

Le fondazioni bancarie verso una disciplina meno “speciale”? La Corte “pota” o interpreta “ragionevolmente” la disciplina incompatibile con la natura privata degli enti

di Sandro De Götzen

Sommario

1. Premessa. L'impiego di moduli privatistici nella organizzazione pubblica. – **2.** L'origine dei contenziosi risolti dalle decisioni 300 e 301 del 2003. – **2.1.** Le indicazioni innovative per la disciplina delle fondazioni bancarie portate con dichiarazioni di illegittimità costituzionale. – **2.2.** Le indicazioni “conformanti” portate con decisioni interpretative di rigetto. – **3.** Cenni sulla struttura argomentativi delle decisioni 300 e 301/2003: l'impiego del principio di ragionevolezza. – **4.** Le fondazioni bancarie riguardano i principi dell’“ordinamento civile”. – **4.1.** L'affermazione che le fondazioni bancarie non “debbono” essere più enti collegati al circuito politico-rappresentativo in modo tale da rientrare tra gli enti pubblici. La Corte sembra accogliere un concetto sostanziale di ente pubblico. – **4.2.** (Segue) La strada (diversa) seguita dalla giurisprudenza costituzionale nella vicenda della privatizzazione delle IPAB infra-regionali: indicazione di criteri per la (ri)privatizzazione (recepiti da normativa successiva). – **4.3.** Riflessioni sul problema della individuazione della natura “sostanziale” dell’ente, pubblica o privata, alla stregua della “natura della cosa”: l’idea della sovrapposibilità tra ente pubblico ed organismo di diritto pubblico. – **4.4.** Critica alla recente tesi che nega la possibilità di dedurre in via interpretativa la natura giuridica degli enti. – **5.** (Segue) La negazione della natura creditizia delle fondazioni bancarie: un revirement della giurisprudenza costituzionale. – **5.1.** L'imprecisione tecnica dell'articolo del nuovo Titolo V della Costituzione sui poteri regionali in materia creditizia e riparto di competenze legislative. – **6.** Osservazioni conclusive e interrogativi di politica legislativa. Le perplessità sul seguito amministrativo e legislativo delle pronunzie sulle fondazioni bancarie alla stregua delle pronunzie della Corte; la partecipazione delle fondazioni bancarie alla nuova Cassa depositi s.p.a.

1. Premessa. L'impiego di moduli privatistici nella organizzazione pubblica

L'utilizzazione di moduli privatistici nell'organizzazione pubblica è fenomeno assai complesso e oramai risalente nel tempo ⁽¹⁾; esso ha portato, tra l'altro, alla creazione di organismi che il legislatore definisce come enti privati, che, tuttavia, presentano una disciplina speciale, che ne rende problematica la collocazione in tale novero, dato che presentano elementi proprio del "regime amministrativo" ⁽²⁾.

Le fondazioni legali speciali ⁽³⁾, in particolare, sono una categoria in via di progressiva estensione, che riguarda settori assai diversi tra loro della vita associata: dalla previdenza per de-

(1) Si v., ad esempio, G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 1977, *passim* sulla dominanza pubblicistica o privatistica nell'organizzazione della società, in partic. p. 37 ss., sull'utilizzazione del diritto privato nella organizzazione pubblica, ove si rileva come "La tesi dell'organizzazione pubblica, fondata sull'adozione di un tipo unico di materiale compositivo (il potere amministrativo) sembra quindi superata" dato che vi sono enti che "reintroducono l'impiego del diritto privato nell'organizzazione pubblica"; G. BERTI (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, Il Mulino, 1993, ove (Introduzione di G. BERTI p. 13 ss., in partic. p. 17 pone il problema di chi tragga giovamento dall'adozione di modelli privatistici, rilevando che si tratta di un fenomeno incerto nei fini e confini, dato che non si sa più "alla fine se sia l'organizzazione dell'autorità ad occupare spazi di libertà economica o viceversa".

(2) D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2002 (2 ed.), p. 224 ss., in partic. p. 231, ove si sottolinea come "esistono dei soggetti organizzati secondo forme privatistiche e quindi definibili per questo aspetto enti privati, che hanno relazioni organizzative con apparati politici del tipo di quelle che vengono considerate indici sufficienti della pubblicità di un ente".

(3) Si ricomprendono nell'ampio e variegato modello della "fondazione legale speciale", come già altrove precisato – S. DE GÖTZEN, *Il nuovo modello delle fondazioni speciali universitarie e le prime attuazioni: la Fondazione Università di Padova*, in *Il diritto della Regione*, 2003, p. 291 ss., in partic. p. 294 ss. – gli enti, operanti nei settori più diversi, previsti normativamente, e in tal senso "necessari", che fanno propri caratteri della fondazione ed altri, previsti dalla disciplina specifica, che sono riconducibili al "regime amministrativo", tanto che si dubita se la loro natura giuridica, sia pubblicistica o privatistica; si v. nella manualistica sul tema D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 225 ss.; G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 103 ss.; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 2001, p. 54; attenzione al problema anche in M. L. SCHIAVANO, *L'espansione degli enti pubblici in relazione allo sviluppo delle funzioni pubbliche*, in F. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia*, Padova, Cedam, 1998, p. 341 ss., in partic. p. 392 ss.

terminate categorie professionali, alla gestione dei beni culturali, alla gestione di importanti settori della sanità ⁽⁴⁾, all'ausilio delle attività delle università ⁽⁵⁾; ma sicuramente le fondazioni bancarie (o di origine bancaria) sono il tipo più risalente nel tempo, più noto per l'impatto sociale degli interventi, e maggiormente studiato ⁽⁶⁾. Sembra che tali enti possano essere considerati unitariamente come modello – fondazioni legali speciali ⁽⁷⁾, se pur manca ancora una ricerca di tipo trasversale, che

(4) I settori di impiego delle fondazioni speciali, usate anche per trasformare enti pubblici, tanto che si guarda ad esse come ad un succedaneo dell'ente pubblico, sono i più diversi: si ricordano soprattutto, senza pretesa di completezza, ma solo come prima sommaria indicazione: sulle fondazioni musicali G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, Cedam, 1998; E. ROSSI, *Cacofonie giuridiche per gli enti lirici*, in *Le Regioni*, 2001, p. 350 ss.; S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 121 ss.; S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni culturali a partecipazione statale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 829 ss. Sulla riforma degli IRCSS v. specificamente E. GRIGLIO, *Il decreto legislativo di riordino degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico*, in corso di pubbl. in *Sanità pubblica e privata*, 2003, p. 1165; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, Maggioli, 2003, p. 220 ss.; sulle fondazioni derivanti dalle previsioni della l. n. 59/1997 (cd. Bassanini uno), E. FRENI, *Vere o false privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 605 ss.

(5) S. DE GÖTZEN, *Il nuovo modello delle fondazioni speciali universitarie e le prime attuazioni: la Fondazione Università di Padova*, cit., p. 291 ss., e ivi indicazioni bibliografiche.

(6) La letteratura, non solamente giuridica, sul tema è vastissima, per cui è necessario limitare l'attenzione alle opere più recenti, ed a queste rinviare per ulteriori indicazioni bibliografiche si v. M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, Mulino, 2001; F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, Giappichelli, 2000, che raccoglie significativi contributi sul tema; S. AMOROSINO, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Le "fondazioni bancarie"*, Padova, Cedam, 1999; F. BELLIF. MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, in *Dig. discipl. priv. Agg.*, 2000, p. 299; G. PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie tra libertà e controllo*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1207; A. ZOPPINI, *La legge sulle cd. fondazioni bancarie*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 411 ss.; S. CASSESE, *Evoluzione delle fondazioni bancarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 280 ss.; F.A. ROVERSI-MONACO (a cura di), *Le fondazioni casse di risparmio*, Rimini, Maggioli, 1998; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2001 (3 ed.), p. 266 ss.; in prospettiva non giuridica tra i molti, M. TIEGHI, *Le fondazioni bancarie. Riforma o controriforma?*, Milano, Egea, 2002; L. FILIPPINI, *Economia delle fondazioni. Dalle "piae causae" alle fondazioni bancarie*, Bologna, Il Mulino, 2000; R. BOTTIGLIA, *Le fondazioni bancarie: missione, ruolo istituzionale e partecipazione agli assetti proprietari del sistema creditizio*, Padova, Cedam, 2003.

(7) Si parla di modello "fondazione legale speciale" nel senso precisato da E. DI ROBILANT, *Modelli nella teoria del diritto*, in *Riv. trim. di dir e proc civ.*, 1970, p. 705

consideri unitariamente le diverse fattispecie legislativamente previste ⁽⁸⁾; esse si caratterizzano per una disciplina ibrida, che ha in sé anche elementi del “regime amministrativo”, se pur sono, quasi sempre, definite dalla legge istitutiva come enti di diritto privato. L’analisi di tali fattispecie si trova al crocevia di problemi sistematici di maggior ampiezza, dato che un loro inquadramento in un senso o nell’altro condiziona le nozioni più generali di ente pubblico e di pubblica amministrazione ⁽⁹⁾.

La qualificazione delle fondazioni bancarie, in particolare,

ss. *passim*, con riferimento ad uno schema che si propone di descrivere una determinata realtà sociale ed istituzionale, individuando una serie di “elementi ritenuti particolarmente significativi”, frutto, quindi, di una scelta, che da luogo ad uno dei modelli astrattamente possibili, con “lo scopo di far conoscere un fenomeno della realtà, nel senso di “comprenderlo”, con attenzione alla specifica prospettiva cui mira la ricerca. La prospettiva che pare da assumere, e che condiziona la delineazione del modello consiste in una verifica sui confini tra pubblico e privato nelle istituzioni: resta inteso, naturalmente, come la dottrina impiegata precisa, che, mutando l’obiettivo della ricerca, potrebbe mutare anche la delineazione del modello, prendendo in considerazione elementi significativi diversi, che potrebbero ampliare o restringere il novero degli enti considerati.

(8) Per una considerazione unitaria delle forme privatistiche della fondazione in contrapposito a quella della società, si v. nella manualistica D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2002 (2 ed.), p. 225 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2003 (6 ed.), p. 230 ss. il quale raggruppa in un tipo di “amministrazione pubblica in forma privata” “associazioni, fondazioni... consorzi... previsti e regolati da legge e, quindi, necessari”; C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 464 ss., in partic. p. 470 ss., sulla privatizzazione condotta ricorrendo al modello degli enti regolati nel libro I del codice civile.

(9) Sui problemi relativi all’individuazione della nozione di pubblica amministrazione e di ente pubblico, rinviando, in questa sede, alla recente manualistica di diritto amministrativo: si v. G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 48 ss., p. 61 ss., p. 179 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 27 ss. p. 209 ss.; L. MAZZAROLLI, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2001, (3 ed.), I, p. 451 ss. (F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*); si v. anche M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, I, p. 69 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, I, p. 187 sulla pubblica amministrazione e gli enti pubblici; per i problemi relativi alla individuazione della nozione di pubblica amministrazione in diritto comunitario si v. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 183 ss.; M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo comunitario, Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1997, in partic. p. 167 ss.; da ultimo F. ASTONE, *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2002, p. 47 ss., in partic. p. 77 ss., con riferimento all’influenza del diritto comunitario su privatizzazioni, liberalizzazione e deregolazione.

nonostante l'espressa definizione legislativa come persone giuridiche di diritto privato operata dalla cd. legislazione Ciampi, rimane assai controversa e le perplessità si sono accentuate dopo la riforma apportata con la legge n. 448/2001, che è stata oggetto delle decisioni della Corte costituzionale, nn. 300 e 301 del 2003; il regime giuridico delle fondazioni di origine bancaria risulta attualmente da un insieme di norme di varia origine, come interpretate dalla Corte costituzionale, che ha in sostanza demolito gli interventi più aggressivi nel senso della ripubblicizzazione.

Le recenti pronunzie della Corte costituzionale nn. 300 e 301 del 2003 hanno profondamente inciso sulla normativa vigente in materia, dato che, pur necessariamente senza definire compiutamente i delicati problemi di disciplina delle fondazioni bancarie, danno indicazioni molto nitide per una eventuale successiva riforma legislativa.

I commenti della dottrina, successivamente intervenuti in merito a tali pronunzie, evidenziano una disparità di opinioni in merito ⁽¹⁰⁾ e la stessa operazione interpretativa compiuta dalla giurisprudenza costituzionale – finalizzata alla ricerca della natura giuridica sostanziale di tali enti –, sembrano, dunque, mostrare l'utilità di un'ulteriore considerazione di tali decisioni.

(10) Si v. F. MERUSI, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*; F.C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibri sulle fondazioni bancarie*, entrambi in corso di pubblicazione in *Le Regioni*; V. SPARANO, B. SPARANO, *Meno Stato nelle fondazioni bancarie*, in *Diritto e giustizia*, 2003, p. 24 ss.; in prospettiva diversa, focalizzando l'attenzione sui rapporti tra le fonti del diritto, E. BALBONI, *Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto*, in *web. unife.it/progetti/forumcostituzionale/giurisprudenza*, 8.1. 2004; S. FOÀ, *Le fondazioni di origine bancaria quali soggetti privati espressione delle "libertà sociali": "ordinamento civile" e sussidiarietà orizzontale*, in *Foro amm. Cons. St.*, 2003, p. 2838 ss. Sono inoltre apparsi, con specifico riferimento alle sentenze 300 e 301 del 2003, e si segnalano, pur non considerati nel presente lavoro, G. PAGLIARI, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie: ultimo approdo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1263 ss.; G. NAPOLITANO, *La fondazione di origine bancaria nell'"ordinamento civile", alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomie private*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1576 ss.

Esamineremo i riflessi di tali decisioni sulla disciplina delle fondazioni bancarie, per considerare, poi, la varietà di atteggiamenti, nuovi o riemersi, in tema di qualificazione pubblicistica o privatistica degli enti; la congruenza o meno delle pronunzie rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale in merito, con riferimento alla privatizzazione delle IPAB infraregionali, che, si può subito avvertire, appaiono impostate in modo assai diverso; la relazione tra le nozioni di ente pubblico ed organismo di diritto pubblico, sottesa alle decisioni considerate, sottolineata da una recente dottrina; concluderemo questi appunti di lavoro con alcune sparse osservazioni di politica legislativa.

2. *L'origine dei contenziosi risolti dalle decisioni 300 e 301 del 2003*

Le decisioni nn. 300 e 301 del 2003, che intervengono nella complessa vicenda politico-giudiziaria sulle fondazioni bancarie, conseguente alla cd. riforma Tremonti, che segnava un tentativo di marcata “ripubblicizzazione” – o di accentuazione di una natura pubblica esistente anche dopo la riforma Ciampi ⁽¹¹⁾ – sono strettamente collegate e, si può dire, costituiscono un intervento unitario della Corte costituzionale sullo spinoso problema, gravido di conseguenze politico-istituzionali.

La separatezza delle decisioni si spiega con la circostanza che i ricorsi alla base delle due pronunzie hanno origine completamente diversa. Da una parte, alla base della sent. n. 300, vi

(11) Si v. per tutti in tal senso F. MERUSI, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 713 ss., in partic. p. 718, ove si rileva, in un commento al d.lgs. n. 153/1999, emanato sulla base della legge di delegazione n. 461/1998, che “O si salva quanto è contenuto nella legge di delegazione e nel decreto delegato, sostenendo che il *nomen iuris* è irrilevante, oppure si arriva alla conclusione che la disciplina di specie prevista per pretese fondazioni di diritto privato è quasi certamente incostituzionale”; nello stesso senso, M. CLARICH PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non profit*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 83 ss., che sottolineano l'incongruenza tra ente trasformato in soggetto di diritto privato e obbligo di cessione del pacchetto di controllo della banca.

erano una serie di ricorsi presentati alla Corte costituzionale da alcune Regioni – Marche, Toscana, Emilia-Romagna, Umbria – sin dall’inizio del 2002, contro la legge n. 448/2001, in particolare l’art. 11 di essa, con riferimento al nuovo art. 117, comma 3, Cost., che attribuisce alla competenza concorrente, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge dello Stato, la materia “[...] casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale”, sulla base di precedenti decisioni dello stesso giudice costituzionale, che aveva inserito le fondazioni bancarie tra gli enti creditizi ove detenessero partecipazioni di controllo di banche; nella sentenza n. 300/2003 la Corte nega l’esistenza di competenza concorrente, sul presupposto che gli enti in questione non abbiano attualmente natura creditizia. D’altra parte, alla base della sent. n. 301/2003 vi sono le (nove) ordinanze di rimessione del TAR Lazio dell’8 febbraio 2003, che riguardano varie importanti questioni di disciplina delle fondazioni bancarie, inerenti soprattutto a poteri dell’Autorità di vigilanza, e, di particolare interesse, alla delegificazione prevista dall’art. 11, c. 1, legge n. 448: tale disposizione, dopo un elenco dei quattro gruppi di settori nei quali è ammessa l’attività delle fondazioni, si chiude con l’inciso “I settori indicati possono essere modificati con regolamento dell’Autorità di vigilanza da emanare ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto, n. 400”, che la Corte seccamente censura come incostituzionale.

La Corte, in tale sentenza, detta le regole che dovranno disciplinare le fondazioni bancarie e afferma che esse debbano considerarsi enti di natura privata, nonostante la disciplina positiva – che, pur mantenendo la definizione della legge Ciampi di enti di diritto privato, richiama sovente il “regime amministrativo” ⁽¹²⁾ – che essa “pota” o interpreta nel senso più ac-

(12) Ci si riferisce alla convivenza, con una esplicita definizione normativa degli enti come privati, oltre che di istituti propri tradizionalmente del diritto civile, anche di corpi di norme o di istituti tradizionalmente ascritti al diritto pubblico: si v., sulla problematicità della individuazione del fenomeno dell’applicazione di regole civili-stiche dell’organizzazione e all’attività amministrative, e per il riferimento “a norme

concio alla natura privata delle fondazioni.

2.1. *Le indicazioni innovative per la disciplina delle fondazioni bancarie portate con dichiarazioni di illegittimità costituzionale*

Le sentenze nn. 300 e 301 del 2003 hanno provveduto, dunque, alla demolizione del sistema normativo “pubblicistico” delle fondazioni bancarie, impiegando armi più o meno affilate e di più o meno immediato e diretto effetto.

Si va dalla pronunzia di accoglimento di questioni di legittimità costituzionale alla, meno invasiva, decisione interpretativa di rigetto di altre questioni, con le prime correlate, che consentono all’Autorità di vigilanza di adeguare il suo intervento ed al legislatore, se vorrà, di dettare una disciplina più adeguata alla natura privata delle fondazioni bancarie: la Corte non ha mancato di far ricorso ad un responsabile atteggiamento di *self-restraint*, pur indicando, con perentorietà, la direzione da seguire.

L’operazione di “potatura”, operata dalla sent. n. 301/2003, che ha conformato la disciplina delle fondazioni bancarie come enti privati “speciali”, si impernia su due “tagli”, che sembrano da tenere in particolare considerazione, per le conseguenze sulla natura giuridica e sulla *governance* delle fondazioni bancarie stesse.

In primo luogo, si ha l’eliminazione della regola – art. 11, comma 4, l. n. 448/2001, che sostituisce l’art. 4, c. 1, lett c), d.lgs. n. 153 – che imponeva negli organi di governo delle fondazioni bancarie la partecipazione maggioritaria degli enti locali territoriali, prevedendo nella composizione dell’organo di indirizzo “una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all’art. 114 della Costituzione, idonea

o regole di diritto privato” come avente “valore meramente convenzionale”, “per “indicare quelle disposizioni selettivamente destinate a regolare rapporti (intesi in senso ampio) tra privati” e all’uso dell’attributo “pubblico” per indicare, all’opposto, che “la norma riguarda specificamente “vicende” amministrative”, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 77, nt 6.

a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione”, ciò che accentuava la pubblicizzazione degli enti fondazione, in connessione con la previsione di compiti nuovi; si prevede, invece, nella pronunzia della Corte, “una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali”, ciò che accentua la natura delle fondazioni bancarie quali enti esponenziali della società civile (sent. n. 301/2003, punto 8 in dir.)

In secondo luogo, si ha l’eliminazione della regola – posta dall’art. 11, comma 1, della legge n. 448/2001, dopo un lungo elenco di quattro gruppi di settori in cui è ammessa l’attività delle fondazioni – secondo la quale “i settori indicati possono essere modificati con regolamento dell’Autorità di vigilanza da emanare ai sensi dell’art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400”: la norma di delegificazione viene così dichiarata incostituzionale. La Corte afferma “che la norma impugnata, 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 invocati dal ricorrente” ⁽¹³⁾.

Si tenga conto che, ad una interpretazione, forse maliziosa, ma non irrealistica, le due regole, sulla composizione dell’organo di indirizzo, da un lato, e sulla possibilità di mutare per decreto i settori di attività delle fondazioni bancarie, dall’altro, si potrebbero anche combinare, con il risultato ulteriore di modificare nel tempo, assieme all’elenco dei settori di attività, anche la composizione dell’organo di indirizzo delle fondazioni bancarie, sempre per decreto: ciò che sembra troppo, in relazione ad un ente per il quale, a prezzo di gravi con-

(13) Si v. specificamente sul punto E. BALBONI, *Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto*, cit. *passim*: il potere dell’Autorità di vigilanza, si sottolinea, non risulta circoscritto dall’indicazione di criteri e principi fondamentali di disciplina della materia affidata alla potestà normativa regolamentare.

tradizioni logiche, si continua a mantenere la definizione legislativa di “ente di diritto privato”, mentre lo si trasforma – riforma Tremonti – in un ente strumentale degli enti locali territoriali, controllato ed indirizzato dal Ministero.

Una terza pronunzia di illegittimità costituzionale operata dalla sent. n. 301/2003 (punto 13 in dir.), ha corretto l'impostazione della precedente normativa (cd. legge Ciampi e conseguente d.lgs. n. 153/1999), dichiarando, in linea con l'affermata natura privata delle fondazioni bancarie, l'illegittimità costituzionale della regola che consentiva all'Autorità di vigilanza di emanare atti di indirizzo vincolanti per gli enti ex-bancari. La pronunzia è relativa alla previsione delle cause di onorabilità ed alle ipotesi di incompatibilità, che, in violazione della legge di delega, l'art. 10, comma 3, lett. e), d.lgs. n. 153 fa dipendere dall'indirizzo dell'Autorità di vigilanza; si noti che la Corte, rimarcando la differenza tra poteri di controllo e di indirizzo, e come l'indirizzo non sia ricompreso nei compiti di controllo, sottolinea che, più in generale, “lo stesso legislatore del 2001, attribuendo all'Autorità di vigilanza il potere di emanare disposizioni attuative delle norme introdotte dall'art. 11 della legge n. 448 del 2001, ha, sia pur indirettamente, escluso la esistenza di un generale potere di indirizzo della medesima Autorità”. L'importanza di quest'ultimo *obiter dictum* nella definizione delle fondazioni bancarie come enti privati non può sfuggire, dato che il soggetto privato si caratterizza anche per il fatto che, nei limiti del lecito e delle prescrizioni legislative, definisce da se stesso gli scopi della propria attività⁽¹⁴⁾.

Tale ridimensionamento dei poteri della Autorità di vigilanza sembra debba essere visto con favore sia perché allontana e separa un po' di più tali enti dal circuito politico-rappresentativo, ciò che pare indizio nella direzione di una reale privatizzazione o, se si vuole, di uno “stemperarsi” della pubblicità dell'ente; sia nella prospettiva, che parrebbe prossima,

(14) Si v., ad esempio, G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 2003, p. 392 ss. nel contrapporre gli atti dei soggetti privati agli atti amministrativi, contrassegnati dalla discrezionalità.

della disciplina di una futura Authority sulle fondazioni e associazioni di diritto privato ⁽¹⁵⁾, che, se le fondazioni bancarie dovessero, effettivamente, essere assoggettate ad una disciplina di diritto comune “meno speciale”, potrebbe, forse, essere competente anche in relazione ad esse.

2.2. Le indicazioni “conformanti” portate con decisioni interpretative di rigetto

La sentenza n. 301/2003, inoltre, dà interpretazioni “conformanti” di varie disposizioni della legge n. 448/2001, evitando di dichiararne l’incostituzionalità, ma indicandone il significato conforme a Costituzione: si tratta, comunque, di una “rilettura della legge” che implica una profonda modifica al testo, che, nelle intenzioni del legislatore storico, si poneva in palese contrasto con i principi di base sulle fondazioni bancarie posti

(15) S. SANSONETTI, *Fondazioni e associazioni, depotenziata l’Authority*, in *Italia oggi*, 3 dicembre 2003; la dottrina si interroga da tempo sulle prospettive che pone la costituenda Authority: si v. A. ZOPPINI, *La legge sulle c.d. fondazioni bancarie*, in *Corr. giur.* 1999, p. 411 ss., in partic. p. 414, che osserva come tale autorità amministrativa possa in realtà essere “al più la “Consob” dei grandi enti non profit”, e, più radicalmente, come si possa dubitare che “il modello del controllo pubblicistico affidato ad un’autorità indipendente, ponga una soluzione alle ricorrenti patologie del settore non profit”: alla base di questa convinzione l’osservazione difficilmente contestabile che “chi volesse ipotizzare un controllo generalizzato dovrebbe chiaramente rappresentarsi i costi organizzativi e di reperimento delle informazioni che ciò comporta”. Si v. A. PUATO, *Tempi duri per i buoni*, in *Corriereconomia*, 29 marzo 2004, ove si rileva come il ruolo della Agenzia per le ONLUS, organismo governativo con compiti di promozione e di controllo, non possa nei fatti esercitare un controllo a tappeto, visti l’organico e le risorse ridotte di cui dispone. Si riporta l’opinione del Presidente dell’Agenzia, che rileva come vi sia necessità di una riforma dell’Agenzia. Sull’Agenzia, istituita con d.P.C.m. 26 settembre 2000 (sulla base della previsione dell’art. 3, commi 190-192 bis, l. n. 662/1996) si v. M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, Giuffrè, 2003, in partic. p. 215; S. PETTINATO, *ONLUS senza attività connesse*, in *Sole -24 Ore*, 4 marzo 2004, in merito ai pareri sulle qualità soggettive delle ONLUS sulla relazione tra attività connesse e soggetti “a solidarietà immanente”, che agiscono in settori di marcato rilievo sociale.

La riforma, a nostro avviso, dovrebbe far chiarezza sulla ripartizione di ruoli tra l’organismo per le ONLUS, qualunque forma giuridica assumerà, e la costituenda Authority per le fondazioni e le associazioni.

in precedenza, pur formalmente confermati (dalla mancata modifica esplicita).

Si ricordano in questa sede, in modo sintetico, alcune di queste decisioni interpretative di rigetto, che appaiono particolarmente significative, in quanto completano il quadro tracciato dalla Corte “verso la privatizzazione” delle fondazioni bancarie:

a) La Corte precisa, rispetto all’art. 11, comma 3, legge n. 448/2001, ove dispone che le fondazioni assicurano “singolarmente e nel loro insieme, l’equilibrata destinazione delle risorse”, che tale disposizione, “mera indicazione di carattere generale, priva di carattere vincolante”, non vuol dire che le fondazioni possano essere trattate come parte di un sistema unitario, quasi sfumasse la personalità giuridica di ciascuna; la disposizione, come “interpretata” dalla Corte, se consente che le fondazioni possano liberamente associarsi, o svolgere attività di comune accordo, non intacca il principio che ciascuna fondazione bancaria mantiene una sua autonomia decisionale.

b) L’art. 11, comma 4, legge n. 448/2001 dice che gli enti territoriali esprimono negli organi direttivi delle fondazioni un propria “rappresentanza”: la Corte afferma che quest’ultimo termine è impiegato in modo “all’evidenza atecnico”, in quanto “si radica in capo a tali enti [...] un potere di designazione dei componenti dell’organo di indirizzo, [...] che non comporta alcun vincolo di mandato a carico dei soggetti nominati, i quali agiscono, e devono agire, in assoluta e totale indipendenza dall’ente che li ha nominati”, e, di conseguenza “[...] vien superato il rischio [...] di trasformare le fondazioni in enti collaterali e serventi, o strumentali, di quelli territoriali”.

Si nota, però, che la Corte ha dichiarato l’illegittimità della disposizione che stabiliva la “prevalente rappresentanza” degli enti locali, evidentemente ritenendo, realisticamente, che l’inesistenza del vincolo di mandato non fosse sufficiente a garantire l’organo di indirizzo delle fondazioni dalla penetrazione degli interessi dell’ente che ne ha designato i componenti. Pare incontestabile, al di là dell’inesistenza, sicuramente condivisibile, di un vincolo di mandato, che la provenienza dei membri de-

signati possa, comunque, determinare una composizione “schierata” dell’organo di indirizzo: del resto, si rileva l’esigenza di una adeguata “rappresentanza” delle “diverse realtà locali, pubbliche e private, radicate sul territorio ed espressive, per consolidata tradizione storica, connessa anche all’origine delle singole fondazioni, di interessi meritevoli di essere “rappresentati” nell’organo di indirizzo”; ciò significa che ciascuno di essi porta nell’organo collegiale, al di là del vincolo di mandato, le posizioni e gli interessi degli organismi locali da cui proviene, per motivi identitari e culturali: altrimenti non si capirebbe il senso della designazione da parte di realtà sociali diverse ⁽¹⁶⁾.

c) L’art. 11, comma 4, ult. periodo, legge n. 448/2001 detta una “regola non del tutto chiara in tema di conflitto di interessi” (sent. n. 301/2003, punto 9 in dir.), dovendosi interpretare, secondo canoni di ragionevolezza, nel senso che l’attività delle fondazioni, mentre non può svolgersi a vantaggio dei componenti degli organi di tali enti o di coloro che li hanno nominati, è consentita per “soddisfare gli “interessi, generali o collettivi, espressi dagli enti ai quali è statutariamente attribuito il potere di designare i componenti dell’organo di indirizzo”.

d) L’art. 11, comma 7, legge n. 448/2001 prevede incompatibilità “tra le funzioni di indirizzo, amministrazione, direzione o controllo presso le fondazioni” e le analoghe funzioni svolte non solo presso la società bancaria conferitaria, “ma anche, genericamente, presso altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo”: dallo scopo della norma, che è quello di “recidere i legami tra la banca conferitaria e la fondazione”, la Corte rileva, secondo ragionevolezza, che l’incompatibilità va oltre la società bancaria conferitaria, ma va interpretata “nel senso, restrittivo, di società in (necessario) rapporto di partecipazione azionaria o di controllo con la banca conferitaria” (sent. n. 301/2003, punto 10 in dir.).

e) La Corte precisa l’interpretazione conforme a Costituzio-

(16) Si v. *infra* par. 4.1.

ne di varie disposizioni relative all'ambito dell'intervento delle fondazioni bancarie. In merito all'art. 11, comma 1, legge n. 448/2001, relativo alla individuazione dei "settori ammessi" che modifica il d.lgs. n. 153/1999, la Corte dice (sent. n. 301/2003, punto 4 in dir.) che "le singole previsioni legislative dei settori ammessi sono, sostanzialmente, riproduttive, per la loro ampiezza e varietà, di tutte le attività proprie e caratteristiche delle fondazioni" né, dato che "attengono alla necessaria individuazione dello "scopo" della persona giuridica", "sono in alcun modo limitative della libertà di autodeterminazione delle stesse fondazioni, nel concreto svolgimento della loro attività" ⁽¹⁷⁾.

f) Si dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale proposta in relazione all'art. 11, comma 10, che disciplina il controllo da parte di una fondazione o di più fondazioni congiuntamente, di una società bancaria o di un gruppo bancario: si precisa come "la portata della norma sia solo quella di comprendere nella nozione di controllo l'esistenza di accordi di sindacato tra più fondazioni", escludendosi di conseguenza l'interpretazione, che il ricorrente riteneva irragionevole, di una "presunzione di controllo ove, a prescindere da patti di sindacato" tra le fondazioni, "la somma delle partecipazioni bancarie di più fondazioni sia pari alla quota di controllo" (sent. n. 301/2003, punto 11 in dir.).

g) Si dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 14, l. n. 448/2001 ove prevede "la

(17) Sempre in questa prospettiva la Corte (sent. n. 301/2003, punto 4 in dir.) rileva che essendo escluso il riconoscimento di pubbliche funzioni, come precisato dalla sent. n. 300/2003, in base ad una "interpretazione adeguatrice delle locuzioni descrittive di determinati settori", "ad esempio, quello della "prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica" o quello della "sicurezza alimentare e agricoltura di qualità", tali espressioni debbono intendersi come "riferentisi solo a quelle attività, socialmente rilevanti, diverse, se pur complementari e integrative, da quelle demandate ai pubblici poteri".

Ancora, la sent. n. 301/2003 (punto 6 in dir.), dichiara infondata la questione di legittimità in merito alla prescrizione – art. 11, c. 2, l. n. 448/2001 – che impone di concentrare l'attività su non più di tre "settori rilevanti", da scegliersi ogni tre anni: l'individuazione, rileva la Corte, non avviene in modo autoritativo e vi è possibilità di svolgere attività anche in settori diversi (art. 2, c.2, d.lgs. n. 153/1999).

decadenza degli attuali organi delle fondazioni che devono adeguare i loro statuti” alle disposizioni di tale articolo, e, “fino alla ricostituzione, la possibilità per quelli in *prorogatio* di svolgere esclusivamente attività di ordinaria amministrazione”: presupposto di tale norma, non irragionevole, la necessità di modifiche statutarie. Ma la decadenza non è comunque riferibile alle fondazioni cd. associative⁽¹⁸⁾, per le quali resta immutata la composizione dell’organo di indirizzo; ed è riferibile solamente a quelle fondazioni istituzionali ove l’organo di indirizzo non sia conforme alla disciplina introdotta dall’art. 11, ma, si specifica, “nella formulazione datane con la presente sentenza”, sottolineandosi pure come rientri nella discrezionalità del legislatore “la limitazione posta dalla stessa norma, fino alla ricostituzione degli organi, della attività delle fondazioni alla ordinaria amministrazione”.

L’estensione e l’importanza delle decisioni “interpretative” di rigetto della pronunzia n. 301/2003, brevemente illustrate, condotte alla stregua di criteri di ragionevolezza, sul presupposto della rilevata natura privata delle fondazioni di origine bancaria, risultano, di tutta evidenza, di portata tale da far ritenere non improprio il rilievo di chi vede nella pronunzia della Corte una bocciatura della riforma posta con la l. n. 448/2001⁽¹⁹⁾.

Potrebbe sorgere l’esigenza di chiarire, al fine di tutelare la certezza del diritto, la disciplina di tali enti, che adesso sembra

(18) Sulle fondazioni bancarie “associative” si v. i contributi di S. LARICCIA, *Aspetti civilistici delle fondazioni*; G. GALGANO, *La natura giuridica delle casse-associazioni*; A. BALDASSARRE, *Le casse di risparmio come “formazioni sociali” e società di credito private*; G. MORBIDELLI, *Sulla natura degli enti conferenti a struttura associativa e sul grado di autonomia costituzionalmente garantita agli stessi*; A. BARBERA, *Sul regime delle casse di risparmio a base associativa*; tutti in F. A. ROVESI-MONACO (a cura di), *Le fondazioni casse di risparmio*, Rimini, Maggioli, 1998, p. 31 ss.

(19) G. VITTADINI, *Fondazioni, vince la società civile*, in *Sole-24 Ore*, 2 ottobre 2003, che rileva come “La risposta della Corte” ha posto “un limite alla pretesa della politica di normare tutto ciò che è privato, soprattutto nel caso in cui abbia una connotazione ideale”, sottolineando come “Anche se le fondazioni operano in settori rilevanti, non possono essere oggetto di quelle lottizzazioni dirigistiche così frequenti in questo periodo”.

un mosaico di indicazioni normative di fonti disparate, di alcune delle quali la Corte detta un'interpretazione che sicuramente non risponde all'intenzione del legislatore storico; potrà essere questo un pericolo per il nuovo, ma precario equilibrio normativo che la giurisprudenza costituzionale ha stabilito, essendo possibile, alla luce anche di precedenti recenti esperienze istituzionali, che il legislatore attuale non faccia propri che formalmente istanze e rilievi portati alla sua attenzione. In questo rivela i suoi limiti intrinseci l'intervento della Corte costituzionale mediante la sentenza interpretativa di rigetto ⁽²⁰⁾.

3. *Cenni sulla struttura argomentativa delle decisioni 300 e 301/2003: l'impiego del principio di ragionevolezza*

Veniamo ad inquadrare, brevemente, sotto il profilo argomentativo, le pronunzie delle sentenze nn. 300 e 301 di cui *supra* abbiamo ricostruito il contenuto essenziale, sul presupposto

(20) Si v. in merito V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1976, p. 358 ss. sulle sentenze interpretative di rigetto, che ricorda come "sempre di sentenze di rigetto si tratta" dovendosi "escludere che l'interpretazione accolta dalla Corte costituzionale a loro fondamento sia suscettibile di determinare un vincolo generale per i giudici comuni" (p. 361); F. BENELLI, *Le sentenze interpretative e manipolative nel processo in via principale di ieri e di oggi: dai modelli (pregressi) alla dinamica (futura)*, in *Le regioni*, 2002, p. 1271 ss., in partic. p. 1283 ss. con riferimento alle sentenze interpretative di rigetto, sulla base di una completa analisi della giurisprudenza costituzionale in materia regionale; v. anche M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 336 ss., in partic. p. 343, il quale a conclusione di un approfondito esame, pone in luce come, del resto, anche per ciò che riguarda le stesse decisioni di accoglimento, vi siano problemi, che possono suggerire alla Corte "di meditare, volta per volta, se la discrezionalità dell'amministrazione non rischi [...] di scardinare dall'interno il dialogo con i giudici, impedendo l'applicazione diretta della Costituzione o portando "fuori rima", tramite un'anomala deferenza verso il ruolo attuativo dell'amministrazione, sentenze di accoglimento concepite proprio per restare, esse stesse, nella legalità costituzionale". Si ricorda in proposito (*ivi*, pp. 342-3) come "Il messaggio lanciato dalla giurisprudenza comune, per cui l'applicazione diretta della Costituzione da parte dell'amministrazione non è legittima, se non quando la discrezionalità dell'amministrazione sia raffrontata a regole precise, pena l'irrazionalità, non uniformità, non coerenza dell'applicazione della legge, può arrivare a colpire la solidità di alcune tipologie di decisione delle questioni di legittimità costituzionale".

che sono strettamente collegate, dato che la sent. n. 301 richiama la pronunzia precedente, per fondarvi le proprie argomentazioni.

La sent. n. 300/2003 (punto 7 in dir.), come si è detto, respinge la pretesa delle Regioni di avere competenza nella regolamentazione delle fondazioni bancarie come soggetti, affermando, sulla base di una ricognizione della loro disciplina normativa, che tali enti si collocano “tra i soggetti dell’organizzazione delle “libertà sociali” [...] non delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere”, affermazione da cui si desume la natura privata delle fondazioni stesse ⁽²¹⁾; l’argomentazione della Corte appare singolarmente scarna, incidendo su un tema che affatica da tempo la dottrina, schierata su fronti opposti, divisa tra la qualificazione di ente privato speciale ⁽²²⁾ e quella di ente

(21) La Corte argomenta l’estraneità delle fondazioni di origine bancaria dalla disciplina di principio dettata dalla normativa Ciampi (l. n. 461/1998 e d.lgs. n. 153/1999), mettendo in evidenza: a) la loro definizione come “persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; b) “il riconoscimento del carattere dell’utilità sociale degli scopi da esse perseguiti”; c) la precisazione – art. 2, c. 1, lett. a), l. n. 461/1998 – che “quali che siano le attività effettivamente svolte dalle fondazioni, “restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni”, innanzitutto enti pubblici”. Tale struttura argomentativa, basata esclusivamente sull’esame di indizi normativi nel senso della natura privata dell’ente, appare singolarmente scarna: il patrimonio di dottrine elaborato dalla Corte costituzionale per individuare la natura privata delle IPAB infraregionali avrebbe, probabilmente, soddisfatto la pignoleria di qualsiasi commentatore.

(22) In tal senso si pronunziava, già prima della riforma Ciampi, F. GALGANO, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contr. e impresa*, 1996, p. 811 ss., in partic. p. 826, ove si rileva che, per gli enti conferenti, nulla dell’antico spirito pubblicistico che ispirava la legislazione del t.u. del 1929 “può ora dirsi sopravvissuto per gli enti, già casse di risparmio, che hanno conferito in società l’azienda bancaria”, così che “se si eccettuano le vigenti norme di legge, che li sottopongono a specifici controlli in ragione del possesso, da parte loro, del pacchetto azionario di una società bancaria”, “la loro condizione giuridica è quella stessa delle fondazioni o delle associazioni regolate dal codice civile.” L’A. tuttavia, in D. CARUSI (a cura di), *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 4, rileva come “la vicenda delle fondazioni bancarie è tutta particolare e non può essere considerata come emblematica di un’evoluzione legislativa in materia di fondazioni”, sottolineando, in particolare come “I controlli di merito che sono previsti dalla legge sull’amministrazione delle fondazioni bancarie sono compatibili con la natura specifica e con la condizione particolare di tali fondazioni, ma non sono espressione di

pubblico⁽²³⁾ e che vede parte della giurisprudenza amministrativa sostenere, che, a prescindere dalla natura pubblica o privata di tali enti, le fondazioni bancarie, dati i fini di interesse generale che sono loro propri, devono essere, comunque, collocate nell'ambito del settore pubblico allargato⁽²⁴⁾.

L'interprete, diverso da una Corte costituzionale, che dovesse ricostruire la natura giuridica di un ente, non potrebbe, a nostro avviso, seguire le orme del giudice costituzionale delle sentenze nn. 300 e 301 del 2003, dato che questi procede con decisioni che appaiono "creative" o "conformative" della normativa, ma dovrebbe, sicuramente, ricostruire gli eventuali indizi della pubblicità o, diversamente, della natura privata dell'ente a partire dalla disciplina positiva ed a quelli attenersi, salvo proporre questione di costituzionalità, ove riscontrasse vizi nella disciplina concreta⁽²⁵⁾: ma il giudice costituzionale, non astretto da queste limitazioni, nel qualificare la natura giuridica degli enti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che, a nostro avviso, avrebbero consentito di pronunziarsi per la natura (ancora) pubblica delle fondazioni bancarie, dettando, di altre, l'interpretazione più consona alla natura privata degli enti stessi (e, parrebbe, ben distante dall'intenzione del "legislatore storico").

Interessante sarà verificare quale comportamento terrà, nei confronti delle fondazioni, l'Autorità di vigilanza, in merito

principi che possano valere per tutte le fondazioni o per tutti gli enti del I libro del codice civile".

(23) In tal senso si pronunziavano, F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronache di una riforma decennale*, Torino, Giappichelli, 2000, *passim*, in partic. p. 3 ss.; 107 ss.; M. CLARICH A. PISANESCHI, *op. loc. cit.*

(24) In tal senso, TAR Lazio, Sez. I ter, 1 febbraio 1999, in *Foro amm.*, 1999, p. 2635 che rileva come le fondazioni bancarie, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, innegabilmente, dato che "le finalità ad esse assegnate dalla legge le connotano come enti finalizzati al raggiungimento di alcuni interessi pubblici" ne determinano "quindi, la loro inclusione nel sistema pubblicistico allargato, sia pure con connotazioni particolari".

(25) Si v., in merito agli indici di riconoscimento degli enti pubblici, per tutti, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, I, p. 194; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 7 ss. Tale pare essere l'operazione che sta alla base delle pronunzie del TAR Lazio, sopra menzionate, che hanno dato origine al giudizio che è culminato con la sent. n. 301/2003.

all'applicazione delle disposizioni la cui incostituzionalità è stata esclusa sulla base di un'interpretazione "conforme alla loro natura privata" (verrà disattesa?).

Le fondazioni bancarie, ci dice la Corte costituzionale – come meglio vedremo – non "debbono" essere più enti creditizi né enti collegati al circuito politico-rappresentativo in modo tale da potere essere qualificate come enti pubblici.

Parte della dottrina rileva come la Corte "ha ritenuto [...] di non prendere posizioni nette sulla natura delle fondazioni", ed "ha finito per assumere delle decisioni [...] basate più su di una sorta di buon senso applicativo, piuttosto che su di un solido ragionamento rigorosamente giuridico"⁽²⁶⁾.

L'osservazione, a nostro avviso, coglie nel segno per ciò che riguarda la debolezza della struttura argomentativa delle due decisioni, separatamente considerate, per ciò che concerne la affermata natura privata e "non creditizia" delle fondazioni bancarie: la sentenza n. 300/2003 afferma che le fondazioni bancarie "rientrano tra i soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali", argomentando solamente sulla base della definizione di esse nel d.lgs. n. 153/1999 come persone giuridiche private, del riconoscimento del carattere di utilità sociale degli scopi da esse perseguiti e della precisazione secondo la quale – art. 2, comma 1, lett. a), l. n. 461/1998 – "restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni, innanzitutto gli enti pubblici".

Questa argomentazione, basata sulla considerazione di elementi definitivi espliciti, non ricorda per l'impostazione logica precedenti decisioni della stessa Corte sulla natura giuridica delle IPAB infraregionali (*infra* par. 4.3.) che ponevano le premesse per evidenziare i requisiti di una persona giuridica sostanzialmente privata, consentendo, sulla base delle indicazioni fornite, la delineazione normativa dei caratteri per la "ripriva-

(26) Critico sulla struttura argomentativa delle sentenze nn. 300 e 301 cit., F. C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibristici sulle fondazioni bancarie*, in *Le Regioni*, 2004, n. 1.

tizzazione” delle IPAB (già sostanzialmente private) ⁽²⁷⁾.

La sent. n. 300 acquista peso logico, come si è detto, se considerata assieme alle decisioni contenute nella sent. n. 301, che elimina, sulla base di valutazioni di ragionevolezza, vari aspetti della disciplina delle fondazioni bancarie, che potevano far propendere per la natura pubblica delle fondazioni stesse. La citata sent. n. 301/2003 considera irragionevoli norme che attentano alle caratteristiche essenziali di una persona giuridica privata se pur non indicando esplicitamente – come altre volte, appunto, la giurisprudenza costituzionale ha fatto – i criteri in base ai quali si deve ritenere privato un soggetto: coerentemente con i rilievi ricostruttivi della dottrina che, delineando i caratteri del sindacato di ragionevolezza, dice che esso “riguarda non questioni di conformità/difformità, ma questioni di compatibilità”, controllandosi “che siano rispettate le condizioni che il Parlamento pone a sé stesso nel momento in cui imbocca una strada piuttosto che un’altra” ⁽²⁸⁾.

(27) Si v. in merito, sulla sent. n. 396/1988 della Corte costituzionale, per tutti, approfonditamente, L. RAMPULLA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 446 ss. (ivi ampie indicazioni bibliografiche). Si v. inoltre, approfonditamente, D. CORRÀ, *La privatizzazione delle IPAB*, Modena, Casanova, 1997, in partic. p. 61 ss., sulla riconduzione delle IPAB al regime di diritto privato.

(28) Così R. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 545 ss., in partic. p. 554 (che riassume la comunicazione al Seminario tenuto in Roma, presso il Palazzo della Consulta 13-14 ottobre 1992, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 277 ss.); sul principio di ragionevolezza, oltre ai contributi nella ricordata raccolta di atti, L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., I Agg.*, p. 899 ss., per un approfondito panorama delle tecniche e criteri di valutazione sussulti sotto la denominazione riassuntiva di principio di ragionevolezza; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 189 ss.; recentemente, i caratteri dell’operazione concettuale svolta dalla Corte nel controllo della legge, nel rispetto della discrezionalità del legislatore, con specifico riferimento ai “principi” costituzionali vengono puntualizzati in G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quad. fiorentini*, 2002, 31, t. II, p. 865, in partic. p. 890: partendo dal presupposto che la Corte costituzionale italiana esclude “l’esistenza di un “ordine concreto” dei principi o valori costituzionali, dal quale scaturiscano scelte positivamente vincolate per il legislatore”, si rileva come la Corte “si attiene a un “controllo esterno” della legge, prendendo in considerazione i principi costituzionali che un certo caso legislativo mette in gioco e valutando se il legislatore li ha, a sua volta, valu-

4. *Le fondazioni bancarie riguardano i principi dell'“ordinamento civile”*

La sentenza n. 300/2003 precisa che le fondazioni bancarie riguardano i principi dell'“ordinamento civile”, di competenza statale, con ciò, a nostro avviso, pronunziandosi per la natura privata dell'ente⁽²⁹⁾, ma tale affermazione, come si è detto, non appare sostenuta da un apparato argomentativo. L'argomento della pertinenza delle fondazioni bancarie all'“ordinamento civile” viene impiegato dalla sent. n. 300/2003 per escludere la

tati e valorizzati in modo [...] “non manifestamente irragionevole”, evitando di “individuare essa stessa in positivo la regola che se ne deve trarre”. Si ribadisce che la Corte costituzionale italiana attraverso il criterio del “controllo sulla legislazione che accerta soltanto il rispetto dei limiti negativi” “ritiene di garantire un equilibrio tra controllo di costituzionalità e discrezionalità del legislatore”.

Questo discorso si può attagliare anche alle sentenze nn. 300 e 301 del 2003, anche se si nota come esse in realtà, reinterprestando singole disposizioni della disciplina positiva delle fondazioni bancarie, pongano in chiaro precise regole: sembra riportare l'operazione allo schema di rapporti Corte-legislatore delineato dalla dottrina sopra cit., la scelta, di *self-restraint*, di enunciare regole dettagliate con interpretative di rigetto, che si spiega con il rispetto della discrezionalità del legislatore.

(29) Diversamente F. C. RAMPULLA, *La Corte si esercita in difficili equilibristici sulle fondazioni bancarie*, cit., che rileva come la Corte “ha ritenuto [...] di non prendere posizioni nette sulla natura delle fondazioni”, ed “ha finito per assumere delle decisioni [...] basate più su di una sorta di buon senso applicativo, piuttosto che su di un solido ragionamento rigorosamente giuridico”; da ciò l'A. trae la conclusione che “dal combinarsi della legislazione con le pronunce del giudice delle leggi” si può ricavare la connotazione delle fondazioni bancarie come “enti, di diritto comune, ma fortemente condizionati da disposizioni pubblicistiche”, propendendo per la “qualifica di “enti privati di interesse pubblico”, ciò che giustifica i “margini, per vero assai limitati, di autonomia privatistica delle fondazioni stesse”. Ne tratta tra gli “enti privati di interesse pubblico” anche G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 205 ss. Pare tuttavia che la categoria degli enti privati di interesse pubblico non sia di diritto positivo ma abbia mero valore descrittivo, ed in quanto tale non impiegabile dal giudice o dalla Corte per trarne conseguenze interpretative. Sul problema dell'esistenza di una categoria intermedia tra enti pubblici ed enti privati, come *tertium genus*, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993 (3 ed.), I, p. 226, che rileva come “ben potrebbero esistere, in un diritto positivo, enti intermedi tra gli enti privati e i pubblici”, rilevando nel contempo che la “nozione di “ente privato d'interesse pubblico” ha valore descrittivo, non classificatorio”; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 199, che rileva come l'ordinamento italiano non conosce, a differenza di quello francese, “categorie intermedie tra gli enti pubblici e quelli privati”.

competenza legislativa regionale, in collegamento con l'affermazione parallela che non si versa in un settore attribuito alla competenza regionale, come l'ordinamento creditizio di interesse regionale ⁽³⁰⁾.

Risulterebbe altrimenti decisione restrittiva rispetto alla corrente giurisprudenza costituzionale, che ammette da lungo tempo che le Regioni possano, in relazione ad enti con struttura privatistica, intervenire, sia pure in modo "interstiziale" ⁽³¹⁾; anche tale spazio di intervento legislativo regionale ha fatto da tempo parlare, nella dottrina privatistica, di un "diritto privato regionale" ⁽³²⁾, o anche, da ultimo, nel vigore del nuovo testo del Titolo V della Costituzione, di una "vera e propria legislazione regionale di diritto privato "integrativo" ⁽³³⁾.

Si ricorda come la Corte si fosse espressa in merito al cosiddetto limite implicito del diritto privato, nel vigore del precedente testo del Titolo V, in modo non uniforme; dopo una prima fase, più favorevole a spazi regionali in materia di diritto privato, relativa alle sole Regioni speciali, cui si consentiva di intervenire in presenza di transitori e preminenti interessi pubblici, ma, si diceva, affiancando norme pubblicistiche regionali a norme di diritto civile ⁽³⁴⁾; la giurisprudenza costituzionale si

(30) Si v. sul punto *infra*, par 6.1.

(31) Si v. tra i molti, M. MALO, *Il limite del diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 1995, p. 879 ss.; D. VITTORIA, *La disciplina delle organizzazioni collettive e il limite del diritto privato alla competenza legislativa delle Regioni*, ivi, 1992, p. 1757 ss.

(32) N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, Cedam, 1990, p. 8.

(33) In tal senso A. SIMONCINI, *Le "caratteristiche costituzionali" del Terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003, p. 697 ss., in partic. Parte II, p. 713 ss.; per una analisi dei problemi posti dal nuovo Titolo V Costituzione, si v. i contributi multidisciplinari in AA.VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, Giuffrè, 2003 (con interventi di N. LIPARI, S. CHIARLONI, R. COSTI, P. SCHLESINGER, T. TREU, S. BARTOLE, A. LUNA SERRANO, G. ALPA, A. GAMBARO, G.F. RICCI); in precedenza, E. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile" di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1343 ss.

(34) M. MALO, *Il limite del diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*, cit., per una dettagliata individuazione delle diverse fasi della giurisprudenza costituzionale in tema; da ultimo S. BARTOLE, *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, cit., p. 77.

è successivamente orientata a consentire – ciò che può rilevare nel nostro caso, e non solo sul presupposto, non così scontato, che le fondazioni bancarie siano enti privati – che aspetti integrativi della disciplina di enti regionali organizzati secondo le forme del diritto privato, relativi ai rapporti tra ente e Regione, fossero disciplinati dalla legge regionale⁽³⁵⁾.

Il Titolo V della Costituzione riformato nell'elenco di materie attribuite alla competenza primaria dello Stato dall'art. 117, comma 2, Cost., presenta molte indicazioni, che consentono al legislatore statale di legiferare intervenendo in modo trasversale in un ambito ampio di materie assegnate alla competenza delle Regioni; tra esse, appunto, la competenza in materia di ordinamento civile, che interessa materie che possono spettare alla competenza sia dello Stato che delle Regioni⁽³⁶⁾.

La dottrina che si è occupata del tema – pur nella varietà di atteggiamenti in merito alla sottolineatura delle esigenze di unitarietà di disciplina normativa, correlate al rispetto del principio di eguaglianza – concordemente sottolinea come il punto di partenza della riflessione non può che essere costituito dai principi ricostruiti in precedenza in materia di “limite del diritto privato” da giurisprudenza costituzionale e dottrina; indubbiamente la riflessione presenta significativi aspetti comuni, nel senso che lo studio dell'ambito dell'“ordinamento civile” non coincide con l'indagine sui confini pubblico-privato, dato che l'espressione “ordinamento civile” viene a definire solamente quelle parti del diritto privato che non rientrano nella competenza delle Regioni, delineate dalla dottrina, nei primi studi sul

(35) M. MALO, *op. cit. supra*; S. BARTOLE, *op. cit. supra*.

(36) G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Reg.*, 2001, p. 1247 ss., in partic. p. 1252, ove si individuano una serie di materie, tra le quali l'“ordinamento civile”, costituenti “titoli di intervento trasversali”; G. FALCON (a cura di), *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 151*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 11 ss., in partic. p. 14, ove si parla di “statuizione di diritti di intervento statali in qualunque materia, collegati a certi oggetti o a certi scopi” (in tal senso G. FALCON, I, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*).

tema, in via ipotetica, con maggiore o minore larghezza ⁽³⁷⁾.

Si nota come la misura degli interventi dello Stato in materia di ordinamento civile non sia facilmente determinabile *ex ante* ⁽³⁸⁾, rilevandosi come dipenda da ponderazioni anche molto complesse, che comprendono interessi nazionali e locali, non meno che le ragioni dell'autonomia dei privati.

Partendo dall'ipotesi che le fondazioni di origine bancaria si considerino effettivamente persone di diritto privato, e non enti pubblici, la dottrina, prima della pronunzia della Corte ⁽³⁹⁾, pur criticando l'"arcaico linguaggio utilizzato in materia di "banche regionali", sulle quali il nuovo art. 117 attribuisce alle Regioni competenza legislativa concorrente, rileva – anticipando sul punto la sent. n. 300/2003 – che non è prevista alcuna competenza legislativa regionale sul soggetto – fondazione bancaria, che reputa rientrante nell'ambito dei rapporti di diritto privato: si precisa che in tal caso si avrà "una competenza esclusiva dello Stato sul soggetto e una competenza esclusiva o concorrente della Regione sull'attività" ⁽⁴⁰⁾. Tuttavia si rileva che, dato che le fondazioni bancarie opereranno in settori di attività di competenza legislativa regionale, vi sarà, "una serie di interferenze anche sull'ordinamento del soggetto [...] con un abbassamento

(37) N. LIPARI, *Il diritto privato tra fonti statali e fonti regionali*, in AA.VV., *L'ordinamento civile* cit., p. 3 ss., in partic. p. 12; P. SCHLESINGER, *Ordinamento civile*, ivi, p. 27 ss. in partic. p. 32; G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, ivi, p. 105 ss., in partic. p. 115 ss.; A. GAMBARO, *Intervento*, ivi, p. 121. Si può notare che gli studiosi di diritto privato sopra menzionati individuano, in modo non perfettamente coincidente, i settori tradizionalmente rientranti nel diritto privato non necessariamente riconducibili alla legislazione esclusiva statale.

(38) S. BARTOLE, *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, cit., p. 78; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1247 ss., per una posizione prudente, nel senso della necessità di una riflessione ulteriore sul significato della materia "ordinamento civile".

(39) In tal senso R. COSTI, *Il limite dell'ordinamento civile in materia di banche, fondazioni bancarie e fondi pensione*, in AA.VV., *L'ordinamento civile*, cit., pp. 22, 24.

(40) R. COSTI, *Il limite dell'ordinamento civile in materia di banche, fondazioni bancarie e fondi pensione*, cit. p. 39 ss. rilevando come, probabilmente, in tal caso, nei confronti delle fondazioni bancarie, il limite dell'ordinamento civile "assume contenuti e modalità operative diverse da quelle adottate nel caso delle banche regionali".

del limite dei rapporti di diritto privato”⁽⁴¹⁾: questa dottrina osserva, a sostegno di tale affermazione, come ci si possa ragionevolmente chiedere se i principi di unità dell’ordinamento e di eguaglianza tra i cittadini – presupposti dell’esclusione della competenza regionale in materia di diritto privato – siano lesi ove le Regioni dettino discipline diverse, pur rispettando i principi fondamentali, per questa categoria chiusa di soggetti, operanti per lo più in ambito regionale e in settori di competenza regionale.

Tale posizione dottrinale sembra aprire spiragli alla normativa regionale che la Corte costituzionale, nelle sentt. nn. 300 e 301 del 2003, ha decisamente negato, ma che sembrano, in realtà, conformi alla stessa sua giurisprudenza in materia di disciplina di organizzazioni collettive, la quale consente, peraltro, limitati interventi del legislatore regionale⁽⁴²⁾.

Vanno tenuti in considerazione anche gli orientamenti dottrinali contrari a consentire la formazione di “regimi speciali, introdotti dal legislatore regionale”⁽⁴³⁾, che sembrano da inquadrarsi rispetto alle tendenze all’armonizzazione normativa che si manifesta a livello europeo, nei più diversi settori della vita associata⁽⁴⁴⁾.

(41) Ancora R. COSTI, *Il limite dell’ordinamento civile in materia di banche, fondazioni bancarie e fondi pensione*, cit., p. 24.

(42) Si v. per tutti V. TONDI DELLA MURA, *Regioni e persone giuridiche private. Profili costituzionalistici*, Padova, Cedam, 1995, *passim*, in partic. p. 83 ss.; p. 255 ss. con particolare attenzione alla vicenda delle IPAB; p. 308 ss. sul principio di unità dell’ordinamento e la relatività del limite del “diritto privato”.

(43) Si v. C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, cit., il quale rileva che si può fare a meno di un “diritto societario regionale”.

(44) Si v. per tutti A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998 (2 ed.), in partic. p. 375 ss.; R. C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 147 ss. sull’ipotesi della formazione di un diritto europeo.

4.1. *L'affermazione che le fondazioni bancarie non “debbono” essere più enti collegati al circuito politico-rappresentativo in modo tale da rientrare tra gli enti pubblici. La Corte sembra accogliere un concetto di ente pubblico in senso sostanziale*

L'affermazione della sent. n. 300/2003 sull'inerenza delle fondazioni bancarie alla società civile, viene richiamata, poi, nella collegata sent. n. 301/2003, che sembra compiere valutazioni di compatibilità dei singoli tasselli normativi al disegno complessivo del legislatore, alla stregua di criteri di ragionevolezza ⁽⁴⁵⁾, sul presupposto dell'adozione di un criterio sostanziale di ente pubblico ⁽⁴⁶⁾.

La Corte costituzionale ha, come si è visto, eliminato parti della disciplina legislativa che potevano essere indizi della natura (ancora) pubblica delle fondazioni bancarie: si pensi alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della composizione dell'organo di indirizzo, che deve essere rappresentativo non degli enti territoriali, ma deve esprimere “una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali”, che si ricollega ad altre pronunzie che, nella stessa sentenza, interpretano altre regole impugnate nel senso conforme alla natura sostanzialmente privata delle fondazioni bancarie. Si può sostenere sulla base di tale pronunzia che il giudice costituzionale – almeno dal punto di vista normativo – ha realmente “ricollegato” le fondazioni bancarie alla società civile, come era in precedenza, sottraendole ad una destinazione subalterna alle esigenze di cassa degli enti territoriali, come era nel disegno dell'ultimo legislatore.

L'interprete, privo della possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme conformative della disciplina dell'ente, come si è più volte sottolineato, avrebbe probabilmente, a nostro avviso, dovuto ammettere la natura pubblica

(45) R. TOSI, *op. cit. supra*.

(46) In tal senso si v. F. MERUSI, *Un “viatico costituzionale” per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit., pp. 13-14 del dattiloscritto.

degli enti in seguito alla riforma Tremonti, salva la possibilità di sanzionare la illegittimità di norme regolamentari per contrasto con norme legislative (tale avrebbe potuto essere il comportamento del giudice amministrativo), e solo in questi limiti avrebbe potuto far valere l'incongruenza della disciplina.

L'eliminazione delle norme che maggiormente potevano far propendere per la natura pubblica o la "ripubblicizzazione" delle fondazioni bancarie ha consentito alla Corte costituzionale di procedere poi a censurare l'irragionevolezza della "manipolazione speciale del diritto privato" ⁽⁴⁷⁾, con varie decisioni interpretative di disposizioni di assai dubbio significato in proposito, che nel discorso della Corte diventano compatibili con l'affermazione della natura privata degli enti.

La qualificazione delle fondazioni bancarie come enti privati avviene, dunque, sul presupposto della dichiarazione di illegittimità della composizione dell'organo di indirizzo, che, si afferma, deve esprimere nella sua composizione "una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali". Il principio pare essenziale per poter predicare una reale "natura sostanziale" di ente privato di tali enti. Ma il discorso giuridico pare debba scendere al di sotto del livello dei principi, per esaminare le procedure di designazione dei membri dell'organo di indirizzo in concreto, per ciascuna fondazione.

Per sostenere la natura "realmente" o "sostanzialmente" privata (se pur si parla di diritto privato "molto speciale", infiltrato da elementi pubblicistici) delle fondazioni bancarie – o di altro ente – sembra necessario andare più in là della constatazione dell'inesistenza di un formale vincolo di mandato tra ente od organismo designante e rappresentante nell'organo di governo della fondazione bancaria.

Il problema viene sollevato da una sensibile dottrina ⁽⁴⁸⁾,

(47) L'espressione è mutata da F. MERUSI, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit., p. 8 del dattiloscritto.

(48) R. MALAVASI, *Introduzione*, in V. BUONOCORE, G. RACUGNO (a cura di), *Privatizzazioni e Regioni*, Milano, Giuffrè, 2003, p. XVII ss., in partic. p. XVIII e XIX.

che, partendo dall'osservazione che le fondazioni bancarie "devono limitarsi ad amministrare la loro quota azionaria, con il divieto di realizzare ogni tipo di potere di indirizzo e di controllo", sottolinea come gli amministratori delle fondazioni stesse non hanno "la necessità di rispettare le *performance* richieste in condizione di contendibilità dei mercati"; con la conseguenza che gli amministratori "possono in prevalenza ben essere rappresentati da soggetti prescelti sulla base di una cooptazione in buona sostanza di tipo politico". La conseguenza può essere la "autoreferenzialità degli organi delle fondazioni", e per di più, i "meccanismi di cooptazione di tipo politico" possono poi "traslarsi ancora verso le stesse gestioni aziendali" ⁽⁴⁹⁾.

Il problema, prospettato così nitidamente, ha riflessi sia sulla *governance* delle fondazioni bancarie sia, naturalmente, sulla loro "natura sostanziale", risultando assai difficile sostenere la natura intrinsecamente privata degli enti se i componenti degli organi di indirizzo risultano, in realtà, non espressioni della "società civile", ma di forme di cooptazione di tipo politico (diverso, forse, ma affine, rispetto al circuito politico-rappresentativo) ⁽⁵⁰⁾.

Pur restando una affermazione incontestabile che gli amministratori delle fondazioni bancarie non hanno "la necessità di rispettare le *performance* richieste in condizione di contendibilità di mercato", bisogna dire che rimane la necessità di ben gestire l'erogazione della fondazione, che sembra avviata a diventare sempre più "trasparente", come dimostra ad esempio l'annuale rapporto ACRI ⁽⁵¹⁾. Un "accorta previsione statutaria dei procedimenti – almeno quelli "formali" – attraverso cui vengono designati gli amministratori delle fondazioni può garantire che i meccanismi di selezione non facciano riferimento (esclusivamente) al circuito politico-rappresentativo: la valuta-

(49) R. MALAVASI, *Introduzione*, cit. pp. XVIII-XIX.

(50) M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 154 ss., ove sottolinea che "il legame strutturale tra enti locali e gran parte delle fondazioni [...] costituisce un altro punto critico", ciò che "accentua la colorazione pubblicistica delle fondazioni bancarie", che il d.lgs. n. 153/1999 mira ad eliminare.

(51) Si v. ora *Ottavo rapporto sulle fondazioni bancarie*, ACRI, Roma, 2003.

zione in concreto di tali meccanismi risulta un'operazione indispensabile alla determinazione della natura giuridica sostanziale degli enti ⁽⁵²⁾.

Se assumiamo come criterio discrezionale della natura pubblica o privata dell'ente il collegamento con il circuito politico-rappresentativo, allora le procedure di scelta dei componenti degli organi della fondazione bancaria previsti negli statuti rilevano per individuarne la natura giuridica: il problema della effettiva rappresentatività dei membri delle categorie od organismi sociali ⁽⁵³⁾ presi in considerazione non risulta estraneo alla determinazione della natura giuridica "sostanziale" dell'ente.

4.2. (Segue) *La strada (diversa) seguita dalla giurisprudenza costituzionale nella privatizzazione delle IPAB infraregionali: indicazione di criteri normativi per la privatizzazione (recepiti da normativa successiva)*

Il presupposto dell'orientamento della Corte nel senso della natura privata delle fondazioni bancarie, deve essere colto, di necessità, nell'adozione di una concezione sostanziale di ente pubblico (e di ente privato): è tale concezione che ha consentito di spogliare le fondazioni bancarie dal mantello pubblicistico con il quale il legislatore della riforma cd. Tremonti le aveva coperte, e che, probabilmente, non era mai stato effettivamente rimosso dalle precedenti normative.

Non aderisce di certo, il giudice costituzionale, alla concezione "normativa" sulla natura pubblica o privata dell'ente, che, se invocata come parametro unico di interpretazione e di qualificazione anche nel giudizio avanti alla Corte, darebbe al legi-

(52) G. MORBIDELLI, *Procedure di approvazione e rappresentanza nei nuovi Statuti delle fondazioni (ex)bancharie*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 217 (e in *Studi in onore di U. Pototschnig*, Milano, Giuffrè, II, 2002, p. 811 ss.).

(53) Per un'impostazione giuridica del problema della rappresentatività nell'ambito statale si v., ad esempio, P. RESCIGNO, *Libertà e democrazia del sindacato*, in *Id.*, *Persona e comunità*, Padova, Cedam, II, 1988, p. 314 ss., in partic. p. 321 ss.; *Id.*, *Partiti politici e sindacati: episodi di storia costituzionale e di esperienza giudiziaria*, *ivi*, p. 330 ss., in partic. p. 341 ss.

slatore signoria assoluta, limitando malamente, a nostro avviso, il sindacato di costituzionalità⁽⁵⁴⁾.

Sembra da pensare che la Corte sia restata fedele, comunque, alla sua giurisprudenza, se pur muta l'atteggiamento verso la normativa in tema di fondazioni bancarie: la radice profonda delle nuove decisioni sembra da ricollegarsi, come hanno notato vari commentatori, alle pronunzie, pur non richiamate, sulla privatizzazione delle IPAB: e il tratto comune – ecco l'argomentazione implicita – sembra l'adesione convinta ad una concezione sostanziale di ente pubblico.

La giurisprudenza costituzionale sulle IPAB ha seguito anch'essa una strada non rettilinea⁽⁵⁵⁾, ma, alla fine, la Corte

(54) La teoria normativa nell'identificazione della natura degli enti si deve all'elaborazione di F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv trim. dir. pubbl.*, 1966, I, p. 279 ss.: si v. per una esposizione della teoria normativa, con attenzione ai successivi sviluppi della giurisprudenza, anche F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, I, 1990, p. 289 ss., ivi indicazioni bibliografiche.

(55) Si v. sent. Corte cost. n. 173/1981, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2617, con la quale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, d.P.R. n. 616/1977, nella parte in cui esso determina la soppressione delle IPAB ed il trasferimento di beni, personale e funzioni ai Comuni di riferimento: tale soppressione, chiarisce la Corte, potrebbe essere disposta solamente nell'ambito di una legge di riforma dell'assistenza, alla luce del principio pluralista dell'art. 38 Cost. Sulla sent. n. 173/1981 si v. A. AMORTH, S. BARTOLE, F. MERUSI, G. PASTORI, U. POTOTSCHNIG, *Impressioni sulla sentenza concernente le IPAB*, in *Le Reg.*, 1981, p. 1325 ss. La sent. n. 195/1987 (poi ripresa dalla Corte nella sent. n. 195/1992) chiarisce che "caratteristica del regime giuridico delle IPAB è l'intrecciarsi di una intensa disciplina pubblicistica con una notevole permanenza di elementi privatistici, il che conferisce ad esse una impronta assai peculiare rispetto ad altre istituzioni pubbliche" (punto 5 in dir.).

La successiva sent. n. 396/1988 dichiara l'incostituzionalità dell'art. 1, l. n. 6972/1890 nella parte in cui non consente che esse possano sussistere assumendo personalità giuridica di diritto privato, nel caso conservino i requisiti di un "istituzione privata; la Corte non ha elaborato veri e propri criteri oggettivi di privatizzazione, ma ha indicato "utili punti di riferimento": l'art. 17, d.P.R. n. 348/1979 (recante norme di attuazione dello Statuto speciale per la Sardegna) e l'art. 30 legge regionale Sicilia 22/1986 (che disciplina la riconduzione al regime privatistico delle IPAB) secondo la Corte esprimono "principi generali insiti nell'ordinamento". (La dottrina – U. DE SIERVO, *La tormentata fine delle IPAB*, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1760 ss. – ha rilevato criticamente che i due richiami normativi propongono modelli di privatizzazione diversi). La Corte ha poi indicato una duplice via per la privatizzazione, giudiziale e amministrativa. La privatizzazione in via amministrativa richiedeva la traduzione dei "suggerimenti" della sent. n. 396/1988, cit., in precetti normativi, che sono stati formulati con il d.P.C.M. 16 febbraio 1990; la sent. n. 466/1990 si è pronunziata

ha deciso, in modo netto, per la natura privata delle IPAB infra-regionali, indicando anche i criteri per discernere in concreto, in via amministrativa o giurisdizionale, quali degli antichi enti, già coperti per più di un secolo dal manto pubblicistico della legislazione Crispi, dovessero/potessero chiedere di rientrare nell'ambito della società civile, come enti privati.

Le caratteristiche indicate dalla giurisprudenza costituzionale nella nota sent. n. 396/1988, come rivelatrici di una natura intrinsecamente privata degli enti soggetti ad una disciplina pubblicistica, sono state recepite normativamente, e sembrano costituire un punto di partenza per l'interprete che si interroghi sulla natura pubblica o privata di un ente: l'individuazione di una "sostanza privatistica" ⁽⁵⁶⁾ è esaminata alla luce del dettato costituzionale, in relazione all'art. 38 ed al principio del pluralismo sociale che informa tutta la nostra Costituzione, indicandosi come caratteristica degli enti privati la circostanza che essi originano da iniziative di gruppi sociali o di singoli.

Tale indicazione della Corte nella sent. n. 396/1988, che, come si è messo in rilievo, limita la discrezionalità del legisla-

sull'impugnazione regionale di tale normativa, che ha precisato che la privatizzazione delle IPAB rientra tra le funzioni delegate alle Regioni, in ordine alle quali il Governo è titolare del potere di direttiva (art. 4 e 14, d.P.R. n. 616/1977); negando altresì che le IPAB siano enti dipendenti dalle Regioni; rimarcando come la privatizzazione delle IPAB non comporta apprezzamenti di natura discrezionale, ma il riscontro di requisiti oggettivi.

Si v. anche Cass. Sez. Un., 18 novembre 1988, n. 6249, in *Giur.it.*, 1990, c. 265 ss. (con nota di B. SPAMPINATO, *IPAB: da enti pubblici ad enti privati?*); Cass., Sez. Un. 25 ottobre 1999, n. 751/SU, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1712 ss.; L. RAMPULLA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, cit., p. 446 ss., ivi cospicue indicazioni bibliografiche; successivamente si v. U. DE SIERVO, voce *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. discipl. pubbl.*, I, 1987, p. 445 ss.; L. COLACINNO CINNANTE, voce *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *Dig. discipl. pubbl.*, VIII, 1993, p. 684 ss.; G. PASTORI, *Prospettive di riforma dell'ordinamento delle IPAB*, in *Le Regioni*, 1996, p. 1041 ss.; A. AMBROSI, *La problematica sopravvivenza delle IPAB tra pubblico, privato e privato-sociale*, ivi, p. 1049 ss.; M.V. DE GIORGI, *IPAB: alla ricerca di una nuova identità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 579 ss.; A. ARGENTATI, *Il riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 121 ss.

(56) L'espressione è mutuata da L. RAMPULLA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB*, cit. *supra*.

tore che ha cagionato l'attuale situazione di confusione ⁽⁵⁷⁾ è stata poi tradotta in una serie di criteri discretivi con il d.P.C.M. 16 febbraio 1990 ("Direttiva alle Regioni in materia di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato alle istituzioni pubbliche di beneficenza di carattere regionale ed infraregionale"), che all'art. 1, comma 3, dispone: "Sono riconosciute di natura privata quelle istituzioni che continuino a perseguire le proprie finalità nell'ambito dell'assistenza, in ordine alle quali sia positivamente accertato: a) il carattere associativo; b) il carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati; c) l'ispirazione religiosa". Si precisa poi che debbono considerarsi "promosse ed amministrate da privati", quelle istituzioni "per le quali ricorrano congiuntamente i seguenti elementi": "a) atto costitutivo o tavola di fondazione posti in essere da privati; b) esistenza di disposizioni statutarie che prescrivono la designazione da parte di associazioni o di soggetti privati di una quota significativa dei componenti dell'organo deliberante; c) che il patrimonio risulti prevalentemente costituito da beni risultanti dalla dotazione originaria o dagli incrementi e trasformazioni della stessa ovvero da beni conseguiti in forza dello svolgimento dell'attività istituzionale".

Sembra, dunque, da consentire con la dottrina che ha rilevato come la Corte, nel decidere sulle IPAB infraregionali, ha seguito la teoria della natura sostanziale degli enti ⁽⁵⁸⁾, secondo la quale vi sono degli indizi che rivelano, nonostante la normativa cui l'ente è realmente sottoposto, la "reale" natura giuridica; e le previsioni normative poste dal d.P.C.M. 16 febbraio 1990 – che presentano una parziale originalità rispetto ai criteri indicati dalla sent. n. 396/1988 ⁽⁵⁹⁾ – confermano l'impostazione "sostanzialista", quanto meno per le IPAB.

Sembra di poter rilevare come la Corte abbia seguito, anche in relazione alle fondazioni bancarie, uno schema di ragionamento che pone al centro un concetto sostanzialistico di ente

(57) L. RAMPULLA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB*, cit. *supra*, p. 468.

(58) L. RAMPULLA, *op. loc. cit.*

(59) Ritiene motivata la parziale originalità dei criteri indicati dal d.P.C.M. 16 febbraio 1990 Corte cost. n. 466/1990.

pubblico/privato: si noti infatti che la Corte ha espressamente dichiarato l'illegittimità costituzionale della composizione degli organi di tali enti, con ciò ripristinando uno dei requisiti posti dal d.P.C.M. 16 febbraio 1990. Dato che le fondazioni bancarie non sono da considerarsi "sostanzialmente" ente pubblico, ecco che si afferma la loro natura privatistica, che se, da un lato, esclude il potere delle Regioni di intervenire nella loro disciplina (è da vedersi se tale affermazione vada intesa realmente in senso assoluto), in quanto rientranti nell'"ordinamento civile"; d'altro lato impone, come la Corte fa, sia pure con il garbo di usare (anche) lo strumento dell'interpretativa di rigetto, di "portare", alla stregua di criteri di ragionevolezza, la disciplina non conforme alla "reale" natura privata delle fondazioni bancarie.

4.3. *Riflessioni sul problema della individuazione della natura "sostanziale" dell'ente, pubblica o privata, alla stregua della "natura della cosa": l'idea della sovrapposibilità tra ente pubblico ed organismo di diritto pubblico*

Dalla sent. n. 301/2003, uno tra gli studiosi che più approfonditamente hanno trattato del tema delle fondazioni bancarie, trae lo spunto per affrontare il generale problema della definizione della natura pubblica o privata degli enti, in connessione con la parallela questione della nozione di "organismo di diritto pubblico", traendo conclusioni che vanno sicuramente meditate nella ricostruzione del quadro concettuale ⁽⁶⁰⁾.

La nozione di organismo di diritto pubblico, come è noto, è controversa nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa, ponendosi l'alternativa tra una nozione "funzionale", che viene delineata come nozione che ha valore solamente "nella qualificazione come soggetti tenuti ad applicare il diritto comunitario di talune persone giuridiche pubbliche e private che pos-

(60) F. MERUSI, *Un viatico costituzionale per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit.

siedono i requisiti previsti dalla normativa comunitaria applicabile”, “le quali per il resto rimangono giuridicamente rilevanti secondo le caratteristiche loro impresses dal diritto nazionale delle loro attività”; ed una nozione sostanzialista che viene criticamente etichettata come il tentativo di definire “una nuova figura giuridica soggettiva”, vale a dire “un ente pubblico di matrice comunitaria”⁽⁶¹⁾.

L’impostazione seguita nel lavoro sopra ricordato pare superare questo “collo di bottiglia”, partendo da un’impostazione sostanzialistica sulla natura dell’ente pubblico e facendo coincidere natura sostanzialistica di ente pubblico nel diritto interno e, a maggior ragione, natura sostanzialistica del concetto di “organismo di diritto pubblico”, mostrando come non si voglia individuare una distinta nozione comunitaria di ente pubblico, ma come le nozioni di ente pubblico e di organismo di diritto pubblico si sovrappongano.

È ad una nozione sostanziale di ente pubblico che mira la normativa comunitaria, superando le differenti qualificazioni dei diritti degli Stati membri, sovrapponendosi alla diversa qualificazione o strutturazione operata dal legislatore nazionale in relazione a certi “organismi” od organizzazioni, come enti di diritto privato. Su questo presupposto, riesce difficile pensare ad una nozione “funzionale” di organismo di diritto pubblico: bisogna, per sostenerlo, conciliare le due contrastanti idee di organismo di diritto pubblico come nozione che supera la (strumentale, elusiva della concorrenza) qualificazione di ente privato nel diritto interno (idea che pare presupposta dalla normativa comunitaria sull’organismo di diritto pubblico) e quella di qualificazione “funzionale” nel diritto interno, che implica il rigetto di una nozione sostanzialista di ente pubblico (la quale, invece, viene ancora avanzata dalla Corte costituzionale nella

(61) Si v. per un ampio ed approfondito esame del problema nella dottrina e nella giurisprudenza, M. P. CHITI, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, CLUEB, 2000, *passim* e per queste conclusioni p. 111; anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 87 ss., critica la tendenza della giurisprudenza amministrativa a considerare i cd. organismi di diritto pubblico “veri e propri enti pubblici”.

sent. n. 301/2003).

Un conto, infatti, è dire che il concetto di ente pubblico sul piano della logica astratta è difficilmente delineabile, per le diverse tipologie nelle quali esso si esprime ⁽⁶²⁾, un conto è dire, invece, che non ha pregio delinearlo: importa non poco sapere se una figura soggettiva trova la sua legittimazione nelle diverse articolazioni della società civile o, viceversa, è espressione della rappresentanza che si esprime attraverso il circuito politico-rappresentativo: anche perché – se si può obiettare che la nozione di società civile non risulta nettamente delineata dal punto di vista giuridico e che, per di più, il circuito politico-rappresentativo non può essere da essa nettamente separato ⁽⁶³⁾ – i contorni del circuito politico-rappresentativo sembrano invece delineabili, se si parte dal dato normativo e dall'esame della provenienza delle decisioni espresse.

Se questo è il criterio discrezionale, e in tal senso si parla di “natura della cosa”, la nozione di ente pubblico risulta, tuttora, di interesse per l'analisi giuridica, come sembra testimoniato da opinioni diverse, quella che costituisce la base per la riflessione ⁽⁶⁴⁾ ed altre, tra le quali si ricorda la tesi secondo la quale “il profilo specifico della pubblicità dell'ente [...] pare ormai e-

(62) Lo da per presupposto anche G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 179 ss. che ha dato un rilevante contributo alla corrente dottrinale che sostiene la perdurante utilità del concetto di ente pubblico: si v. ID., *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991; si v. inoltre i contributi in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994.

(63) P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Padova, Cedam, 1987 (ristampa), in partic. ivi ID. p. VII (Introduzione); ID., *Ascesa e declino della società pluralista*, p. 3 ss., ove si mette in rilievo come si parla di società pluralista con riferimento a “società civili e sistemi politici che hanno in comune solamente un elemento negativo”, “dove sia possibile ad una pubblica opinione di formarsi e di svolgersi in funzione di controllo critico”, ad esclusione di un partito unico o di una sola organizzazione sindacale o di una Chiesa di Stato (p. 11); ID., *Le società intermedie*, p. 29 ss.; G. LEVI, *Le formazioni sociali*, Milano, Giuffrè, 1999, *passim*; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1989; A. SAENZ DE MIERA, *L'azzurro del puzzle. Fondazioni e terzo settore in Spagna*, Venezia, Marsilio, 2003, in partic. p. 142, ribadendo che lo Stato non è il contrario di società.

(64) F. MERUSI, *Un viatico costituzionale per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit.

sprimere quasi essenzialmente la disponibilità della struttura in mano a un pubblico potere territoriale [...] senza avere riguardo in ogni caso al modello organizzativo di gestione e al regime dell'attività svolta che possono muoversi, anzi si muovono autonomamente" ⁽⁶⁵⁾.

Se si parte da questi presupposti, ci si avvede come sia fondata l'affermazione della dottrina sopra ricordata, secondo la quale "se la normazione speciale di un ente privatizzato contiene gli indici dell'organismo di diritto pubblico l'ente non è stato privatizzato, ma è rimasto un ente pubblico", non potendosi giustificare la disciplina comunitaria come "disciplina funzionale" e allo stesso tempo spiegare perché un ente che resta privato (nella sostanza?) "diventi per il mercato delle pubbliche forniture una "amministrazione indiretta" ed emani atti amministrativi tipizzati dalla normativa comunitaria e dalle leggi nazionali di riferimento" ⁽⁶⁶⁾ ⁽⁶⁷⁾.

(65) G. PASTORI, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., p. 311 ss., in partic. p. 320; con accenti che paiono consonanti F. MERUSI, *Un viatico costituzionale per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit., il quale precisa che non si tratta di fondazione di diritto privato, ma di ente pubblico, quale che sia il *nomen iuris* usato dal legislatore, se ricorre uno solo degli indici sintomatici consistenti: a) nel controllo della gestione da parte di enti pubblici territoriali o dello Stato o di altri organismi di diritto pubblico; b) nel finanziamento dell'attività in modo maggioritario da parte di questi ultimi; c) gli organi di amministrazione direzione o vigilanti costituiti per più della metà da membri designati da Stato, enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

(66) F. MERUSI, *Un viatico costituzionale per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit. che ricorda sia il d.lgs. n. 406/1991 di attuazione della direttiva 89/440 sugli appalti di lavori pubblici, sia i d.lgs. nn. 358/1992 e 157/1995, modificato dal d.lgs. n. 65/2000, rispettivamente sugli appalti di forniture e sugli appalti di servizi.

(67) F. MERUSI, *Un viatico costituzionale per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit., secondo il quale nelle direttive comunitarie "la natura della cosa viene qualificata "organismo di diritto pubblico"; per identificare tale organismo, si precisa, i sintomi "non sono necessariamente concorrenti" ma hanno un autonomo significato", bastandone uno solamente "per identificare la pubblicità del soggetto operante sul mercato obbligatoriamente concorrenziale dei lavori pubblici e delle pubbliche forniture"; diversamente pare G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 87 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 226, che pare tener conto di tutti i caratteri indicati in conformità delle direttive europee; così pare anche G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 209 ss. Ad un criterio sostanzialistico sembra ricorrere C. Giust. CE, 22 maggio 2003 (causa

La coincidenza delle nozioni sostanziali di ente pubblico e di organismo di diritto pubblico importa, secondo questa impostazione, che, ove persista la natura pubblica, sia regola l'uso del diritto amministrativo, mentre l'uso del diritto privato è una eccezione che deve essere normativamente prevista, salvo "il limite della manipolazione" speciale del diritto privato", individuato dalla Corte costituzionale nella "ragionevolezza", come criterio per la legittimità costituzionale della disciplina speciale.

L'argomento più forte, a sostegno di tale tesi, al quale è difficile opporre obiezioni, consiste nel rilievo sopra ricordato, secondo il quale non si riesce a spiegare la disciplina comunitaria come "disciplina funzionale", allo stesso tempo spiegando perché l'ente resti privato e per alcuni aspetti diventi una amministrazione indiretta. Il nodo si scioglie, invece, se si fanno coincidere le nozioni di ente pubblico ed organismo di diritto pubblico, in una prospettiva sostanzialistica: la disciplina comunitaria si applica perché l'ente è, nella sostanza, pubblico.

Pare interessante notare come una recente dottrina che, inserendosi in un filone dottrinale risalente, sostiene l'inutilità della nozione di ente pubblico – in quanto la qualificazione "non rende automaticamente applicabile alcuna particolare disciplina né è di per sé presupposto per la produzione di alcuno specifico e particolare effetto" –, propone l'adozione di un'altra nozione, quella di "ente a legittimazione democratica (diretta o indiretta) necessaria": se si esaminano gli elementi individuativi della ca-

C-18/01), in *Foro amm.*, 2003, p. 1499 ss., (su cui v. L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro amm., Cons. St.*, 2003, p. 2497 ss.), quando per determinare la natura di organismo di diritto pubblico in capo ad un operatore valorizza la circostanza dell'assunzione o meno del rischio di impresa. G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 209, rileva, con riferimento al requisito dei bisogni non industriali e commerciali, come "si può probabilmente [...] far coincidere la nozione di organismo di diritto pubblico con quello del godimento di "diritti speciali ed esclusivi". Da ultimo S. FOÀ, *Le fondazioni di origine bancaria quali soggetti privati espressione delle "libertà sociali" etc.*, cit., p. 2848, ove si ricorda come i criteri utilizzati per la definizione di "organismo di diritto pubblico" per "snidare la pubblicità reale" di organismi formalmente privati, sono vicini ai criteri che agli inizi del novecento erano impiegati per definire il carattere pubblico dell'ente.

tegoria, risulta come anch'essa delinei una nozione sostanzialista, che si ricollega alla "natura della cosa" ⁽⁶⁸⁾.

4.4. Critica alla recente tesi che nega la possibilità di dedurre, in via interpretativa, la natura giuridica degli enti

Una recente, peraltro stimolante, dottrina amministrativistica, che considera in generale il problema della coesistenza di pubblico e privato nel diritto amministrativo ⁽⁶⁹⁾, condanna come una stortura logica – senza però convincere sull'enormità del "misfatto", che pare, invece, ragionamento lineare e conforme alla tradizione interpretativa non solo giurisprudenziale ma dottrinale ⁽⁷⁰⁾ – la ricerca da parte dell'interprete della natura giuridica, privatistica o pubblicistica, degli enti, a prescindere dalla qualificazione formale da parte del legislatore ⁽⁷¹⁾.

La dottrina di cui si parla critica, duramente, la giurisprudenza che – per decidere dell'applicazione di una qualche disposizione agli enti "a disciplina ibrida", connotati in varia mi-

(68) P. STELLA RICHTER, *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione democratica necessaria*, in *Foro amm. Cons. St.*, 2002, p. 3299 ss., in partic. p. 3302. La utilità della indagine sulla natura di ente pubblico di una determinata persona giuridica viene negata, disconoscendosi "la permanenza nel nostro ordinamento della categoria dell'ente pubblico", perché non si ricollegano a tale categoria "alcuna particolare disciplina", né essa è "di per sé presupposto per la produzione di alcuno specifico e particolare effetto". Tale dottrina propone la categoria dell'"ente a legittimazione democratica necessaria, rilevando come essa "risponda a ragioni sostanziali che sono all'origine della specialità del diritto amministrativo". Tale categoria di enti viene individuata come comprensiva degli "enti che esercitano funzioni in senso proprio", indicandosi i requisiti: a) "sono dotati di poteri autoritativi"; b) sono legittimati a determinare (o almeno a concorrere a determinare) i propri fini; c) sono abilitati a scelte propriamente discrezionali, di ponderazione di interessi pubblici e di scelta delle relative priorità". Sembra, ad un primo esame, che tale teorizzazione possa, tuttavia, essere impiegata, in modo surrettizio, per escludere da garanzie di controllo democratico l'ampio bacino di enti che svolgono erogazione di servizi.

(69) G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*, ma in particolare p. 175 ss.

(70) Si v., *ex multis*, F. MERUSI, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, cit.

(71) G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, in partic. p. 157 ss. sulle dottrine relative al carattere vincolante o non vincolante delle definizioni legislative.

sura dalla compresenza, nella loro disciplina giuridica, di norme privatistiche e di norme che, invece, possono ricollegarsi al “regime amministrativo” – procede, come la Corte costituzionale nelle decisioni che si commentano, ad una riqualificazione in senso pubblicistico o privatistico della natura dell’ente. Tale operazione di qualificazione, lungi dall’essere una sorta di scorciatoia concettuale, risulta, a nostro avviso, una corretta e necessaria applicazione del criterio dell’interpretazione sistematica, che sola può orientare nell’individuazione della complessiva disciplina dell’ente. La dottrina da cui, sul punto, si dissente, ritiene da evitare l’operazione di riqualificazione della natura giuridica dell’ente, procedendo, invece, immediatamente ad una operazione di evidenziazione della *ratio* della singola norma da applicare ⁽⁷²⁾. Tale opzione interpretativa appare motivata dalla sentita esigenza di non arrivare ad una “meccanica ed integrale applicazione o disapplicazione delle varie discipline”, sul presupposto della qualificazione delle figure soggettive come enti pubblici o meno, dato che si dovrebbe arrivare “alla ricostruzione di regimi ad ambito variabile, frutto della scomposizione e ricomposizione di frammenti di discipline diverse” ⁽⁷³⁾.

Le conseguenze della teoria proposta, tuttavia, pare la espongano a critiche, proprio nel momento della determinazione del regime giuridico singolare delle diverse figure soggettive che curano interessi generali.

(72) In tal senso G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 175 ss., in partic. p. 177, ove si afferma che “registrare la qualificazione data dal legislatore o interrogarsi sulla natura giuridica dei vari enti [...] appare un modo improprio di impostare il problema”, mentre “in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali, la questione sembra allora porsi in termini opposti: verificare quali norme orizzontalmente riferite alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati.” “Si tratta, in altri termini, di costruire un regime congruo all’identità organizzativa e funzionale della fattispecie osservata in via interpretativa, con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici. Ciò impone di valutare, regola per regola, a seconda della sua *ratio*, se ed in quale misura debba applicarsi al soggetto ordinato in forme privatistiche”.

(73) G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 178.

Se si considera la portata di tale costruzione dal punto di vista della teoria dell'interpretazione, si nota che essa implica un rifiuto dell'interpretazione sistematica, che viene, invece, impiegata quando si opera in concreto la qualificazione o riqualificazione della natura dell'ente sulla base dei diversi "indici di riconoscimento", che sono lo strumento impiegato dalla giurisprudenza prevalente. Se pur due diverse figure soggettive, entrambe organizzate in forme di diritto privato, perseguono egualmente "interessi generali", di non piccolo momento, per orientare all'interpretazione delle diverse norme specifiche o speciali, appare l'attribuzione di un ente al circuito decisionale politico-rappresentativo ovvero ad altro circuito, riconducibile alla società civile, pur se nel concreto le distinzioni possono non essere nette. È proprio da tale quadro qualificatorio, nel senso dell'ente pubblico o dell'ente privato, che può emergere una corretta analisi della *ratio* delle singole norme speciali inerenti all'ente e un adeguato completamento della disciplina: pare opportuno che le singole norme speciali inerenti ad una determinata organizzazione vengano considerate unitariamente, e non isolatamente e in tal modo mostrino all'interprete la loro *ratio*.

Tale teoria, inoltre, solo apparentemente, lascia più spazio all'interprete, che non dovrebbe più omologare la sua attività sulla base di una "alternativa rigida" pubblico-privato, esaminando le singole norme sulla base della loro propria *ratio*; in realtà lo lascia privo di una bussola interpretativa, con danni non indifferenti per la certezza del diritto.

5. (Segue). *La negazione della natura creditizia delle fondazioni bancarie: un revirement della giurisprudenza costituzionale*

La natura non bancaria/creditizia delle fondazioni bancarie viene affermata dalla sent. n. 300/2003, affrontando la virata rispetto alla propria precedente giurisprudenza, con una serie di argomentazioni che possono incorrere, in astratto, in censure

logiche: si deduce la mancanza di competenza delle Regioni ad intervenire con proprie normative sull'organizzazione e l'attività delle fondazioni bancarie avanzando considerazioni, che non appaiono risolutive, sulla natura non (più) creditizia di tali enti ⁽⁷⁴⁾. La Corte, infatti, desume la natura (non più) creditizia delle fondazioni bancarie, dal decorso del termine previsto per la dismissione delle partecipazioni di controllo, a prescindere dalla effettiva realizzazione, nei fatti, di tale situazione: si ricollega alla scadenza dell'obbligo di dismissione entro un termine, la mutata natura, non più creditizia delle fondazioni bancarie stesse. Se poi si ritenga che la scadenza del termine comporti "solamente" una condizione deteriore, dal punto di vista del regime tributario cui sono assoggettate, per le fondazioni bancarie che non si adegueranno: risulta ancora più difficile trarre la conseguenza del mutamento di natura giuridica dell'ente dal mancato rispetto di una disposizione che impone una situazione che appare qualificabile come "onere" ⁽⁷⁵⁾. La

(74) Si consideri, al di là delle affermazioni della Corte costituzionale, realistiche, di una effettiva riduzione delle partecipazioni delle fondazioni nelle banche, che i risparmiatori hanno reagito alle decisioni della Corte che bloccavano di fatto la conquista delle fondazioni bancarie da parte del Governo, con una sostanziosa corsa all'acquisto delle azioni delle grandi banche partecipate (dimostrando come la società civile ed i singoli percepivano, da un lato, la riforma "espropriativa" voluta con il decreto cd. Tremonti, e, dall'altro, la connessione avvertita, con "il portafogli proprio", tra banche e fondazioni). Tale osservazione viene avanzata anche dalla dottrina che si è occupata del tema: M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 151, che rilevano che se è vero che alle fondazioni bancarie è precluso l'esercizio dell'attività bancaria, è vero anche che tali enti "sia pure in modo indiretto e variamente aggregato, sono ancora tra gli attori principali delle modifiche strutturali dell'assetto del sistema bancario". Si v. anche G. SEGRE, *Crisi finanziaria, sfida-Fondazioni*, in *Sole-24 Ore*, 4 marzo 2004, che osserva come gli enti-fondazione maggiori possano favorire la formazione di grandi gruppi creditizi, nella prospettiva di presidiare la proprietà nazionale delle banche italiane. Sul problema sotteso, in generale, v. per tutti O. WEINBERGER, *Fatti e descrizione dei fatti*, in N. MAC CORMICH, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990, p. 94 ss.

(75) Cfr. M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 78 ss., ove si rileva che il d.lgs. n. 153/1999, art. 12, comma 4, prevede che decorso un periodo di sei anni la Autorità di vigilanza possa prevedere alla privatizzazione "calda", sentita la fondazione e mediante un apposito commissario; mentre al contrario i principi della legge di delega sembravano prevedere solo una perdita di benefici fiscali ove fosse mantenuto il controllo. *Ivi*, p. 153, si osserva in merito che "nelle pieghe del decreto

Corte, rilevando che la situazione giuridica delle fondazioni bancarie solo per questo è mutata, accenna anche alla situazione di fatto, che vede la partecipazione delle fondazioni bancarie al capitale delle banche effettivamente diminuita, ma l'accento posto sulla scadenza del termine come elemento che determina il mutamento di natura – non più creditizia – delle fondazioni bancarie sembra non armonizzarsi con l'impostazione che fa leva sulla “natura della cosa” nel qualificare la natura di ente della società civile delle fondazioni stesse.

Solo pochi anni prima la Corte, con le sentt. nn. 342 e 341 del 2001 ⁽⁷⁶⁾ – con riguardo alla titolarità del potere di vigilanza sulle fondazioni bancarie da parte delle Regioni speciali che hanno competenze statutarie in materia di enti creditizi a carattere regionale – aveva predicato, sulla sorta della propria giurisprudenza precedente ⁽⁷⁷⁾, la natura creditizia delle fondazioni stesse, in decisioni che formalmente non vengono smentite dalle decisioni del 2003.

Già in precedenza la dottrina ⁽⁷⁸⁾, che si era soffermata a commentarle, per la verità, aveva criticato la ricostruzione che le sentenze nn. 341 e 342 del 2001 facevano della perdurante “natura creditizia” delle fondazioni bancarie, sottolineando co-

legislativo può esserci forse spazio per introdurre in via sublegislativa un obbligo di dismissione della partecipazione bancaria forzando il criterio di “sana e prudente gestione”.

(76) In *Le Regioni*, 2002, p. 552 ss.

(77) Si v. sent. n. 163/1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, (con nota di G. ARMAO, “Fondazioni bancarie” e poteri delle Regioni ad autonomia differenziata), p. 1 ss., in partic. p. 2, che rileva come “sebbene a seguito della ristrutturazione ex d.lgs. n. 153/1990 degli originari istituti di credito di diritto pubblico, gli enti conferenti di smettano, con il conferimento, la loro originaria natura di enti creditizi [...] la sussistenza di un vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie [...] può [...] giustificare, sul piano sostanziale, un effetto di “attrazione” in base al quale gli enti conferenti, in quanto collegati agli enti conferitari, seguita ad applicarsi il regime previsto dallo Statuto speciale e dalle relative norme di attuazione in tema di enti ed aziende creditizie”.

(78) M. COSULICH, *De immortalitate (argentariae) animae, ovvero della (intramontabile?) natura creditizia delle fondazioni di origine bancaria, da Bolzano a Palermo*, in *Le Regioni*, 2002, p. 561 ss. (nota a Corte cost. sentt. nn. 341 e 342 del 2001); M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie e Regioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 139 ss.

me il percorso compiuto dal giudice costituzionale per arrivare a definire tale natura – deducendo la natura creditizia della fondazione dal permanere della vigilanza ministeriale e dal non ancora compiuto adeguamento statutario – non sia decisivo: si propone, invece, un “diverso percorso”, “dal controllo sulla spa bancaria alla natura creditizia della fondazione”⁽⁷⁹⁾.

Tale percorso, peraltro, era già stato seguito in precedenza dalla stessa Corte costituzionale, che traeva dalla “sussistenza di un nesso genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie”, “finchè permanga [...] la titolarità della partecipazione di controllo nella società conferitaria”, la natura (ancora) creditizia delle fondazioni, con l’adozione, quindi, di un criterio “sostanzialistico” anche per l’individuazione della “natura creditizia” degli enti, la quale implica che “seguita ad applicarsi il regime previsto nello Statuto speciale e dalle relative norme di attuazione in tema di enti e aziende creditizie”⁽⁸⁰⁾.

5.1. *L’imprecisione tecnica dell’articolato del nuovo Titolo V della Costituzione sui poteri regionali in materia creditizia*

Il nuovo art. 117, comma 3, Cost., che attribuisce alla competenza concorrente, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge dello Stato, la materia “[...] casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale”, ha suscitato nella dottrina che ha commentato l’ambito della nuova competenza regionale, ampie perplessità, per la ragione che il

(79) M. COSULICH, *De immortalitate (argentariae) animae, ovvero della (intramontabile?) natura creditizia delle fondazioni di origine bancaria, da Bolzano a Palermo*, cit., p. 569 ss.

(80) In tal senso la sent. Corte cost. 27 maggio 1995, n. 163, cit., pp. 1-2, con approfondito commento di G. ARMAO, “*Fondazioni bancarie e poteri delle Regioni ad autonomia differenziata*”, p. 3 ss., che rileva come tale decisione intervenga invertendo la rotta rispetto alla precedente tendenza a circoscrivere “la competenza delle Regioni in materia di credito e risparmio [...] in virtù della riconosciuta “centralizzazione degli interventi in materia bancaria”. Cfr. per tutti sulla competenza delle Regioni in materia bancaria R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., p. 157 ss.

testo – di livello costituzionale – attribuisce alle Regioni competenza legislativa in merito a tipi di istituti di credito non più esistenti nel diritto positivo italiano, a seguito della vicenda, che, all’inizio degli anni Novanta, ha portato all’ammodernamento del sistema bancario italiano ⁽⁸¹⁾.

Perplessità provoca, dunque, la modalità dell’individuazione della potestà legislativa regionale in materia bancaria, basata sull’identificazione di specifiche figure soggettive, operata dal nuovo art. 117 Cost., in riferimento a categorie non più presenti nel diritto bancario, ciò che evidentemente rende di problematica identificazione la estensione della potestà legislativa concorrente in materia bancaria delle Regioni a Statuto ordinario. Parte della dottrina arriva alla conclusione che per questa parte, per come è scritto, l’art. 117 Cost. risulta inapplicabile, considerando l’infortunio del legislatore costituzionale non rimediabile “sul piano puramente ermeneutico” ⁽⁸²⁾, mentre secondo altra impostazione la disposizione normativa, seppur rozza e antiquata, pare ugualmente consentire di ragionare sulla competenza delle Regioni in materia di istituti di credito ⁽⁸³⁾.

Tale ultima dottrina rileva come, nella nuova trama del Titolo V della Costituzione, si deve ritenere che il nuovo art. 117 attribuisce alle Regioni competenza legislativa concorrente sulle “banche regionali”, ossia ad una categoria di soggetti, di diritto privato, mentre la competenza legislativa esclusiva sull’attività bancaria viene attribuita allo Stato: in tal caso, si avrà un’acquisizione da parte delle Regioni ordinarie di competenza in materia di ordinamento delle banche regionali, con un

(81) Si v. in merito M. ATELLI, *Le fondazioni di origine bancaria fra transizione infinita verso il diritto privato e innovazioni dell’ordinamento regionale in materia creditizia*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4183 ss.; ID., *Prime note sul diritto bancario regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le società*, 2002, p. 22; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie e Regioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 139 ss.; in generale, sullo sviluppo storico del sistema bancario italiano, R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., p. 23 ss.

(82) In tal senso, con varietà di toni, M. ATELLI, *op. cit. supra*; ivi, *Prime note ecc.*, p. 25 l’inciso riportato; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *op. cit. supra*.

(83) R. COSTI, *Il limite dell’ordinamento civile in materia di banche, fondazioni bancarie e fondi pensione*, in AA.VV., *L’ordinamento civile*, cit., p. 22.

“cedimento del limite dell’ordinamento civile”⁽⁸⁴⁾.

6. *Osservazioni conclusive e interrogativi di politica legislativa. Le perplessità sul seguito amministrativo e legislativo delle pronunzie sulle fondazioni bancarie alla stregua delle pronunzie della Corte; la partecipazione delle fondazioni bancarie alla nuova Cassa depositi s.p.a.*

Le conseguenze delle sentenze nn. 300 e 301 del 2003 possono essere valutate, innanzitutto, con riguardo a due diverse prospettive: da un lato, si tratta di capire quale seguito avranno le decisioni interpretative di rigetto, che “potano” la disciplina che poteva ben essere vista ed interpretata come espressione di regole attinenti al “regime amministrativo”, pur mantenendo la Corte un apprezzabile *self-restraint*, nell’azione successiva della amministrazione ministeriale⁽⁸⁵⁾; dall’altra, si tratta di capire se vi saranno conseguenze dal punto di vista legislativo, se tali sentenze possano essere viste come “ottative”⁽⁸⁶⁾, o se, viceversa, saranno poste in essere norme di rango legislativo ripristinatorie, almeno in parte, del regime panpubblicistico delle fondazioni bancarie introdotto con la riforma Tremonti⁽⁸⁷⁾, seppur gli sviluppi normativi sembrerebbero, sulla scorta delle prime indicazioni, conformi alle indicazioni della Corte⁽⁸⁸⁾.

(84) In tal senso si v. R. COSTI, *Il limite dell’ordinamento civile in materia di banche, fondazioni bancarie e fondi pensione*, in AA.VV., *L’ordinamento civile*, cit., pp. 23-4.

(85) M. MAGRI, *op. cit.*, *supra*.

(86) Sulle sentenze “ottative” si v. L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze –indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987; L.A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, Cedam, 2000, p. 149 ss., sulle sentenze di illegittimità sopravvenuta che fanno retroagire i loro effetti ad una precedente “sentenza-monito” della Corte stessa.

(87) Si rinvia per un approfondito esame del problema M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell’amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim* e in particolare p. 227 ss. e p. 316 ss.

(88) Sembrerebbe, da indicazioni di fonte giornalistica, che la preoccupazione espressa, almeno per il momento, debba rientrare: si v. S.A., *Fondazioni, mandati “allungati”*, in *Sole-24 Ore*, 12 marzo 2004. Si da notizia che il regolamento del Ministero del Tesoro al vaglio del Consiglio di Stato, oltre a prolungare in vario modo i

Tre rapide considerazioni sembrano da farsi sul seguito, non solamente normativo, ma fattuale, della vicenda delle fondazioni bancarie: l'una relativa alla partecipazione delle fondazioni bancarie alla nuova Cassa depositi e prestiti, che pare un atto distensivo delle fondazioni nei confronti del Ministero vigilante, ma che presenta, come è stato di recente autorevolmente sostenuto, aspetti discutibili quanto ad opportunità ⁽⁸⁹⁾: una di esse, in particolare, deve stare a cuore a tutti coloro che considerano i valori della società civile: gli investimenti che la nuova banca pubblica dovrà fare saranno redditizi o intaccheranno, *contra legem*, i patrimoni delle fondazioni?

Altra considerazione riguarda l'attualità dell'obbligo delle fondazioni bancarie di erogare una percentuale del loro attivo, per costituire fondi regionali a favore delle organizzazioni di volontariato. Tale obbligo legislativamente imposto (art. 15, legge n. 266/1991; ribadito dall'art. 3, comma 3, d. lgs. n. 153/1999) sembra tenere conto dell'origine dei patrimoni delle fondazioni bancarie ed indubbiamente appare conforme allo scopo ad esse attribuito: risulta importante che l'erogazione di tale contributo non venga accompagnata, come si ricava da una equivoca proposta governativa di riforma della legge n. 266 sul volontariato, dalla possibilità per le fondazioni bancarie, di indirizzare in modo determinante la destinazione dei fondi, che

mandati degli attuali organi di vertice delle Fondazioni bancarie, sembra adeguarsi alle indicazioni della Corte costituzionale ricavabili dalla sent. n. 301/2003, in particolare sul punto della incompatibilità per i membri dei consigli di amministrazione degli enti, che vale nelle sole società partecipate in "modo rilevante ai sensi dell'art. 2359 cc."; sulla composizione dell'organo di indirizzo, sulla quale si accetta l'indicazione della Corte; si favorisce la concentrazione delle erogazioni nei settori rilevanti (al massimo cinque tra i molti consentiti). Si v. L. SER, *Fondazioni, subito il regolamento*, in *Sole-24Ore*, 9 aprile 2004, ove si dà notizia del parere sostanzialmente favorevole del Consiglio di Stato sulla bozza di regolamento, facendo puntuali osservazioni e manifestando approvazione per le modalità di elaborazione della nuova disciplina, effettuata sentendo anche l'ACRI.

(89) Si è manifestata la disponibilità delle fondazioni bancarie a supportare finanziariamente la nuova Cassa depositi s.p.a., trasformazione della Cassa depositi e prestiti. Per un primo esame della riformasi v. P. GIARDA, *Le due facce della nuova Cassa depositi spa*, in *Sole-24 Ore*, 30 novembre 2003; sulla Cassa depositi e prestiti si v. V. MALITESTA, *Sulla natura giuridica della Cassa depositi e prestiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 145 ss.

vanno gestiti, pare, da un mondo *non profit* diverso, che è in grado di individuare le priorità da soddisfare ⁽⁹⁰⁾.

Pare che un dirigismo delle fondazioni bancarie nel mondo del volontariato, con decisioni vincolanti in merito ai settori ai quali deve essere destinato il contributo obbligatorio per legge sia da evitare ⁽⁹¹⁾: nella stessa maniera in cui è da evitare in altri settori, e ben ha deciso in tal senso la Corte costituzionale, demolendo un apparato normativo che avrebbe consentito un dirigismo governativo sulle stesse fondazioni bancarie, tale da risultare incompatibile con la dichiarata natura privata degli enti stessi, alla stregua di un giudizio di ragionevolezza.

Un'ultima considerazione sembra da farsi in merito alla previsione, introdotta dalla legge delega Ciampi, dell'inclusione delle fondazioni bancarie, in possesso di determinati requisiti, tra gli enti abilitati a detenere quote di capitale della Banca d'Italia, che non è stata oggetto di esame da parte della Corte costituzionale, ma che pare mantenere aperto il discorso sul ruolo delle fondazioni bancarie ⁽⁹²⁾.

La Corte si è pronunciata con un'importante, complessiva decisione, risultante dall'insieme delle due sentenze nn. 300 e 301 del 2003, che traccia confini netti, per quanto l'oggetto lo consenta: si tratta di un'*actio finium regundorum*, spezzata in due tronconi per motivi processuali, l'origine tutt'affatto diver-

(90) Si rinvia ai recenti commenti a diverse, successive proposte di riforma: S. DE GÖTZEN, *Spunti per una riflessione su recenti proposte di riforma della legge 266/91 sul volontariato, nella prospettiva delle riforme istituzionali*, in questa Rivista, 2003, p. 287 ss. (anche in *Fogli di Informazione di coordinamento Movi*, 2003, n. 3-4, p. 28 ss.); ID., *Volontariato: sussidiarietà, pluralismo sociale e la tentazione del dirigismo (ancora sulla riforma della normativa sul volontariato – osservazioni sulla bozza governativa 17 settembre 2003 di riforma della l. 266/91)*, in questa Rivista, 2003, p. 913 ss.; sulle più recenti proposte di riforma L. MENGhini, *Lavoro gratuito, volontariato e nuovo art. 118 Cost.*, in corso di pubblicazione in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO.

(91) Su possibili negative influenze sull'autonomia delle organizzazioni che possono derivare dal controllo delle fonti di finanziamento sul volontariato, dovute a pericolose ambiguità della legge n. 261/1991 P. RESCIGNO, *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 1 ss.

(92) Come sottolinea L. GAI, *Lineamenti istituzionali e operativi dell'attività creditizia*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 41 ss.

sa dei ricorsi che stanno alla base delle due decisioni.

Le decisioni della Corte lasciano qualche dubbio per ciò che riguarda la struttura argomentativa, che, si può scegliere, è “implicita” o proprio manca, in merito alla affermata natura privata delle fondazioni bancarie; tale natura il giudice costituzionale può affermare solamente sul presupposto del distinguo che ha dovuto porre, nella forma della dichiarazione di accoglimento o di rigetto interpretativo: sembra non insostenibile l’affermazione che il “legislatore storico” disciplinava in realtà un ente pubblico. Va considerato che la Corte, nella sent. n. 301/2003, ha forse perso l’occasione di pronunciarsi, in modo esplicito, su eventuali limiti alle “ripubblicizzazioni”, (questione di assai dubbia soluzione), se non invocando il criterio di ragionevolezza, in relazione a singole norme. Se si pensa alla cura con la quale la giurisprudenza costituzionale richiama e valorizza i propri precedenti – per fare solamente un esempio, la giurisprudenza in tema di “leale cooperazione”, che, come è stato messo in rilievo, ha gradualmente costruito una vera e propria dottrina giurisprudenziale dei rapporti tra Stato e Regioni ⁽⁹³⁾ – sia pur seguendo linee non sempre rettilinee, la mancanza di un cenno alla propria giurisprudenza può sorprendere.

Le fondazioni bancarie, riunite nell’ACRI, dopo una tale sentenza – che pota non solamente la restrittiva normativa Tremonti, bloccando lo “scippo” alla società civile, ma anche rimodella la precedente legislazione Ciampi, opportunamente limitando il potere di indirizzo e direttiva ministeriale – potrebbero forse aspirare ad ulteriori riforme, nel senso del sempre maggior accostamento alla disciplina di diritto comune, ma non dell’omologazione alla disciplina generale delle fondazioni, che pare doversi evolvere in altra direzione, vista la vicenda del tutto specifica delle fondazioni bancarie ⁽⁹⁴⁾.

(93) Da ultimo si v. per tutti l’ampia e approfondita ricostruzione di A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003, *passim*, e in particolare sul principio di “leale cooperazione”, p. 129 e *ivi* ampie indicazioni bibliografiche.

(94) In tal senso pare anche F. GALGANO, *Introduzione*, in D. CARUSI (a cura di), *As-*

La vicenda non sembra, comunque, destinata a chiudersi con queste pronunzie, dato che la tensione tra la tendenza alla riconduzione di tali enti all'alveo del diritto comune, e la tentazione, opposta, di "mettere le mani" sul tesoro delle fondazioni bancarie per sostenere una finanza pubblica asfittica ⁽⁹⁵⁾ sembra promettere ulteriori scontri istituzionali, con danno della società civile tutta.

Resta aperta, a nostro avviso, la questione, di politica legislativa, sulla reale opportunità per lo sviluppo del Paese di estromettere completamente le fondazioni *ex-bancarie* dalla proprietà delle banche stesse, se si considera che le fondazioni dovranno sviluppare sempre più le attitudini di ente *non profit* che "investe in solidarietà".

Questo interrogativo sembra rivelare una posizione incongrua, se si guarda al consolidato filone normativo – che ha avuto l'effetto delle grida di manzoniana memoria – che prima suggerisce, poi, con strumenti diversi, e termini sempre spostati in avanti nel tempo impone alle fondazioni di "mollare la presa" sulle banche; chiedersi se tale orientamento, verso la completa separazione tra banche e fondazioni di origine bancaria, (una volta che l'attività bancaria sia svolta da soggetti organizzati in forma di società per azioni, e vi sia separazione, almeno dal punto di vista organizzativo, tra attività creditizia e attività

sociazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate (Convegno di studi in onore di P. Rescigno), Milano, Giuffrè, 2001, p. 4 ss., cit. *supra*, ove in partic. rileva come "i controlli di merito che sono previsti dalla legge sull'amministrazione delle fondazioni bancarie sono compatibili con la natura specifica e con la condizione particolare di tale fondazioni, ma non sono espressione di principi che possano valere per tutte le fondazioni o per tutti gli enti del I libro del codice civile". Precisa con nettezza altresì come "la tentazione è quella di sottoporre le fondazioni del I libro e le stesse associazioni a controlli diretti ad accertare se il patrimonio viene destinato allo scopo: ma ciò minerebbe alla radice la loro libertà".

(95) G. VITTADINI, *Fondazioni, vince la società civile*, in *Sole-24 Ore*, 2 ottobre 2003, cit., si mette in rilievo come di fatto la Corte costituzionale ha bocciato la cd. riforma Tremonti sulle fondazioni bancarie, che introduceva una pesante ripubblicizzazione di tali enti, sottraendoli ai compiti, che essi si sono dati, che ricomprendono il supporto al Terzo settore in genere, il sostegno alla cultura, alla ricerca, all'assistenza sociale. Si v. in tal senso, A. QUADRIO CURZIO, *Fondazioni motore di sussidiarietà*, in *Sole-24 Ore*, 2 aprile 2004.

filantropica e solidale), abbia reali fondamenti, diversi dalla voglia di impadronirsi del tesoro delle fondazioni bancarie.

Almeno tre paiono gli argomenti, di buon senso, del tutto disgiunti da una qualsivoglia pretesa di analisi economica ⁽⁹⁶⁾, che possono indurre a dubitare della correttezza istituzionale del disegno di emarginare le fondazioni bancarie dal settore creditizio, limitandone anche gli investimenti.

In primo luogo, i patrimoni delle fondazioni bancarie servono allo sviluppo della società civile, è opportuno che si accrescano nel tempo e nel susseguirsi delle generazioni e le banche sono un ottimo investimento: perché rischiare di far declinare il patrimonio delle fondazioni eufimisticamente “ex-bancarie” escludendole da tale settore?

In secondo luogo, proprio la sempre maggiore attitudine delle fondazioni bancarie al supporto del *non profit* potrebbe provocare un salutare “contagio culturale” con le banche, che costituiscono il sale della vita per le organizzazioni di *advocacy*, visto il modo delicato in cui trattano i clienti, alla stregua di prassi che risultano di difficile – o nessuna – comprensione; ove l’oscurità non dipende da scarsa padronanza del comune italiano idioma, ma spesso cela, com’è nell’esperienza comune, con finezza degna di miglior causa, costi occulti per l’utente.

In terzo luogo, si potrebbe dire che lasciare la via vecchia per la nuova non sempre ci porta più rapidamente e comodamente alla meta: fuor di metafora, la tesi dell’“espulsione” delle fondazioni bancarie dal settore creditizio, sembra fondata (anche) su una ingenua – e quindi colpevole, se portata a livello istituzionale – fiducia nelle virtù taumaturgiche del mercato: ma le teorie sul *market failure*, avanzate a vario proposito, anche per giustificare la opportunità di investire nel *non profit*, deb-

(96) Per un’analisi economica si rinvia, tra i molti, a L. FILIPPINI (a cura di), *Economia delle fondazioni*, Bologna, Il Mulino, 2000; M. MUSELLA, S. D’ACUNTO, *Economia politica del non profit*, Torino, Giappichelli, 2004 (2 ed.); in relazione alla specifica vicenda delle fondazioni bancarie dopo le pronunzie nn. 300 e 301 del 2003 della Corte cost. si v. M. ONADO, *Ma ora gli enti si comportino da investitori*, in *Queste istituzioni*, 2003, (fasc. 130-131), p. 14 ss.; Id., *Fondazioni, sono troppi gli abbracci in banca*, ivi, p. 22 ss.

bono metterci in guardia. Una volta costrette le fondazioni bancarie ad uscire dal settore creditizio, quali altri “padroni delle ferriere” ci si ritroverà tra i piedi? Se si preme perché le fondazioni ridimensionino rapidamente le loro partecipazioni bancarie, come verranno collocate sul mercato le quote azionarie delle banche? Questo interrogativo va certo ricordato con la preoccupazione legata al fatto che le fondazioni bancarie non sono esposte alle forze del mercato, ciò che può consentire che gli organi di amministrazione e di indirizzo vedano la presenza di personale di designazione ricollegabile al circuito politico-rappresentativo⁽⁹⁷⁾.

Resta solamente da sottolineare che le fondazioni bancarie, divenute enti *non profit* che mirano a soddisfare interessi collettivi, in un disegno non pianificato alla conquista, da parte di privati o di parti politiche qualsivoglia, del ricco portafogli, ma in una prospettiva meno miope e rispondente al pubblico interesse, potrebbero contribuire alla moralizzazione dell’ambiente bancario e alla diffusione della finanza etica⁽⁹⁸⁾.

(97) R. MALAVASI, *Introduzione*, in V. BUONOCORE, G. RACUGNO (a cura di), *Privatizzazioni e Regioni*, cit., p. XVII ss., in partic. p. XVIII ss., per la preoccupazione per la professionalità dei designati; M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie*, cit., p. 153, che ricordano come la posizione della Commissione europea è per l’introduzione di una nozione di controllo che “accentui il distacco tra fondazioni ed il mondo delle imprese; mentre l’OCSE (Rapporto sulla riforma della regolazione in Italia - 4 aprile 2001) esprime preoccupazione sulla capacità delle fondazioni, non esposte alle forze del mercato, di contribuire al miglioramento dell’efficienza del sistema bancario.

(98) Su tale tema si sofferma sovente il dibattito nella società civile: si v. A. FAZIO, *Razionalità economica e solidarietà*, Roma-Bari, Laterza, 1996, *passim*, e in particolare sul sistema bancario p. 67 ss.; nella stampa quotidiana *ex multis* A. BERNACCHI, *Le difficoltà morali della finanza*, in *Sole-24 Ore*, 25 novembre 2003, ove si riporta una significativa frase di C. Salvadori, Presidente di Unicredit, che consentendo ai rilievi avanzati dal Cardinal Tettamanzi, sul fatto che il profitto non possa essere l’unico fine dell’impresa, ma piuttosto l’indicatore di un buon andamento di essa, ribadisce come “l’uomo al centro della finanza” sia tema fondamentale “non solo per una banca migliore ma anche per un mondo migliore se davvero si riuscisse a creare una finanza etica nel rispetto delle regole del gioco che non faccia speculazioni su clienti e fornitori”; A. PUATO, *Banche, un italiano su due non si fida più*, in *Corriere-economia*, 8 marzo 2004. Si ricorda per l’esperienza di Grameen del microcredito, al di fuori del sistema delle garanzie patrimoniali dei crediti, M. YUNUS, *Il banchiere dei poveri*, Milano, Feltrinelli, 2000.
