Luisa Torchia

Fondazioni bancarie e diritto pubblico

(di prossima pubblicazione in "Il Ponte")

1. Premessa

I rapporti tra fondazioni di origine bancaria e diritto pubblico sono rapporti controversi e oggetto di controversie ancora in corso, dinanzi al giudice amministrativo e alla Corte costituzionale[1]. Non si può dunque fare un bilancio della materia, né tentare una ricostruzione con pretese di sistematicità, che potrebbero essere rapidamente e facilmente smentite da ulteriori sviluppi giurisprudenziali e legislativi.

Conviene, allora, piuttosto che seguire troppo da vicino le contingenze e l'attualità, provare ad illustrare e discutere i principali profili problematici contro un quadro più generale, che non ignori la specificità della storia delle fondazioni di origine bancaria, ma non si rinchiuda nelle angustie e nelle peculiarità di quella stessa storia, provando invece a verificare in quale misura e con quali esiti siano applicabili alla questione i principi generali del nostro ordinamento per quanto riguarda i rapporti tra pubblico e privato o, per dirla in termini più analitici, per quanto riguarda i criteri di riconoscimento delle qualificazioni privatistiche e i limiti e i vincoli alla capacità della disciplina pubblicistica di intervenire su quelle qualificazioni.

Si tenterà quindi, nelle pagine che seguono, prima di indicare e discutere gli elementi in base ai quali si può fondare la natura privatistica delle fondazioni di origine bancaria, e poi di misurare lo spazio e l'intensità che restano comunque nella disponibilità del legislatore per l'introduzione di regole e fini pubblicistici. L'analisi terrà conto, inoltre, per un verso della dimensione costituzionale, in parte aggiornata e modificata con l'approvazione del nuovo Titolo V della Costituzione e, per altro verso, della dimensione europea, che richiede di guardare all'ordinamento italiano come parte e segmento di un più ampio spazio giuridico, dotato di principi e regole comuni.

[1] La nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria introdotta con l'art.11 della legge n.488/2001 è stata oggetto di una serie di ordinanze di rimessione del Tar del Lazio alla Corte costituzionale, ordinanze adottate in sede di giudizio sulla legittimità del d.m. n.217/2002 con il quale il ministero dell'economia e delle finanze ha dato attuazione alla disciplina stessa. Lo stesso Tar Lazio aveva già sollevato la questione di legittimità costituzionale relativamente alla previsione di poteri di indirizzo in capo all'autorità di vigilanza nell'art.10 del d.lgs. n.153/1999 (ord. n.1196/2001). Le questioni saranno probabilmente decise dalla Corte costituzionale in un unico giudizio nel corso del 2003. Per completezza, va detto che in materia il legislatore è ancora intervenuto nel 2002, prima con l'art.5 del d.l. n.63/2002, convertito con legge n.112/2002 e poi con l'art.80, comma 20, della legge n.289/2002. Con il primo intervento si è introdotta una norma di interpretazione autentica che ribadisce la natura privatistica speciale delle fondazioni, al fine di giustificare, in sede comunitaria, la concessione di agevolazioni fiscali. Con il secondo intervento si è modificata la disciplina in materia di incompatibilità dei componenti degli organi di indirizzo e si è concesso alle fondazioni di minori dimensioni un allungamento della scadenza fissata per la dismissione della quota di controllo nella banca conferitaria.

2. L'origine e i processi di trasformazione degli anni novanta.

Sulla storia delle fondazioni di origine bancaria disponiamo ormai di ottimi studi[2], ai quali non si può che rinviare per la ricostruzione del lungo percorso che ha portato dalle opere pie – volte ad attivare la raccolta di risparmio senza esercizio di attività bancaria in senso proprio – alle casse di risparmio, al loro inquadramento nella legge bancaria come aziende di credito e, quindi, nell'ordinamento sezionale del credito, alla trasformazione delle banche in società per azioni con conseguente creazione di enti conferenti agli inizi degli anni novanta e successiva trasformazione di questi enti conferenti in enti dediti ad attività sociali, definiti, appunto, come "fondazioni".

Non si possono ripercorrere qui neanche per sommi capi i passaggi, spesso tortuosi, di questa lunga storia, ma si possono ricordare alcuni profili peculiari della scelta finale a favore del modello "fondazione".

E' da ricordare, in primo luogo, che tale scelta non si è fondata su una particolare capacità attrattiva o esperienza positiva del modello stesso: al contrario, come risulta anche dai lavori preparatori della legge delega e del decreto legislativo che le ha dato attuazione, la nuova disciplina in materia di fondazioni di origine bancaria fu vista come un primo tassello di un possibile aggiornamento e di un'auspicata modernizzazione della disciplina civilistica in materia di fondazioni. E del resto non può certo dirsi che alla fine degli anni novanta, quando si pose mano alla trasformazione degli conferenti da enti pubblici a persone giuridiche private, l'esperienza del settore *no-profit* in Italia fosse tale da fornire modelli e *best practices* da elevare a sistema e a regola comune. Anche sotto questo profilo, la nuova disciplina contenuta nella legge n.461/1998 fu vista – con una sorta di eterogenesi dei fini - come un'occasione per rafforzare un terzo settore di recente e un po' asfittica tradizione, piuttosto che come estensione di un modello già funzionante e affermato.

La "specialità" della disciplina delle fondazioni di origine bancaria trovava quindi fondamento, per un verso, nell'origine bancaria, che portava con sé alcuni elementi tipici della disciplina pubblicistica del credito e, per altro verso, nella necessità di disegnare un percorso graduale di approdo ad un regime privatistico che veniva considerato esso stesso bisognoso di ammodernamento. La "specialità" aveva, peraltro, nel disegno originario, un carattere solo transitorio: una volta che si fosse reciso definitivamente il legame con l'attività creditizia e si fosse, d'altra parte, completata l'entrata a regime della disciplina del terzo settore, con la costituzione dell'apposita autorità di vigilanza, anche le fondazioni di origine bancaria sarebbero rientrate a pieno titolo nella categoria degli enti no-profit.

La qualificazione dei nuovi enti come fondazioni, disciplinate da codice civile, si giustifica principalmente, in secondo luogo, con la volontà di assicurare l'indipendenza dei soggetti gestori di patrimoni molto ingenti, di favorire ulteriormente la dismissione delle partecipazioni di controllo nelle banche e, *last but not least*, di tenere conto della decisione della Corte costituzionale sulla legge Crispi

[2] Fra i più recenti, ambedue con ampia bibliografia, v. M. Clarich, A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, Il Mulino, 2001 e M. Cosulich, *Le casse di risparmio e le fondazioni bancarie tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2002.

del 1890[3], giudicata costituzionalmente illegittima nella parte in cui aveva pubblicizzato le opere pie, cancellando e occultando la loro natura di soggetti della società civile. Data l'affinità fra la legge sulle opere pie e la legge sulle casse di risparmio, era facile sostenere che la pubblicizzazione costituiva una forzosa imposizione di regole e modelli che contrastavano con l'originaria natura dei soggetti in questione e che il ricorso al modello della fondazione costituiva, invece, un riconoscimento in termini aggiornati e moderni dell'originaria natura di soggetti indipendenti ed autonomi dal potere pubblico.

L'ampiezza di questo riconoscimento si può misurare, in termini di qualificazione giuridica positiva, nelle previsioni dell'articolo 2, comma 1 del d.lgs. n.153/1999, ove si statuisce che "*Le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale*". L'autonomia si articola, quindi, su due elementi fondamentali: la capacità di darsi una proprio atto costitutivo, quale è lo statuto e la capacità di darsi proprie regole di organizzazione e di funzionamento, in base alle quali si formi e si attui, nel quadro di fondo disegnato dallo statuto, la volontà del soggetto.

Il raggiungimento effettivo di tale piena autonomia era, come è noto, subordinato all'approvazione di nuovi statuti e all'adozione della nuova configurazione organizzativa prevista, in esito alla quale le fondazioni avrebbero definitivamente acquisito la personalità giuridica di diritto privato e avrebbero dovuto operare per il raggiungimento di scopi di utilità sociale, in settori individuati dalla legge stessa: la ricerca scientifica, l'istruzione, l'arte, la conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, la sanità e l'assistenza alle categorie sociali deboli. L'individuazione di tali settori ricalcava quindi da presso l'ambito tradizionale di attività degli enti, ai quali era lasciata la scelta in ordine alla presenza e alla prevalenza dei diversi settori, con l'unico obbligo di prevedere nello statuto almeno uno di quelli indicati dalla legge.

Il processo di privatizzazione che così si compieva era controbilanciato da una serie di previsioni relative ai poteri di vigilanza - in materia di sana e prudente gestione, di interessi definiti negli statuti e di redditività del patrimonio – attribuiti transitoriamente al ministero del tesoro (oggi ministero dell'economia e delle finanze), in attesa dell'istituzione dell'autorità di vigilanza sulle fondazioni e comunque sino a quando si fosse detenuta la partecipazione di controllo nella banca.

Si tratta, come si vede da questa pur sommaria descrizione, di una disciplina che contiene numerosi e significativi limiti alla stessa autonomia privata che afferma in principio, in quanto si dettano regole in materia di organizzazione e struttura, di attività, di impieghi del patrimonio e di destinazione del reddito e si individua un'autorità amministrativa chiamata a vigilare sul rispetto di queste regole. Di qui la tendenza, diffusa nella pubblicistica sul tema, a definire la disciplina delle fondazioni di origine bancaria come una disciplina di "diritto privato speciale", che si distinguerebbe, quindi, dalla disciplina di diritto privato generale contenuta nel codice civile in riferimento alle fondazioni.

[3] Corte costituzionale, sentenza n.396/1988.

Non è questa la sede per entrare nel merito della portata e delle caratteristiche del diritto privato speciale rispetto alla generale disciplina civilistica, anche perché questo profilo viene esaminato in un altro contributo contenuto in questo stesso fascicolo. Si può osservare, però, in termini del tutto generali, che anche il richiamo alla "specialità" è sottoposto ad una condizione logica preliminare: e cioè che sia possibile sempre riconoscere il rapporto tra *genus* e *species*, con conseguente identificazione dei caratteri propri e distintivi del primo che sono irrinunciabili e devono ricorrere anche nella seconda, pena l'impossibilità, per l'appunto, di ricondurre la *species* al *genus* e di riconoscere la specialità come una modificazione, giustificata da particolari e riconoscibili ragioni, di un assetto generale che fornisce sempre e comunque i criteri interpretativi e i parametri di riferimento per la valutazione, la comprensione e l'applicazione delle singole disposizioni.

E' appunto in relazione a questo rapporto fra generalità e specialità che vanno esaminati lo spazio e la misura entro i quali può darsi ingresso a norme di diritto pubblico, esame svolto di seguito prima in termini di principio e poi con riferimento ai più recenti sviluppi della disciplina sulle fondazioni di origine bancaria, muovendo dalle finalità per le quali si ricorre ad un regime speciale e misurando poi la coerenza e la congruenza fra quelle finalità e gli strumenti utilizzati.

3. Autonomia privata e controllo pubblico

Se il rapporto fra generalità e specialità è da interpretare come un rapporto fra *genus* e *species* è bene chiarire preliminarmente a quale *genus* ci si riferisce. Nel caso in esame, il *genus* di riferimento è il regime dell'autonomia privata, quale è disegnato nel codice civile e tutelato dalla Costituzione. Tale regime è caratterizzato da un insieme di regole volte insieme a riconoscere il valore dell'autonomia privata, a garantire il suo libero dispiegarsi e a porre limiti e vincoli volti a tutelare interessi o posizioni di terzi, mentre il rispetto di tali limiti e vincoli è assicurato, a sua volta, mediante la previsione di controlli, di natura amministrativa o giurisdizionale. E' proprio sulla natura e sulla portata dei limiti all'autonomia e dei controlli su di essa che si misura la "specialità" di un regime giuridico ed è quindi su questi elementi che conviene soffermarsi.

La mera sussistenza di limiti e di controlli volti ad assicurarne il rispetto non è certo di per sé un indice di specialità, anche quando il controllo o la vigilanza siano intestati non al giudice, ma all'amministrazione pubblica. Per convincersi che l'esistenza di un potere di controllo amministrativo non costituisca di per sé, un tratto di specialità basta rileggere le disposizioni del codice civile sul riconoscimento delle persone giuridiche private, concesso con d.p.r., o guardare alle attribuzioni dell'autorità di vigilanza sulle Onlus o, ancora e per un profilo completamente diverso, ricordare i penetranti poteri attribuiti a diverse autorità indipendenti - l'Autorità Antitrust e la Consob, per citare solo le principali - sull'attività delle imprese. Nonostante l'eterogeneità degli esempi, essi hanno però due elementi in comune, uno di segno positivo e uno di segno negativo. Quanto al primo, si tratta sempre di controlli riferiti al rispetto di regole di diritto, la cui applicazione è in genere rimessa allo stesso soggetto privato controllato e non, invece, di norme la cui

attuazione sia rimessa alla pubblica amministrazione. Quanto al secondo, in questi controlli non vi è alcun elemento di funzionalizzazione dell'attività privata ad interessi o politiche pubbliche, ma solo la verifica della corrispondenza fra il comportamento posto in essere e i limiti posti dall'ordinamento. I poteri di controllo sono dunque strutturati in modo che il controllo sia riferito, di volta in volta, al soggetto il cui comportamento è rilevante nel caso specifico, ma non consideri, invece, i soggetti presi nel loro insieme. La disciplina del controllo non assume quindi i caratteri di una disciplina di settore e l'autonomia privata è sempre considerata nella dimensione individuale del soggetto che la esprime e non nella dimensione collettiva di tutti i soggetti che appartengono alla stessa categoria.

Dalla natura privata del soggetto controllato deriva così un primo limite alla conformazione del controllo pubblico, quanto al fine: il parametro del controllo può essere individuato in una norma o regola, ma non in una politica e tantomeno in un indirizzo o comando politico ulteriore rispetto a quello ipostatizzato nella norma. Il controllo è finalizzato, infatti, a verificare il rispetto dei limiti esterni posti all'autonomia privata e non può tradursi, invece, in una conformazione delle scelte che il soggetto controllato può operare o in una sostituzione della volontà del controllore alla volontà, riconosciuta appunto come autonoma, del soggetto controllato. La garanzia di questa necessaria limitatezza dei poteri di controllo nei confronti di soggetti privati si trova per un verso nella precisa configurazione ad essi data nelle norme, che indicano in dettaglio i casi in cui il controllo si può attivare, gli oggetti del controllo, i criteri di giudizio, gli esiti possibili e le conseguenze del controllo stesso e, per altro verso, nella stessa natura amministrativa del controllo, con il conseguente richiamo dei principi che in generale si applicano nel nostro ordinamento all'attività amministrativa: la trasparenza, la pubblicità, la partecipazione, la procedimentalizzazione, la proporzionalità, il contraddittorio, per citare solo i più rilevanti.

Ne deriva, e qui sta un secondo limite caratteristico dei controlli sull'autonomia privata, che il potere di controllo in esame è necessariamente un potere tipizzato e basato su specifiche previsioni ed esercitabile quindi soltanto per le ragioni e nell'ambito definiti da quelle previsioni. La specialità di un regime giuridico non va allora misurata tanto e soltanto sulla sussistenza di un controllo pubblico riferito a soggetti privato, che è, come si è detto, evenienza abbastanza comune nel nostro ordinamento, quanto con riferimento alle ragioni e all'ambito del controllo, che potranno essere diversamente modulati da caso a caso e potranno assumere, appunto, una speciale configurazione o perché definiti in relazione a determinate scadenze temporali, o perché caratterizzati da una particolare ampiezza o profondità, o perché, ancora, connessi al verificarsi di determinati eventi o condizioni. E' pleonastico dire che il contenuto e la dimensione della specialità varieranno da fattispecie a fattispecie – altrimenti che specialità sarebbe? – ma è forse invece opportuno sottolineare che la specialità, quali che siano i suoi contenuti e le sue dimensioni, non può mai essere "innominata" senza violare i limiti sopra ricordati. Un regime giuridico speciale dell'autonomia privata non può consistere, quindi, in una mera deroga alle regole ordinarie senza una contestuale determinazione delle regole specifiche e tali regole

non possono che essere di stretta interpretazione, proprio in ragione della loro specialità, pena la trasformazione del regime giuridico speciale in un regime giuridico qualificabile come eccezionale o singolare: ma in questo caso le ragioni giustificatrici dell'eccezione e della singolarità andrebbero sottoposte ad uno scrutinio ancora più severo e rigoroso di quello richiesto dalla specialità.

4. Fondazioni di origine bancaria e Titolo V della Costituzione: fra "ordinamento civile" e "ordinamento sezionale"

L'esame della disciplina legislativa delle fondazioni di origine bancaria alla luce delle considerazioni appena svolte fa emergere numerosi aspetti problematici, relativi sia alla disciplina originaria, sia alla novella introdotta con l'art.11 della legge n.448/2001, che verrano di seguito esaminati congiuntamente.

Le norme, infatti, per un verso ribadiscono la natura privatistica delle fondazioni di origine bancaria e per altro verso introducono, specie con la novella del 2001, una serie di vincoli, limiti e obblighi molto estesi e penetranti, tanto che il giudice amministrativo ha ritenuto che si configurasse una indebita ed eccessiva compressione di quel nucleo essenziale dell'autonomia privata in assenza del quale non può più parlarsi di soggetti privati, realizzandosi una situazione, di dubbia costituzionalità, di strumentalità rispetto allo Stato[4]. Non si può qui entrare nel merito e nel dettaglio delle singole questioni oggetto del futuro giudizio di costituzionalità, ma ci si limiterà ad elencare sommariamente alcuni punti critici della disciplina, alla luce delle considerazioni generali sopra svolte in ordine alla "sostenibilità", per così dire, della specialità di un regime giuridico relativamente a soggetti privati.

Un primo punto critico è relativo alla previsione, già contenuta nella originaria versione del d.lgs. n.153/199, di un potere di indirizzo in capo al ministero dell'economia e delle finanze che consente all'amministrazione di "governare" il settore, andando ben oltre la configurazione dei poteri di vigilanza contenuta nella legge di delega e rendendo incoerente la disciplina nel suo complesso[5]. Si è già visto sopra, infatti, come la finalità perseguita dal legislatore con ripetuti interventi, dal 1990 ad oggi, sia stata duplice: separare le attività connesse allo scopo e alla gestione del patrimonio della fondazione dall'attività creditizia e, conseguentemente, assicurare lo sviluppo di enti no-profit, con compiti di utilità sociale. Proprio in ragione di questa volontà di modificare "l'ancoraggio" delle fondazioni, dal mondo delle banche al mondo delle organizzazioni senza fini di lucro, la disciplina contiene sia norme a regine, sia norme relative al processo di trasformazione. La distinzione è

[4] Tar Lazio, ord. n.805/2003, ove, dopo aver premesso che la portata della specialità "non riguarda la natura dei soggetti, sì da renderli una sorta di tertium genus fra gli enti pubblici e le persone giuridiche private, ma attiene, piuttosto, alla disciplina cui i medesimi sono sottoposti, che, rispetto a quella codicistica, si pone, appunto, in rapporto di species ad genus", si osserva che "l'art.11 commi 2 e 3 della legge n.l'art.11 della legge n.448/2001 del 2001 ha come risultato di assumere, nell'ambito organizzativo della pubblica amministrazione, persone giuridiche private, pur dotate di piena autonomia statutaria e gestionale".

[5] La questione di costituzionalità dell'articolo 10 del d.lgs. n.153/1999 era già stata rimessa alla Corte costituzionale dal Tar del Lazio con ordinanza n.1196/2001, ma la Corte ha rinviato gli atti al giudice a quo per una nuova valutazione della rilevanza dopo la conversione in legge del d.l. n63/2002. Il giudice ha nuovamente ritenuto non manifestamente infondata e rilevante la questione di costituzionalità.

importante, perché mentre le norme del primo tipo sono destinate a permanere, le norme del secondo tipo hanno natura transitoria e sono destinate a scomparire dopo il compimento del processo di trasformazione. Occorre chiedersi quindi, innanzitutto, se siamo di fronte ad un regime speciale permanente, che dà vita ad una nuova categoria di soggetti giuridici con proprie caratteristiche, o se la specialità del regime giuridico non sia un tratto transeunte, destinato ad essere riassorbito una volta che sia completato il processo di trasformazione: in questa seconda direzione vanno sicuramente le disposizioni relative all'attribuzione della vigilanza al ministero dell'economia e delle finanze, visto che il ministero è destinato ad essere sostituito dall'autorità di controllo "sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile"[6]. La natura temporanea e transitoria dell'attribuzione dei compiti di vigilanza al ministero dell'economia e delle finanze rende evidente anche l'impossibilità di proiettare tale vigilanza oltre le ragioni che la fondano e cioè la connessione, originaria ma destinata ad essere superata con la dismissione della partecipazione di controllo, fra fondazioni e banche: e sta proprio qui uno fra i principali punti critici anche della nuova disciplina, che invece affida al ministero dell'economia e delle finanze un potere generale di vigilanza e di controllo, esteso a tutte le scelte delle fondazioni in ordine alla individuazione dei settori di attività, al peso relativo di ciascun settore, alla destinazione delle erogazioni e impone una obbligatoria revisione di tutti gli statuti, quasi che la precedente approvazione dello statuto non avesse prodotto l'effetto, espressamente previsto dalla legge, di trasformazione in persone giuridiche private, con piena autonomia statutaria e gestionale (art.2, comma 1, lett.l della legge n.461/1998).

La contraddizione fra garanzia dell'autonomia privata e previsione di un potere di indirizzo è stata così fortemente aggravata dalla novella apportata con la legge finanziaria del 2001 e dal successivo regolamento di attuazione (d.m. n.217/2002) con una conseguente accentuazione del contrasto fra proclamata natura privatistica delle fondazioni di origine bancaria e previsioni "speciali" che su quella natura incidono.

E' bene ricordare, innanzitutto, che la natura privatistica delle fondazioni di origine bancaria è stata ribadita proprio in sede di adozione del regolamento attuativo, per ragioni che forse hanno meno a che fare con una convinta adesione alla qualificazione delle fondazioni come soggetti di diritto privato e più con il nuovo assetto delle fonti disegnato dalla riforma costituzionale approvata con la legge costituzionale n.3/2002.. L'esercizio della potestà regolamentare statale si giustifica, infatti, in base al nuovo Titolo V della Costituzione, solo nelle materie che l'art.117.2 affida alla legislazione esclusiva statale, mentre sono le regioni a disporre di potestà regolamentare nelle materie di legislazione concorrente e di legislazione residuale (art.117.3 e art.117.4). Al fine fornire un saldo fondamento alla la potestà regolamentare statale in materia si è dunque richiamata la clausola generale "ordinamento civile", attribuita appunto alla competenza legislativa esclusiva dello

[6] Art.10, comma 3, lett. e) del d.lgs.n.153/99. Sulla possibilità di individuare tale autorità nell'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, istituita con d.p.c.m. 26 settembre 2000 v. Cosulich, *Le casse di risparmio*, cit., pp.187 ss.

Stato. Ne deriva che le fondazioni di origine bancaria sono qualificate come soggetti dell'ordinamento civile e hanno, quindi, natura privatistica anche secondo la stessa autorità di vigilanza che ha predisposto il regolamento, con la ulteriore conseguenza che, pur ammettendo la possibilità di un regime giuridico speciale, tale regime giuridico dovrà comunque rispettare i principi costituzionali posti a tutela dell'autonomia privata e desumibili dagli articoli 2, 18 e 41 della Costituzione. E' dunque il regime giuridico speciale a dover essere giudicato alla luce della natura privatistica delle fondazioni di origine bancaria e non, viceversa, la natura privatistica a dover essere determinata in base alle regole del regime giuridico speciale. Una lettura costituzionalmente corretta della relazione fra il riconoscimento dell'autonomia privata propria di tutti i soggetti dell'ordinamento civile e la previsione di poteri di vigilanza e di controllo in capo all'amministrazione pubblica richiede dunque che si verifichi la compatibilità di questi con quella e non, viceversa, che si utilizzi la "specialità" come strumento per conformare e comprimere a piacimento la stessa autonomia, sino a qualificarla come un attributo residuale, relativo allo spazio che resta libero dopo l'esercizio dei poteri pubblici di conformazione, indirizzo e controllo.

Oltre che nei termini tradizionali del contrasto con gli articoli 2, 18 e 41 della Costituzione, la capacità di compressione dell'autonomia privata da parte del legislatore ordinario e la compatibilità fra regime speciale e garanzia dell'autonomia privata va condotta anche alla luce della norma costituzionale introdotta con la legge costituzionale n.3/2001 secondo la quale "*Stato, Regioni, Città metropolitane e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*". Il dibattito sulla portata e gli effetti dell'affermazione costituzionale del principio di sussidiarietà è già serrato e articolato in diverse posizioni, ma sembra si possa dire, in estrema approssimazione, che da tale principio deriva non soltanto un obbligo di astensione a carico dei poteri pubblici, che devono rispettare la libertà e la capacità di autodeterminazione dei privati, ma anche un vero e proprio *favor* per l'iniziativa dei privati, di modo che l'intervento pubblico si giustifica solo, appunto, quando vi sia la necessità di un intervento sussidiario rispetto al libero dispiegamento dell'autonomia privata.

La novella apportata dall'art.11 della legge finanziaria 2002 alla disciplina delle fondazioni di origine bancaria sembra operare, però, una netta inversione del principio di sussidiarietà, con la prefigurazione di una sorta di sussidiarietà del privato a favore del pubblico, in quanto indirizza e conforma l'operatività delle fondazioni, specie per quanto riguarda l'attività di erogazione. Si impone, in primo luogo, un obbligo di destinazione in soli tre settori rilevanti - da scegliere all'interno dei settori ammessi, rideterminati dallo stesso articolo di legge - si prevede, in secondo luogo, che della destinazione di quelle risorse si dia conto in un allegato alla Relazione previsionale e programmatica del Paese, si dispone, infine, che delle "risorse attivate" nei settori si tenga conto ai fini della determinazione dei fondi (pubblici, questa volta) da stanziare con la legge finanziaria ogni anno. Si disegna, quindi, proprio una sussidiarietà all'inverso: ci sono risorse di soggetti privati che

vengono utilizzate al fine di diminuire l'entità degli stanziamenti pubblici in determinati settori di attività, che sono, peraltro, in larga misura settori tipicamente riservati all'intervento pubblico: basti pensare al settore "religione e sviluppo spirituale" o al settore "prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica". Si inverte così anche il rapporto fra controllo e finanziamento: di regola lo Stato finanzia e quindi controlla, mentre in questo caso esercita i poteri di controllo al fine di indirizzare i finanziamenti.

La previsione di un potere di indirizzo e l'inversione del principio di sussidiarietà, insieme a numerose altre disposizioni che non possono qui esaminarsi in dettaglio, creano una contraddizione interna alla disciplina delle fondazioni di origine bancaria, perché per un verso pongono norme e regole tipiche dell'ordinamento civile, volte a riconoscere e garantire l'autonomia e l'individualità di ciascuna fondazione, mentre, per altro verso, si configurano potere di indirizzo e di controllo riferiti alle fondazioni nel loro insieme e rivolti a funzionalizzarne l'attività, con una sorta di riedizione della categoria dell'ordinamento sezionale, ormai decisamente recessiva nel nostro ordinamento - anche nei settori a più alto tasso di controllo pubblico, come il credito e le assicurazioni - soprattutto in ragione dei processi di liberalizzazione indotti dall'integrazione comunitaria.

5. Responsabilità e potere fra pubblico e privato.

Il regime giuridico speciale delle fondazioni bancarie deve mantenere dunque pur sempre i caratteri di un regime di diritto privato speciale e non può tramutarsi in un regime di diritto pubblico entro il quale l'autonomia privata abbia carattere e spazio residuale. Ma al di là delle ragioni contingenti che possono individuarsi alla base dei più recenti interventi legislativi, resta una questione di fondo che percorre tutto il processo di trasformazione delle casse di risparmio da enti conferenti a fondazioni di diritto privato e che riguarda la titolarità dei patrimoni accumulati[7] e il potere/dovere di rispondere del loro utilizzo e impiego.

La questione, se non posta ad esclusivi scopi strumentali, è di grande rilievo, perché fa emergere un problema sempre più diffuso e pressante negli ordinamenti giuridici contemporanei e cioè la necessità di prevedere strumenti di regolazione e forme di responsabilità non solo relativamente al potere pubblico, ma anche nei confronti del potere privato, perché nei confronti di questo come di quello sussistono situazioni e interessi da tutela re e salvaguardare. La connessione fra potere e responsabilità viene infatti sempre più spesso fata valere indipendentemente dalla natura pubblica o privata del potere esercitato, quando tale esercizio è in grado di produrre effetti rilevanti sulla e per la collettività. Le soluzioni che si vanno affermando in altri ordinamenti sono però ben lontane dalla semplicistica sovrapposizione della volontà di soggetti pubblici - come l'autorità di vigilanza o gli enti locali designanti dei membri degli organi di indirizzo - alla volontà dei soggetti privati, quasi che l'unica forma di legittimazione ammissibile sia quella derivante dall'arena pubblica e l'unica responsabilità riconoscibile sia quella connessa alla

[7] V. in proposito Clarich, Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie*, cit. pp.11 ss.

politica. E' da sperare invece che la complessa vicenda delle fondazioni di origine bancaria fornisca l'occasione per abbandonare concezioni istituzionali così rudimentali e per avviare la costruzione di soluzioni moderne, che consentano anche di aggiornare i termini della distinzione fra pubblico e privato.