fondazioni perseguono scopi di utilità generale, ma non per questo sono assimilabili ad amministrazioni pubbliche o ad enti strumentali: le loro caratteristiche le qualificano, infatti, come «soggetti dell'organizzazione delle “libertà sociali”, non delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere».

Rispetto alle decisioni adottate nel 2001, che definivano ancora le fondazioni come enti creditizi, la Corte precisa che il compimento del quadriennio previsto come periodo di transizione nel d.lgs. n. 153 non può che condurre ad un ribaltamento delle qualificazioni, portando tutte le fondazioni nella sfera dell'«ordinamento civile». Non rileva nemmeno se taluna delle fondazioni non abbia compiuto il percorso di auto-riforma indicato dal d.lgs. cit.: la Corte desume la qualificazione giuridica dell'ente fondazione dalla legge, rifiutandosi di lasciarla alla mercé di adempimenti che spettano a ciascuno dei soggetti interessati.

3.2.- La disciplina delle fondazioni: sent. n. 301

3.2.1.- Temi della sent. n. 301, con particolare riguardo alla delegificazione.

Pertanto, negato ogni potere delle Regioni nella materia dell'ordinamento delle fondazioni, la Corte passa a considerare, con la sent. n. 301 (red. Marini), molti singoli elementi della riforma del 2001, vagliando le numerose e puntuali censure del TAR Lazio.

Evitando una scialba parafrasi della sentenza, di seguito si proverà ad evidenziare i nuclei tematici maggiori e le tecniche decisorie che caratterizzano la decisione in commento.

Schematizzando, può dirsi che la sent. n. 301 Corte ruota attorno a tre nuclei tematici principali: il richiamo alla natura di autonomia sociale delle fondazioni (cfr., ad es., i passaggi in tema di «settori ammessi» e distribuzione delle risorse³⁰); la verifica della congruenza e razionalità

riportata di seguito alla presente – S. FOÀ, *Le fondazioni di origine bancaria quali soggetti privati espressione delle “libertà sociali”*: “ordinamento civile” e sussidiarietà orizzontale, in corso di pubblicazione su *Foro amm.*; F. C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibristici sulle fondazioni bancarie*, destinato alla pubblicazione in *Le Regioni* 2004, ma già in web.unife.it/progetti/forumcostituzionale. Cfr. anche G. PASTORI, *Il ruolo delle fondazioni bancarie per lo sviluppo*, intervento al convegno *Sistema creditizio e sviluppo locale*, cit..

²⁸ Nella sentenza n. 300, al § 6.2, la pertinenza delle fondazioni alla materia dell'«ordinamento civile» è suffragata da un riferimento espresso al parere (del quale cfr. § II.4).

²⁹ Le ordinanze di rimessione che hanno dato l'occasione per la sentenza n. 301 sono state pronunciate in gran parte proprio nel giudizio sul d.m. n. 217 del 2002: il rimettente – a sua volta – ha ampiamente ripreso le osservazioni del Consiglio di Stato, traendone spunto per le proprie censure (cfr. ord. n. 127 in G.U. n. 10 del 2003).. Comunque, la continuità più evidente tra il parere e le due sentenze sta proprio nei temi e negli argomenti, che non è possibile qui evocare passo per passo ma che certo meritano una lettura sinottica: in tema cfr. anche S. FOÀ, *Le fondazioni di origine bancaria quali soggetti privati espressione delle “libertà sociali”*, cit.

³⁰ Cfr. Considerato in diritto, §§ 4, 7-8. è quasi superfluo aggiungere che è soprattutto a questo livello che risulta evidente la connessione con la sent. n. 300, che costituisce la premessa ed il punto di partenza della n. 301 (cfr. Considerato in diritto, § 4).

intrinseca delle disposizioni censurate (cfr., ad es., le sezioni sui conflitti di interessi con gli enti titolari di poteri di nomina, di partecipazioni incrociate e di controllo³¹); taluni principi ed argomenti attinenti al sistema delle fonti del diritto (vedi, ad es., quanto statuito in tema di poteri normativi dell'autorità di vigilanza e di eccesso di delega del d.lgs. n. 153 per quanto riguarda i poteri di indirizzo dell'autorità stessa³²).

Non si può mancare di sottolineare subito – e ben al di là dello specifico tema delle fondazioni bancarie – l'importanza della decisione sull'art. 11, co. 1, ultimo periodo, annullato perché esso «accordando all'Autorità di vigilanza il potere di modificare, con regolamento, la legge in qualsiasi direzione, per di più senza indicazione di criteri, compatibili con la natura privata delle fondazioni e con la loro autonomia statutaria, idonei a circoscriverne la discrezionalità, viola i parametri costituzionali evocati dal ricorrente» e cioè l'art. 70 Cost.. Più esattamente, il rimettente individuava il profilo di contrasto con l'art. 70 nel fatto che la disposizione comportava «una delegificazione ad opera di una fonte secondaria diversa dai regolamenti cosiddetti della delegificazione, espressamente contemplati dall'art. 17, comma 2 della legge n. 400 del 1988».

Ciò che preme sottolineare non è tanto il riferimento nella decisione all'art. 70 Cost. – si sarebbe potuto fare anche riferimento all'art. 77, co. 1, o forse all'art. 76 Cost. – quanto il fatto che la Corte prende posizione con forza sul tema della delegificazione “in bianco”, che viene considerata illegittima. Deve quindi ritenersi che, ad avviso della Corte ed in conformità con quanto sostenuto da tempo dalla dottrina, il fenomeno di delegificazione richieda di necessità che la legge stabilisca quantomeno le norme generali della materia, rinviando per il resto alla fonte secondaria³³: posto che nella sentenza non si fa riferimento ad alcuna riserva di legge e che non sembra nemmeno che il motivo della decisione di annullamento stia nella natura ministeriale del regolamento *de quo*, resta da capire se dietro la decisione della Corte stiano ragioni strettamente attinenti al fenomeno della delegificazione, oppure se il Giudice della legge intenda aderire alle ben note prospettazioni della dottrina in tema di principio di legalità sostanziale come regola generale di tutti i conferimenti di funzioni, normative e provvedimentali, alla pubblica amministrazione³⁴. Data l'importanza del tema, la sua perplessità – soprattutto nella prassi legislativa e regolamentare – e la relativa novità dell'approccio, nel panorama della giurisprudenza costituzionale³⁵, qualche parola in più ben poteva essere spesa.

³¹ Cfr. Considerato in diritto, §§ 9-11.

³² Cfr. Considerato in diritto, §§ 5, 13.

³³ Con ciò sembrerebbe non accolta la tesi, autorevolmente sostenuta da A. RUGGERI, *'Fluidità' dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi d'inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione)*, in *Dir. pubbl.* 2000, 381, che i regolamenti di delegificazione debbano limitarsi alla mera esecuzione di corpi normativi che dovrebbero avere già carattere perfetto e compiuto. Resta invece in ombra la questione della necessità o meno che la legge indichi, e con quale grado di precisione, le norme destinate all'abrogazione in conseguenza dell'entrata in vigore del regolamento, nonché la questione dell'eventuale conseguenza di difetti in merito, se cioè si tratti di incostituzionalità della legge o di inidoneità del regolamento a determinare effetti di abrogazione.

³⁴ Cfr. in particolare da ultimo L. CARLASSARE, voce “*Legalità (principio di)*” in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, 659 ss.

³⁵ Nella giurisprudenza della Corte, soprattutto in tema di delegazione legislativa, è ben più frequente tanto il tentativo di “salvare” la potestà normativa delegata, insieme agli atti in cui essa si esprime, andando a ‘pescare’ principi e criteri direttivi anche al di fuori dell'atto di delega (cfr. per tutti E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino 1999, 48 ss.), quanto la tecnica di assoggettare a scrutinio severo non l'atto di delega, ma l'atto normativo delegato (cfr., tra gli altri, M. MASSA, *Il nuovo riordino della Scuola centrale tributaria*, in *Dir. pubbl.* 2003, 262 ss.). L'annullamento dell'atto di delega costituisce dunque una relativa novità, pur a lungo invocata dalla dottrina.

3.2.2.- Tecniche decisorie della sent. n. 301, con particolare riferimento all'interpretazione adeguatrice abrogativa ed all'effetto combinato di parti differenti del *decisum*.

Quanto alle tecniche decisorie, si può osservare innanzitutto che la Corte non esita a dichiarare incostituzionali e, dunque, a caducare alcune delle disposizioni impugnate.

Ma il dato che pare caratterizzare in modo peculiare la sent. n. 301 non è tanto il numero delle decisioni di accoglimento, quanto la quantità e la struttura delle statuizioni interpretative di rigetto. La tecnica del rigetto interpretativo è risalente ed ormai ben consolidata, soprattutto dopo che la giurisprudenza costituzionale³⁶ ne ha codificato i tratti essenziali di principio ermeneutico generale, con una formulazione particolarmente felice («le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali..., ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»).

Una prima particolarità è che la Corte non si fa scrupoli nel proporre interpretazioni che depotenziano fortemente il senso complessivo della riforma, quale emergeva dalla l. n. 448 e dal regolamento di attuazione.

In molti casi, la Corte interpreta in modo restrittivo locuzioni che, nel loro tenore letterale, potevano prestarsi a letture ben più radicali: così ad esempio per quanto riguarda i commi 4, 7 e 10, in tema di rapporti tra le fondazioni e componenti degli organi di indirizzo, soggetti che li hanno nominati, banche conferitarie ed altre imprese creditizie ed assicurative.

In altri casi, però, la Corte fa un passo ulteriore e determina vere e proprie abrogazioni interpretative, annullando sostanzialmente espressioni la cui ambiguità, invero, era assoluta ed innegabile, ma che potevano forse chiarirsi – in modo *non* conforme a Costituzione – alla luce del senso complessivo della riforma.

Così, il comma 3 dell'art. 11, nella parte in cui dispone che le fondazioni assicurano «singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse», non vuol dire, secondo la Corte, che le fondazioni siano parte di un sistema unitario, perché tale norma è «una mera indicazione di carattere generale, priva, in quanto tale, di carattere vincolante».

Il comma 4, poi, laddove afferma che gli enti territoriali esprimono negli organi direttivi delle fondazioni una propria «rappresentanza», userebbe il termine da ultimo citato in modo «all'evidenza atecnico».

L'ultimo periodo del comma 4, che nel disciplinare la posizione dei singoli amministratori fa «salvo quanto al comma precedente», ove si menzionano gli amministratori di estrazione territoriale, non sottrae questi ultimi al regime generale, bensì «al di là delle sue espressioni letterali», va inteso «nel senso, del tutto generico, confermativo della vigenza della (disciplina contenuta nella) prima parte della norma» (peraltro anch'essa oggetto di rilettura restrittiva).

Un'ulteriore particolarità sta nel fatto che, talora, la combinazione tra vari segmenti del *decisum* pare incidere la figura della legge censurata molto più di quanto la considerazione dei singoli segmenti di per sé soli potrebbe far pensare.

Così, ad esempio, se l'enumerazione dei settori ammessi non ha alcun valore vincolante, perché «le singole previsioni legislative dei settori ammessi, sono, sostanzialmente riproduttive, per la loro ampiezza e varietà, di tutte le possibili attività proprie e caratteristiche delle fondazioni»³⁷; e se, inoltre, il potere di modificare i settori ammessi riconosciuto all'Autorità di

³⁶ La motivazione cita la sent. n. 356 del 1996, in questa Rivista 1996, 3096, con nota di E. LAMARQUE, *Una sentenza "interpretativa di inammissibilità"?*

³⁷ Ed anche in questo riferimento al significato "sostanziale" e non letterale si può vedere un'interpretazione non formalistica, che dilata il senso delle previsioni normative sino a sfumarlo del tutto, giungendo – anche qui – alle soglie dell'*interpretatio abrogans*.

vigilanza è incostituzionale, per violazione dell'art. 70 Cost.³⁸; allora, per “combinato disposto”, l'effetto – quantomeno nell'immediato – è quello di confermare una autonomia di gestione in capo alle fondazioni sostanzialmente illimitata ed insuscettibile di compressione. Resta indenne il precetto della non dispersione, in base al quale le fondazioni sono obbligate a scegliere non più di tre settori di intervento primario: ma se tale vincolo è giudicato conforme a Costituzione, ciò avviene anche perché «la concreta scelta dei “settori rilevanti” non è effettuata autoritativamente, ma è rimessa alla libera determinazione delle fondazioni».

In modo analogo, una volta che si sia stabilito che i membri degli organi di indirizzo di nomina regionale e locale non devono necessariamente essere la maggioranza; che in ogni caso essi non sono legati alle autonomie territoriali da un rapporto di «rappresentanza» in senso stretto; che le fondazioni possono promuovere interessi del territorio, ma non dei suoi enti esponenziali; che, infine, l'ambito di attività delle fondazioni resta ben distinto da quelli dei pubblici poteri; ebbene, con queste premesse, è chiaro che il disegno di “pubblicizzazione” delle fondazioni risulta concettualmente e praticamente annullato.

In conclusione, al di là del gran numero dei profili considerati e dell'eterogeneità dei parametri e delle tecniche decisorie, la Corte, con la sent. n. 301 e la sent. n. 300, a mo' di premessa, procede alla complessiva riscrittura di una legge intera, il cui peccato originale ed irrimediabile resta quello di aver voluto lasciare formalmente immutati i principi di base sulle fondazioni bancarie, pervertendone però il lineare disegno con una serie di regole sostanzialmente distorcenti.

4.- Il precedente del «caso Ipab»: la sent. n. 396 del 1988

4.1.- Profili di differenziazione nella struttura delle decisioni

Molti commentatori e lo stesso Consiglio di Stato hanno richiamato talune analogie tra i principi declinati dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza n. 396 del 24 marzo-7 aprile 1988³⁹, sul “caso Ipab”, e quelli che parevano attagliarsi al giudizio sulla riforma delle fondazioni bancarie del 2001.

Le analogie sembrano effettivamente sussistenti, ma occorre svolgere in merito alcune precisazioni, per non lasciare il discorso vago ed indeterminato. Nella sentenza n. 396, la Corte percorreva un *iter* argomentativo che può essere sintetizzato come segue: le istituzioni di beneficenza erano, in origine, enti privati, dominati dalla volontà dei fondatori ed operanti in regime di autonomia; la riforma crispina (l. n. 6792 del 1890) non aveva propriamente “pubblicizzato” le istituzioni in parola, ma le aveva inserite in un sistema di poteri e controlli tale, da dar vita ad una sorta di potere pubblico generale di indirizzo nei riguardi della beneficenza.⁴⁰ Nel frattempo, però, una serie di leggi aveva munito i poteri pubblici di strumenti più che idonei ad esercitare funzioni di assistenza a favore dei bisognosi; quindi, nel mutato quadro normativo, «non

³⁸ Resta da capire, naturalmente, se una successiva legge potrebbe reintrodurre un tale potere: tuttavia, considerato che, da un lato, detto potere dovrebbe essere sorretto da previsioni legislative sostanziali di una certa pregnanza, per non incorrere in vizio ex art. 70 Cost.; e che, d'altro canto, la Corte insiste sull'ampia autonomia delle fondazioni; dunque, in conclusione, pare lecito dubitare che la legge possa cercare di ripristinare anche solo in parte il potere dell'Autorità di selezionare i settori ammessi. Anche in questo caso, potrebbe dirsi, l'insieme delle singole parti della sentenza ha una pregnanza superiore a quella che potrebbe rilevarsi, a prima vista, dalla mera giustapposizione delle stesse.

³⁹ In questa Rivista 1988, I, 1744 ss., con nota di U. DE SIERVO, *La tormentata fine delle I.P.A.B.*

⁴⁰ P. CAVALERI, *L'Assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati: cento anni di giurisprudenza sulla 'legge Crispi'*, Milano 1992.

[potevano] ormai non essere assecondate le aspirazioni di quelle figure soggettive sorte nell'ambito dell'autonomia privata, di vedersi riconosciuta l'originaria natura», che, ricorrendone i presupposti, poteva anche essere quella pura e semplice di diritto civile. Come è noto, la Corte si premurava anche di indicare i criteri per la ricognizione delle Ipa di natura privatistica, pur incorrendo in talune critiche motivate ed analitiche di una pregiata dottrina⁴¹. In breve: cadute le ragioni di interesse pubblico che avevano portato all'assoggettamento di istituzioni private a poteri pubblici, dette istituzioni potevano essere pienamente restituite alla loro natura primigenia.

Nelle sentenze nn. 300 e 301, invece, non v'è chi non veda come i riferimenti all'origine ed alla storia delle fondazioni (e degli enti da cui queste derivano) siano piuttosto ridotti⁴²: l'attenzione della Corte si sofferma, invece, sulla configurazione legislativa emergente dal diritto positivo e sui suoi antecedenti più vicini.

L'impostazione della Corte appare del tutto corretta: lo schema del 1988, con il riferimento alla storia remota degli enti oggetto della decisione, non poteva certo applicarsi alle fondazioni che (1) sono frutto di riforme legislative piuttosto recenti; (2) non hanno avuto modo di consolidare, nella loro breve e movimentata esistenza, caratteri netti e ben definiti; (3) derivano da categorie di enti – casse di risparmio e monti di pietà, da un lato, ed istituti di credito di diritto pubblico, dall'altro – diversi tra loro. Questo spiega perché il sindacato della Corte si assesti più sulla verifica della coerenza della legislazione, che non sulla conformità di essa ad un modello storicamente consolidato e ad essa preesistente.

4.2.- Profili di analogia nel merito delle decisioni

Dunque, non è sul piano della struttura delle decisioni che deve ricercarsi l'analogia, ma su ad un altro livello: quello, più profondo e carico di significato, dei principi costituzionali sul rapporto tra pubblico e privato nel perseguimento di interessi della comunità.

Nel 1988 la Corte osservava che le finalità delle istituzioni di beneficenza «non sono per natura esclusivi delle strutture pubbliche», sicché, in quel settore, ambito privato e pubblico ben possono coesistere. Possono, anzi devono: «questa esigenza è imposta dal principio pluralistico che ispira nel suo complesso la Costituzione repubblicana e che, nel campo dell'assistenza, è garantito, quanto alle iniziative private, dall'ultimo comma dell'art. 38».

Quindici anni dopo, nella sent. n. 300, la Corte richiama il «carattere dell'utilità sociale» riconosciuto alle finalità delle fondazioni e la loro pertinenza ai «soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali», con esplicito richiamo al nuovo art. 118, u.c. Cost. Nella sent. n. 301, poi, il Giudice delle leggi afferma che il «principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, quarto comma, Cost. risulta del tutto compatibile, oltre che con la natura privata delle fondazioni, con il riconoscimento che le stesse svolgono compiti di interesse generale».

Tornerò nelle conclusioni su questo punto che considero fondamentale ma desidero segnalare subito che è questo il maggior profilo di analogia: il riconoscimento della circostanza per cui taluni interessi, pertinenti alla comunità nazionale ed alle singole comunità da cui essa è costituita (le ben note comunità intermedie), ben possono essere promossi e curati insieme dal settore pubblico e da

⁴¹ U. DE SIERVO, *La tormentata fine delle I.P.A.B.*, 1761 ss.

⁴² Ma non del tutto assenti: cfr., nella sentenza n. 301, Considerato in diritto, § 8, laddove si giudica ragionevole che vi sia «una significativa presenza nell'organo di indirizzo di soggetti espressi dagli enti territoriali», proprio in considerazione del fatto che è «storicamente indiscutibile un loro [n.d.r. delle fondazioni] collegamento con le realtà locali». Ben più diffusi erano invece i riferimenti storici nel parere del Consiglio di Stato: cfr. §§ II.2.1-6, pp. 2611-2614.

quello privato, senza che il carattere degli interessi stessi precluda ogni spazio di attività per il secondo dei due settori.

Come s'è detto, si tratta di un principio già espresso in modo chiarissimo, per il settore dell'assistenza, all'art. 38 u.c. Cost. e oggi, in generale, all'art. 118, u.c. Cost.. Ma, soprattutto, si tratta di «una delle grandi scelte di fondo del nostro Costituente, che, da una parte, mirava a superare il precedente, tradizionale orientamento nel nostro sistema che tendeva a identificare come soggetti/enti pubblici tutti i soggetti aventi fini di interesse e utilità sociale (...) e dall'altra parte mirava a suscitare una rinnovata assunzione di iniziativa e di responsabilità sociale da parte dei cittadini singoli e associati»⁴³. Si tratta di una scelta grande davvero, nella portata e nell'ispirazione, che coniuga autonomia e libertà, da un lato, e responsabilità dall'altro, secondo uno degli insegnamenti più profondi e duraturi della giuspubblicistica cattolico-democratica⁴⁴. Soprattutto la circostanza che la Corte radichi in questo contesto le proprie decisioni consente, pur nell'incessante insistenza della politica sul tema delle fondazioni⁴⁵, di prevedere che la statuizione sulla natura delle fondazioni medesime oggi in commento si porrà, probabilmente, come punto di non ritorno⁴⁶.

5.- Conclusioni: incertezze perduranti ed indicazioni generali

La natura e la conseguente disciplina delle fondazioni bancarie, o di origine bancaria, risultano dunque chiarite dalle sentenze in commento: anche se, data la stratificazione di corpi normativi diversi e dissonanti, nessuno dei quali è esempio di tecnica legislativa impeccabile, certamente rimarranno molti specifici profili di incertezza, aggravati dall'assoluta nebulosità in cui è tuttora avvolta la competenza legislativa regionale in tema di enti creditizi⁴⁷. In questa sede, però, non ci si intratterrà su questi profili, peraltro già oggetto di approfondite considerazioni da parte di specialisti della materia. Ci si limita, dunque, ad un'osservazione.

⁴³ G. PASTORI, *Il ruolo delle fondazioni bancarie per lo sviluppo*, intervento al convegno *Sistema creditizio e sviluppo locale*, cit., 2. In senso non difforme, cfr. S. FOÀ, *Le fondazioni di origine bancaria quali soggetti privati espressione delle "libertà sociali"*, cit., il quale richiama la dottrina della prima parte del 1900, che distingueva la natura degli enti secondo le finalità dagli stessi perseguite.

⁴⁴ Non a caso nel contributo ult. cit. di G. PASTORI si cita il magistero di Feliciano BENVENUTI, del quale si può in questa sede ricordare, quantomeno, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, nelle varie edizioni sino al 1996; *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova 1996; *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994; *Il diritto come scienza umana*, in *Jus* 1983.

⁴⁵ Cfr. in proposito d.l. 24 giugno 2003, n. 143, convertito in l. 1° agosto 2003, n. 212; art.5 d.l. n. 269 del 30 settembre 2003, convertito, con modificazioni, in l. n. 326 del 24 novembre 2003, in tema di riforma della Cassa depositi e prestiti con apertura del capitale della stessa alle fondazioni; art. 2, co. 26 l. 24 dicembre 2003, n. 350 (Finanziaria 2004).

⁴⁶ Cfr. ancora G. PASTORI, *Il ruolo delle fondazioni bancarie per lo sviluppo*, intervento al convegno *Sistema creditizio e sviluppo locale*, cit., p. 5, laddove afferma che «il carattere di ente privato senza fine di lucro delle fondazioni diventa con ciò qualcosa di necessitato e di irreversibile alla luce dei dettati costituzionali a cui la Corte le ha ancorate come ne diventano elemento obbligatorio i fini di utilità sociale».

⁴⁷ Come è noto, il problema nasce dal fatto che, anche a seguito delle riforme considerate nelle sentenze in commento, non è chiaro che senso abbia la competenza riconosciuta dalla l.c. n. 3 del 2001 in via concorrente a Stato e Regioni su «cashe di risparmio», «cashe rurali», «aziende di credito a carattere regionale». Sul punto, cfr. M. ATELLI, *Le fondazioni di origine bancaria fra transizione infinita verso il diritto privato e innovazioni dell'ordinamento regionale in materia creditizia*, cit., 4209 ss.; ID., *Fondazioni bancarie oppure ordinamento creditizio regionale: su cosa ha deciso la Consulta?*, cit., § 3; F. MERUSI, commento al d.m. n. 217 del 2002, cit., 1147; cfr. anche le dichiarazioni del Governatore della Banca d'Italia in I^A COMMISSIONE PERMANENTE DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione*, Roma 2002, vol. I, 243 (resoconto del 12 dicembre 2001).

Secondo un qualificato commentatore⁴⁸, la Corte non avrebbe affrontato con sufficiente risolutezza il nodo della natura delle fondazioni; ad avviso di chi scrive, invece, le decisioni in commento chiariscono senza infingimenti e senza incertezze la natura essenzialmente privata, non lucrativa e non a scopo di lucro, delle fondazioni. È certamente innegabile che il riferimento ai «limiti e controlli compatibili» con la natura privata e non creditizia delle fondazioni, nonché al tema della ragionevolezza, che sembra presente alle spalle della sent. n. 300⁴⁹ ed all'interno della sent. n. 301, complichino il quadro. Ma si tratta di dati difficili da eludere, rispetto a soggetti che, sia pure da privati, insistono su un nodo tanto intricato di interessi: soprattutto, anche ammettendo la possibilità di eventuali limiti e controlli all'autonomia delle fondazioni, non resta incrinato il punto di partenza, inequivocabilmente fissato dalla Corte nella natura privata e *not for profit* delle fondazioni stesse. Quantomeno, eventuali ulteriori dubbi sull'interpretazione del *corpus* normativo in esame potranno trovare sicuro riferimento nei principi anzidetti: e non è detto che i giudici comuni, in futuro, non proseguano nell'opera di adeguamento (o abrogazione?) ermeneutica iniziata e portata già a buon punto dalla Corte. D'altronde, non si devono scambiare la confusione della normativa e la complessità degli intrecci di interessi privati, generali e pubblici con la ritrosia o la disattenzione del Giudice delle leggi.

La fondazione (di origine) bancaria ha fatto dunque il suo ingresso nel numero delle comunità che, spontaneamente e dietro loro impulso, sono in grado di organizzare la promozione e l'esercizio delle "libertà sociali".

Quest'ultima è una dizione volutamente diversa da quella che ha riguardo ai "diritti sociali", con i quali si allude ad un posizione giuridica protetta direttamente dall'ordinamento in capo a ciascun cittadino, ma la cui fruizione attiene, per sé ad altre dimensioni collettive e/o sociali.

Mentre con "libertà sociale" sembra si voglia alludere ad un qualcosa che il libero confluire ed ordinarsi della società in gruppi rende possibile, ma non doveroso come è invece per la parte pubblica, l'azione sociale volta a rendere effettivo il godimento dei classici diritti di prestazione: istruzione, sanità e assistenza e gli altri diritti sociali.

Insomma, l'introduzione della categoria delle libertà sociali evoca un tipo di società (o porzione di essa) capace e decisa ad autodeterminarsi e organizzarsi allo scopo, di volgere per usi diversificati una quota di risorse, la cui origine fu privata, ma la cui destinazione diviene altruistica ed elargitiva, per diffondere beni della vita a fruizione collettiva.

Le fondazioni di origine bancaria si atteggiavano così come una modalità per attuare la beneficenza e la gratuità e per praticare il dono. E' questa la nuova prospettiva aperta - e adesso costituzionalmente garantita - dal principio di sussidiarietà nella versione sorgiva del *subsidiium auferre*. La etimologia, ma ancor più il concetto originario, risultano peraltro impegnativi per le fondazioni, nell'operare concreto delle quali la devianza da un sano e rigoroso utilizzo delle risorse disponibili (che solo dal punto di vista classificatorio possono essere ascritte alla categoria del privato) mostrerebbe un clamoroso difetto etico, prima ancora che costituzionale. Al di là delle osservazioni idealtipiche, adesso fugacemente accennate, sono però altre le indicazioni che sembra di poter ricavare in sintesi, da queste sentenze e che - alcune sulla scorta di acquisizioni

⁴⁸ F. C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibri sulle fondazioni bancarie*, cit., *passim*, ma soprattutto § 4, laddove si afferma che lo stesso uso del criterio della ragionevolezza sarebbe improprio, per il difetto di un retrostante inquadramento sistematico di adeguata consistenza e precisione.

⁴⁹ La sent. n. 300 cita la sent. n. 50 del 1998, in cui la Corte aveva appunto ritenuto illegittimo, contrastante «con il principio di libertà sociale» e – in ultima analisi, parrebbe – irragionevole che un'attività di organizzazione di viaggi episodica e senza fini di lucro fosse sottoposta agli stessi vincoli previsti per l'attività medesima con carattere professionale ed imprenditoriale. Dunque, anche in quella decisione il problema non erano i limiti ed i controlli in sé e per sé, ma la loro concreta misura rispetto al tipo legale considerato: cfr. S. FOA, *Le fondazioni di origine bancaria quali soggetti privati espressione delle "libertà sociali"*, cit.

consolidate, altre con maggior audacia innovativa - assumono un rilievo capitale, al di là del tema specifico, sul piano del diritto costituzionale in generale, Esse sono: la necessità ed il metodo di considerare ogni istituto nell'ambito del contesto storico e sistematico complessivo; lo stretto rapporto di integrazione nomologica tra fonti primarie e secondarie e tra sedi di controllo sulle une e sulle altre; le ampie potenzialità dell'interpretazione adeguatrice, che può determinare quasi l'abrogazione e la rivisitazione complessiva di un testo normativo; il rilievo del principio di sussidiarietà orizzontale, troppo spesso evocato retoricamente e qui invece messo in relazione a precisi argomenti di diritto positivo e all'emersione di talune dorsali della Costituzione che assumono un ruolo strutturante. Ben oltre il ristretto tema delle fondazioni, sarà opportuno, in definitiva, tenere sempre presenti queste sentenze e meditare con attenzione approfonditamente sulle loro premesse teoriche e sul loro senso profondo, oltre che sui loro numerosi possibili sviluppi.