

LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Regione e Governo Locale

**Bimestrale di studi giuridici e politici
della Regione Emilia-Romagna**

1

**2005 • ANNO XXVI
gennaio/febbraio**

**Il nuovo Statuto della Regione Emilia-
Romagna**

Studi e ricerche

IL NUOVO STATUTO DELLA REGIONE EMILIA-ROMAGNA

- 7** Dopo gli Statuti, c'è molto da fare / *Roberto Bin*
- 13** Lo Statuto regionale: un nuovo quadro per le istituzioni dell'Emilia-Romagna / *Marco Lombardi, Fabrizio Matteucci e Paolo Zanca*
- 19** Lo Statuto dell'Emilia-Romagna. Principi e partecipazione / *Massimo Carli*
- 35** Le fonti del diritto nello Statuto dell'Emilia-Romagna / *Andrea Morrone*
- 75** La Consulta dell'Emilia-Romagna nel quadro dei nuovi organi regionali di garanzia statutaria / *Tania Groppi*
- 95** I rapporti tra Regione ed enti locali nel nuovo Statuto delle Regione Emilia-Romagna / *Francesco Merloni*

STUDI E RICERCHE

- 127** Autonomie e perequazione nell'art. 119 della Costituzione / *Giacinto della Cananea*
- 143** Le fondazioni bancarie verso una disciplina meno "speciale"? La Corte "pota" o interpreta "ragionevolmente" la disciplina incompatibile con la natura privata degli enti / *Sandro De Götzen*

Il nuovo Statuto della Regione Emilia-Romagna

Dopo gli Statuti, c'è molto da fare

di Roberto Bin

In molte Regioni la stagione degli Statuti è finita, ma non è finita in gloria. Troppo tempo e troppa attenzione sono stati dedicati all'inutile dibattito attorno alle "norme di principio": l'equivoco per cui gli Statuti sarebbero delle "piccole costituzioni" è stato chiarito dalla Corte costituzionale, la quale ha fatto bene a dire con tutta chiarezza che non è così, che le Regioni sono libere di assumere tutti i programmi che ritengono *politicamente* importanti per la propria collettività ma che, *giuridicamente*, queste norme non possono avere alcun effetto giuridico. Dal punto di vista giuridico, gli Statuti non sono "costituzioni", ma una legge regionale rinforzata, non necessaria (le Regioni potrebbero decidere di lasciare in vigore gli Statuti del 1970), a competenza limitata e riservata: nulla di più. Equipararli alla Costituzione temo rientri oltretutto nell'atteggiamento, purtroppo così diffuso, di svalutazione di questa, quell'atteggiamento che, sottovalutando o ignorando il significato politico-istituzionale del processo costituente italiano, sembra considerare la Carta costituzionale come qualcosa che non ha un valore diverso dalla legislazione costituzionale "motorizzata" che ogni singola maggioranza al Governo può imporre, come fosse un fatto tecnico, più che un fatto politico. Il vero nodo degli Statuti sta proprio qui.

Gli Statuti hanno un contenuto "necessario" ed uno "eventuale", dice la Corte: tra i secondi rientrano anche le norme programmatiche, che hanno una funzione "ricognitiva" delle funzioni e dei compiti della Regione. Non solo le norme programmatiche non hanno efficacia giuridica nel senso che non creano diritti e doveri in capo ai singoli, ma non hanno neppure alcun effetto normativo in relazione alla successiva legislazione regionale, alla quale solo in parte si rivolgono. Grazie a ciò possono spaziare su ogni argomento e non sono illegittime anche

quando vanno fuori dalle attribuzioni regionali.

Infatti, se dovessimo attribuire loro un qualche significato normativo, paragonabile a quello che si è ormai soliti assegnare alle disposizioni programmatiche della Costituzione, incontreremmo comunque degli ostacoli insormontabili a riconoscerne la legittimità costituzionale. Il vincolo derivante, in ipotesi, dalle norme programmatiche per gli organi legislativi regionali entrerebbe infatti in competizione con i vincoli che ad essi derivano, a vario titolo, dalla legislazione statale (vuoi a titolo di “principi fondamentali” in relazione alla legislazione concorrente, vuoi per effetto delle leggi statali nelle “materie trasversali”, vuoi per effetto di attrazione al centro prodotto dal principio di sussidiarietà) e dalla normativa comunitaria. Per di più ci troveremmo di fronte a questa ulteriore grossa difficoltà, che la maggioranza politica che attualmente domina il Consiglio regionale potrebbe con le “sue” norme statutarie programmatiche pretendere di porre vincoli alle maggioranze future che si formano, non solo nel Consiglio regionale stesso (problema che comunque non può essere sottovalutato), ma addirittura nello stesso Parlamento nazionale, proprio laddove la Costituzione riconosca a questo il potere di imporre scelte legislative di fondo comuni all’intero Paese. Né si potrebbe pensare che l’efficacia delle norme statutarie di programma possa esprimersi attraverso la dichiarazione di invalidità delle leggi regionali con esse contrastanti; questo effetto potrebbe produrre la situazione paradossale per cui una legge regionale “necessaria” per l’attuazione di una norma statale di principio (o vincolante per altre ragioni) debba però essere dichiarata illegittima per contrasto con lo Statuto. Persino come guida interpretativa delle successive leggi regionali le norme statutarie programmatiche non potrebbero svolgere una funzione significativa: le leggi regionali, infatti, vanno interpretate in senso conforme alle norme statali di principio (e alle altre che costituiscono vincolo per il legislatore regionale), oltre che alle norme comunitarie: anche in questo caso, dunque, possono sorgere situazioni di conflitto.

Come si vede, tutto ciò che è predicabile in relazione ai principi costituzionali, non lo è, o quantomeno non lo è con la

stessa assolutezza, in relazione alle norme programmatiche degli Statuti. La conseguenza mi sembra drastica e inequivocabile: il dibattito attorno alle norme programmatiche è stato tempo perso e ha indotto ad un equivoco di fondo: che lo Statuto regionale fosse un *documento politico* atto a fondare una mitologica “comunità regionale”, e non un *regolamento giuridico* rivolto a mettere in un corretto ed efficiente assetto il sistema dei poteri della Regione e le sue procedure decisionali. Questi, appunto, erano i contenuti *necessari* dello Statuto, come dice la Corte costituzionale.

Ma dei contenuti necessari i Consigli regionali hanno visto essenzialmente la parte alta, quella che con espressione tanto ricorrente quanto fuorviante si chiama la “forma di governo”. Si è trascurato però che come un ente si governa, come organizza i rapporti e gli equilibri tra i suoi organi, non è dato dalle poche (e sostanzialmente inutili) norme che regolano il rapporto di fiducia tra l’assemblea elettiva e l’esecutivo (rapporto – come si sa – che solo nella prassi politica prende forma effettiva). La forma di governo la fanno gli interessi organizzati quando vanno a chiedere o proporre qualcosa, i cittadini che protestano, le strutture che istruiscono le decisioni, i supporti tecnici che forniscono i dati per le decisioni, le competenze nelle decisioni strategiche di bilancio ecc. Tanta è stata l’attenzione per il sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale e per la distribuzione dei compiti tra esecutivo e Consiglio regionale, quanto poca è stata quella prestata all’effettiva ristrutturazione del Consiglio regionale, al potenziamento delle sue *capacità effettive* di decidere (cosa ben diversa dalle *competenze formali*, da troppo tempo ben poco esercitate), all’allargamento delle sue capacità di acquisire conoscenze circa le decisioni che assume, al rafforzamento della sua possibilità di attrarre l’attenzione degli interessi organizzati e dei cittadini (quello che con termine che odora ormai d’antico si chiama *la partecipazione*).

Forse non molto potevano fare gli Statuti per risolvere questi problemi complessi, ma certo assai poco hanno inventato per avviare un processo tendente alla loro soluzione. Ora, però, questo compito si ripropone, ineludibile. La scrittura dei nuovi

regolamenti consiliari, delle leggi di organizzazione, delle nuove norme di contabilità e di programmazione finanziaria attende i Consigli regionali neoeletti. Sono compiti delicati e cruciali, a cui si deve sperare che i consiglieri regionali si accostino consapevoli e liberi dai soliti equivoci.

L'equivoco più diffuso è legato all'idea del "primato della politica". È un'idea corretta per molti versi (questo Paese soffre di un malinteso pregiudizio avverso alla "politica"), sbagliata quando fa perdere il senso della "professionalità" del politico, il cui compito non è la politica "pura" (quella che ha reso instabili maggioranze ed esecutivi, impossibili i programmi, litigiosi i partiti e le coalizioni). Il consigliere regionale è pagato con retribuzione adeguata per svolgere una *funzione professionale* assai precisa, risolvere i problemi della collettività che lo ha eletto; e per farlo adeguatamente deve essere in grado di conoscere la realtà, i problemi, i dati, i fatti, le implicazioni, i costi, le dinamiche di bilancio. Siccome non può pretendersi che sia onnisciente, deve attrezzare il proprio lavoro e, per farlo, deve comprendere che il "primato della politica" può essere affermato solo se la politica è debitamente assistita da apparati tecnici, procedure conoscitive, competenze di analisi ecc.: non può mai essere indipendente dai processi cognitivi e partecipativi. Le leggi devono nascere da un'attività istruttoria e "partecipativa" (i "fatti" si conoscono solo in contraddittorio con le organizzazioni sociali), e devono contenere – le leggi importanti s'intende – le necessarie previsioni che consentano di valutare i loro risultati, ciò che hanno prodotto e ciò che sono costate. Se il Consiglio regionale non organizza il proprio procedimento e se stesso per assicurarsi di essere effettivamente capace di assolvere a questi compiti, di poter uscire dal ruolo passivo che ha sinora svolto nei confronti delle informazioni e dei dati forniti dagli uffici della Giunta, di poter attrarre l'attenzione dei soggetti che operano nella società, di poter valutare i risultati delle leggi che ha approvato, allora la "forma di governo" ne resterà definitivamente segnata, e la colpa non potrà essere attribuita all'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e alla clausola *simul stabunt, simul cadent*.

La stagione degli Statuti sembra destinata a chiudersi con un bilancio piuttosto deludente, sia per i tempi troppo lunghi, sia per le scarse innovazioni che sono stati in grado di introdurre. Ma la stagione della riorganizzazione della Regione non è finita, perché adesso c'è la fase delicatissima dell'attuazione degli Statuti. In questa fase si può fare ancora molto, si può fare tutto il necessario per rendere i processi decisionali adeguati (come tempi, come capacità di rispondere alla domanda sociale, come conoscenza dei problemi da affrontare, come consapevolezza dei risultati conseguiti dalle politiche pubbliche) ai compiti che le Regioni hanno assunto dopo la riforma del Titolo V: compiti ingenti per quantità, ma soprattutto per qualità, perché ormai è sulla Regione che grava la responsabilità generale di far fronte all'innovazione richiesta dalla collettività. Questa responsabilità non può essere *di fatto* interamente addossata dai Consigli alle Giunte, dopo tutti i tentativi di difendere *nominalisticamente* le proprie attribuzioni negli Statuti. E l'interesse ad un equilibrato assetto dei poteri non deve essere sentito solo dal Consiglio, perché questa legislatura una cosa deve aver insegnato a tutti, che una Regione in cui vi sia troppo squilibrio tra i poteri non è una Regione che può funzionare bene. Il riequilibrio tra gli organi è una necessità oggettiva, e la partita è ancora tutta da giocare.

La Rivista inaugura il suo ventiseiesimo anno di vita aprendo un dibattito sullo Statuto dell'Emilia-Romagna e sui compiti di attuazione che attendono gli organi regionali dopo le elezioni. È il segno di un impegno di proposta e di riflessione critica a cui vorrebbe restare fedele.

Lo Statuto regionale: un nuovo quadro per le istituzioni dell'Emilia-Romagna

di Marco Lombardi, Fabrizio Matteucci e Paolo Zanca

Per le autonomie regionali e, particolarmente, per l'Emilia-Romagna, la legislatura terminata con le elezioni del 3-4 aprile è stata contrassegnata – oltre che dalla (controversa) attuazione della riforma costituzionale del 2001 – dall'impegno intenso e convinto per l'elaborazione del nuovo Statuto, in un dibattito ampio e approfondito teso a dotare la Regione di un quadro istituzionale organico, coerente e innovativo, cogliendone le importanti potenzialità nel ridefinire, da un lato, la propria forma di governo e, dall'altro, la collocazione della Regione nel contesto dei rapporti con le istituzioni – nazionali e locali – e con la società civile.

L'elaborazione dello Statuto si è configurata, così, quale elemento di un ridisegno complessivo dell'organizzazione territoriale della Repubblica, in una nuova lettura e valorizzazione del principio fondamentale di autonomia, nel quadro dell'unità e indivisibilità della Repubblica sancito dalla Costituzione.

In questi termini, il nuovo Statuto può divenire il contesto idoneo in cui operare in termini più efficaci per il complessivo perseguimento di obiettivi di sviluppo sociale, economico e territoriale. Perseguimento che non può prescindere da un parallelo rafforzamento del sistema istituzionale, in una *governance* sempre più robusta ed efficiente: considerando le istituzioni quale risvolto imprescindibile della realizzazione delle politiche.

In questa direzione, si è inteso procedere al consolidamento e rinnovamento degli assetti istituzionali regionali, dotando la nostra Regione di un sistema di governo stabile, funzionale, fortemente radicato nelle proprie autonomie e munito di solidi

circuiti di interconnessione e di raccordo.

In questo quadro, lo Statuto, approvato dal Consiglio regionale dell'Emilia-Romagna il 14 settembre 2004, è il frutto di un lavoro importante ed originale, anzitutto nel metodo che si è inteso seguire; un metodo che è stato caratterizzato dal rifiuto di ogni lavoro preconfezionato, dall'omissione di qualunque proposta personale, sia dei consiglieri, sia del Presidente o della Giunta. Lo Statuto è, al contrario, l'esito di una elaborazione che – pur utilizzando contributi tecnici – ha consentito un impegno collettivo dei membri della Commissione speciale istituita dal Consiglio regionale. Per questa via, tutti coloro che, nei rispettivi ruoli, dalla maggioranza e dall'opposizione, hanno attivamente collaborato a questo percorso possono riconoscersi nel testo approvato: anche al di là, in certo modo, dalle varie posizioni espresse nella votazione finale, preceduta da una assai ampia serie di votazioni in cui, in Commissione, si è comunque registrato un consenso assai ampio e, per numerosi articoli, unanime.

Pur con formule non sempre unanimemente condivise, lo Statuto punta, così, alla sanzione, al massimo livello dell'ordinamento regionale, dei valori e dei meccanismi di solidarietà e di cooperazione, di autonomia e di adeguamento alle peculiarità della nostra Regione, di superamento dei vincoli burocratici, di integrazione condivisa delle attività svolte nell'interesse generale della collettività emiliano-romagnola.

In questi termini, lo Statuto della Regione Emilia-Romagna tende a non essere – e non deve essere – semplicemente lo Statuto di un ente pubblico. È qualche cosa di più e di diverso, deve costituire la carta di riconoscimento di un intero sistema di cittadini, organizzazioni sociali, organizzazioni delle nostre realtà, istituzioni dei vari livelli del nostro territorio.

Poco hanno inciso le obiezioni poste a base dell'impugnativa dello Statuto da parte del Governo, che ha invece impedito il completamento del percorso nei tempi prestabiliti. Decidendo il ricorso in questione, la Corte costituzionale ha, nella sostanza, accolto l'impostazione che la Regione ha sostenuto ed applicato.

Sono state, infatti, respinte le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate nei confronti dello Statuto: dalla istanza verso il riconoscimento del diritto di voto agli immigrati regolarmente residenti, all'attuazione degli accordi internazionali stipulati dallo Stato; dall'istruttoria pubblica alle audizioni dell'assemblea legislativa; dall'integrazione dei livelli di governo alla costituzione della Città metropolitana; dall'esecuzione dei regolamenti comunitari sino alla disciplina del personale regionale.

L'approvazione dello Statuto rappresenta un punto fondamentale, un disegno alla cui architettura di base debbono essere aggiunti gli ulteriori elementi di completamento: dal regolamento del Consiglio regionale all'approvazione della legge elettorale regionale, dalla disciplina del Consiglio delle autonomie locali sino a quella delle autorità indipendenti, a partire dalla Consulta di garanzia statutaria. Ed al perseguimento di questi obiettivi dovrà incentrarsi il lavoro della prossima legislatura.

Per quanto riguarda la forma di governo, lo Statuto conferma l'elezione diretta del Presidente, con una serie di implicazioni positive e di necessarie coerenze. Ma la conferma dell'elezione diretta del Presidente non comporta alcuna svalutazione del ruolo dell'Assemblea, che anzi trova nel quadro statutario occasione per una piena valorizzazione: in una ricerca di nuovi equilibri che colloca un legislativo forte accanto ad un esecutivo forte, senza tuttavia confondere ruoli e responsabilità.

In effetti, il ruolo dell'Assemblea viene esaltato, anzitutto, nel procedimento legislativo e, dunque, nel suo ruolo fondamentale di sede in cui si plasmano le leggi che vanno a comporre l'ordinamento dell'Emilia-Romagna. Questo è un punto chiave del nuovo equilibrio tra legislativo ed esecutivo; come è evidente nella diversa concezione del processo legislativo. Vi è una valenza tutt'altro che meramente tecnica della scelta fatta sul modo di presentazione dei disegni di legge. Lo stesso scolamento della rappresentanza autorevole, formale, delle autonomie locali dall'esecutivo per configurarsi come organismo interlocutore dell'intera Regione – esprimendo valutazioni che intervengono soltanto dopo che il disegno di legge è stato pre-

sentato, aprendo un'interlocuzione diretta con l'Assemblea e valorizzando il ruolo del relatore – costituisce una svolta netta. Naturalmente questa innovazione non è di ostacolo al fatto che la Giunta e le autonomie locali concordino forme e sedi di confronto e concertazione. Ma è fuori di dubbio che a fronte della previsione dell'elezione diretta del Presidente, la procedura legislativa conferisce nuova centralità all'Assemblea, configurando un corretto equilibrio dei poteri fra gli organi della Regione.

Del resto, numerosi percorsi decisionali ormai vengono riservati ad una previa determinazione di indirizzi da parte del Consiglio; che viene coinvolto, con possibilità di adottare proprie linee, in una pluralità di procedimenti che guardano sia in alto, allo Stato o all'Unione europea, sia in basso, a misure attuative che rientrano nella responsabilità della Giunta, ma che questa dovrà assumere, appunto, nel quadro di previ indirizzi consiliari.

D'altronde, all'Assemblea fanno capo strumenti di valutazione delle politiche che puntano anch'essi a mettere in grado chi decide di possedere tutti i modi e gli strumenti operativi per decidere meglio, valutare meglio le situazioni e, in conseguenza, conoscere gli effetti delle regole e delle azioni deliberate.

Un ulteriore fondamentale passo che la prossima legislatura dovrà intraprendere è l'approvazione della nuova legge elettorale, con cui delineare un sistema che assicuri efficacia nell'azione di governo e rappresentanza pluralista delle forze politiche. Il sistema elettorale dovrà eliminare alcune illogicità vigenti per poter essere maggiormente comprensibile ai cittadini. Su questo, il Consiglio ha già dettato, nell'ordine del giorno, linee ben precise e chiare.

Il Titolo V ha cambiato le funzioni delle Regioni ma anche quelle del sistema delle autonomie locali. Dunque, una parte rilevante e innovativa è quella che delinea un nuovo rapporto fra la Regione e le autonomie locali, sulla base dei principi di cooperazione e sussidiarietà. Il cuore di questa innovazione sarà costituito dall'attuazione del Consiglio delle autonomie locali, un organismo di rappresentanza, di consultazione e di parteci-

pazione degli enti locali che prende parte ai processi decisionali con proposte e pareri su progetti di legge e programmi regionali.

Tra le altre importanti novità che dovranno trovare una loro estrinsecazione normativa, l'istituzione di Autorità indipendenti, in particolare della Consulta di garanzia statutaria, organo regionale con propria autonomia regolamentare ed organizzativa, preposto a garanzia dei passaggi più delicati dell'ordinamento regionale, dall'anticipata cessazione dalla carica degli organi elettivi all'espressione di pareri di conformità allo Statuto delle leggi e dei regolamenti regionali, fino ai pareri sui conflitti di competenza tra gli organi della Regione, facendosi garante del rispetto dell'obbligo istituzionale di tenere comportamenti ispirati al principio di leale collaborazione.

Lo Statuto dell'Emilia-Romagna Principi e partecipazione

di Massimo Carli

Sommario

1. *L'iter dello Statuto.* – **2.** *I principi nello Statuto in vigore, nella bozza degli esperti e nel nuovo Statuto.* – **3.** *I principi statutari: prime considerazioni.* – **4.** *Il voto agli immigrati.* – **5.** *La partecipazione nello Statuto in vigore: conferme e novità.* – **6.** *Qualche valutazione e proposta.*

1. L'iter dello Statuto

Capita, più volte, quando si leggono i lavori preparatori dello Statuto dell'Emilia-Romagna, di trovare affermazioni autocelebrative sulla bontà del metodo seguito, che, sinteticamente, è stato il seguente.

La Commissione incaricata della redazione della proposta di Statuto è stata istituita nel settembre del 2001, con presidenza a rotazione: dopo l'approvazione parlamentare di quella che diventerà la legge n. 3 del 2001, dunque, ma prima del referendum confermativo-oppositivo e quasi due anni dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1. La Commissione, prima di procedere alla redazione del nuovo Statuto, ha deciso di dedicare il primo periodo del suo lavoro all'approfondimento delle tematiche principali del nuovo Statuto, sfociato nell'approvazione unanime di un documento di lavoro (26 marzo 2002) sul quale è stata fatta una prima consultazione del sistema delle autonomie locali e di vari soggetti sociali.

Cinque esperti, tenendo conto della successiva discussione svoltasi in Commissione, hanno redatto una bozza "aperta" di articolato che, come si legge nella relazione del Presidente della

Commissione al Consiglio, non aveva una paternità politica e non era identificabile come un progetto di legge. Su tale proposta sono state tenute tre udienze conoscitive a livello regionale (25 febbraio, 3 e 11 marzo 2003), precedute da un dibattito in Consiglio regionale (11 e 12 febbraio 2003).

La Commissione ha licenziato il testo del nuovo Statuto il 16 aprile del 2004 (completamente riscritto rispetto alla proposta degli esperti, secondo la citata relazione), ma ha continuato a convocarsi fino al 25 maggio successivo per affinare il testo licenziato con emendamenti da presentare in aula. La prima lettura consiliare è avvenuta il 1° luglio 2004 e la seconda il 14 settembre. Il Consiglio dei ministri ha impugnato lo Statuto l'8 ottobre lamentando nove violazioni dell'armonia con la Costituzione, di cui due riguardano, come vedremo, i principi e la partecipazione, su cui la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 379 del 2004, dichiarando incostituzionale solo un periodo di un comma (art. 45, c. 2, terzo periodo).

La necessità di modificare lo Statuto deriva dalla legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1 e, se è ragionevole il rinvio del relativo procedimento a dopo le elezioni regionali dell'aprile 2000, non altrettanto può dirsi della stasi di oltre un anno, e cioè fino a dopo le elezioni politiche del 2001, per la nomina della Commissione consiliare incaricata della redazione del nuovo Statuto.

Anche i tre anni per arrivare in porto, dal settembre 2001 al settembre 2004, sono difficili da comprendere, rispetto ai pochi mesi degli anni Settanta. In altra sede mi è sembrato di poter osservare che l'interesse preminente dei consiglieri regionali, in Emilia come altrove, ha riguardato la forma di governo (e il numero dei componenti dell'assemblea legislativa regionale) e fino all'ultimo i Consigli regionali hanno cercato di non fare propria la regola del *simul...simul*, tentando o di farla attenuare in sede parlamentare o di liberarsene, senza sostanzialmente rinunciare all'elezione diretta, prevedendo che il corpo elettorale "designi" il Presidente della Giunta poi nominato dal Consiglio. E solo quando, come è stato già rilevato (Bin), la Corte ha stretto le maglie delle soluzioni possibili, i Consigli regionali si so-

no decisi ad approvare i nuovi statuti, in tempi però che, a seguito dei ricorsi governativi, mettono a rischio la loro entrata in vigore in questa legislatura.

L'autocelebrazione, quindi, non può riferirsi ai tempi. Nel nuovo Statuto, nella parte dedicata ai principi, si parla di sistema delle autonomie locali e di loro concorso all'attività legislativa (art. 8): ma, se non ci sono lacune nella documentazione esaminata, gli enti locali hanno partecipato alle consultazioni, ma nulla di più, come le forze economiche e le formazioni sociali.

E anche il Presidente della Giunta ha avuto un ruolo che, dalle carte, sembra marginale, mentre la non approvazione del nuovo Statuto in questa legislatura non può essere affare secondario per chi ha il compito di governare per cinque anni e non può quindi essere indifferente, oltretutto alla forma di governo, ai principi di organizzazione e funzionamento della macchina regionale che deve realizzare il suo programma.

Questa "indifferenza" del Presidente emiliano, come degli altri Presidenti, ad una rapida approvazione dei nuovi Statuti, viene generalmente giustificata come atto di necessario *self-restraint*, di autolimitazione dei poteri presidenziali per riguardo al Consiglio; a me, invece, ha sempre fatto l'impressione che i "governatori" avessero interesse a portare le cose per le lunghe perché, nel frattempo, potevano esercitare i forti poteri derivanti dall'elezione diretta, senza i contrappesi che gli Statuti avrebbero necessariamente introdotto (si pensi, solo per fare alcuni esempi, allo Statuto delle opposizioni e al rafforzamento delle funzioni di controllo e rappresentanza del Consiglio).

Infine, l'assenza di progetti di nuovo Statuto da parte delle forze politiche presenti in Consiglio, oltretutto segno di elaborazione statutaria partecipata, condivisa e innovativa (così si legge nella citata relazione del presidente della Commissione) può essere, piuttosto, sintomo di debole volontà politica.

2. I principi nello Statuto in vigore, nella bozza degli esperti e nel nuovo Statuto

Nello Statuto in vigore (legge 9 novembre 1990, n. 336) il Titolo primo è dedicato ai principi fondamentali e vi si legge che la Regione: *a)* persegue le finalità politiche e sociali che la Costituzione assegna alla Repubblica; *b)* promuove le riforme necessarie per la piena attuazione dei principi di eguaglianza e di pari dignità sociale dei cittadini e per il completo sviluppo della persona umana; *c)* ispira la propria azione al principio di solidarietà per il superamento degli squilibri esistenti nel proprio ambito e nella comunità nazionale; *d)* opera per assicurare la piena occupazione, garantire la parità della donna, assicurare la funzione sociale dell'iniziativa economica pubblica e privata, realizzare un sistema globale e integrato di sicurezza sociale, rendere effettivo il diritto allo studio e alla cultura, tutelare e sviluppare le risorse ambientali; *e)* realizza le proprie finalità con il metodo e gli strumenti della programmazione; *f)* riconosce il diritto dei cittadini e delle formazioni sociali a partecipare alla formazione e all'attuazione delle sue scelte; *g)* garantisce la più ampia informazione sulla propria attività, come presupposto per una effettiva partecipazione della comunità regionale.

La bozza degli esperti, redatta sulla base del dibattito svolto in Commissione, inizia con un preambolo il quale proclama "la sua fedeltà": *a)* ai valori democratici del risorgimento e della resistenza contro il nazismo ed il fascismo (le opposizioni volevano invece il riferimento ad ogni totalitarismo); *b)* ai principi affermati in Costituzione, dall'Unione europea e dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; *c)* al rispetto della pari dignità della persona umana (ripetendo il divieto di differenziazioni basate sulle circostanze di cui al primo comma dell'art. 3 della Costituzione). Successivamente, impegna la Regione a valorizzare la propria vocazione alla pace, alla solidarietà sociale, alla buona amministrazione, all'autonomia delle collettività locali e ai principi della democrazia. Conclude, richiamando il limite costituzionale dell'armonia con la Costituzione.

Nell'articolato della suddetta bozza si ritrovano, come obiettivi al cui raggiungimento la Regione è tenuta, tutti i principi dello Statuto in vigore (art. 2) con, a volte, qualche maggiore sottolineatura. Sono stati aggiunti: *a)* il riconoscimento delle formazioni sociali in cui si esprime la personalità umana e il sostegno al libero svolgimento delle relative attività e funzioni; *b)* il pieno rispetto delle diverse culture, etnie, religioni, l'effettivo godimento dei diritti sociali degli immigrati, degli stranieri, profughi, rifugiati ed apolidi, con l'impegno alla costruzione di una società multietnica e multirazziale.

Con il nuovo Statuto il quadro cambia radicalmente: si conferma il preambolo, ampliandolo però di contenuti; si indicano sette obiettivi prioritari alla Regione (attuazione del principio di uguaglianza; parità fra donne e uomini; riconoscimento e valorizzazione delle comunità residenti nel proprio territorio; rispetto della persona e delle diverse culture, etnie e religioni; godimento dei diritti sociali e voto agli immigrati residenti, riconoscimento degli emiliani romagnoli nel mondo), con l'obbligo di promuovere politiche ambientali, del lavoro, economiche e sociali, tutte dettagliamene descritte (v. gli artt. 3, 4, 5 e 6).

Si segnala, infine, anche in considerazione di quanto diremo in tema di partecipazione, l'art. 7 (promozione dell'associazionismo), che impegna la Regione a favorire forme di democrazia partecipata alle scelte delle istituzioni regionali e locali, a garantire alle associazioni ed organizzazioni pari opportunità nel rappresentare i vari interessi durante il procedimento normativo e a favorire il controllo dei consumatori sui singoli servizi (vedi, anche, l'art. 10, lett. *b*)).

Tornando al preambolo, è sparito il riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; si fa riferimento al patrimonio culturale, umanistico, ideale e religioso (come nel preambolo della Convenzione europea), nonché ai principi di pluralismo e laicità delle istituzioni; sono stati introdotti il rifiuto del totalitarismo e la solidarietà con gli altri popoli del mondo e con le future generazioni; si fa riferimento alla promozione della democrazia partecipata, al confronto permanente con le organizzazioni della società, all'autonomia degli enti e delle co-

munità locali, alla rappresentanza trasparente degli interessi e alla necessità di preservare le risorse naturali.

A quanto mi risulta, si era sempre pensato che il preambolo potesse essere utile, semmai, per dare conto da dove si viene e dove si vuole andare non, invece, per indicare gli obiettivi di qualche politica pubblica considerata più necessaria di altre. Ma l'incertezza sui contenuti del preambolo non la si ritrova solo nello Statuto in esame. In quello delle Marche, infatti, il Consiglio regionale (non la Regione, ma un suo organo) "promuove, sostiene e difende" e, in quello del Piemonte, si fa riferimento alla cultura cristiana, laica e liberale, ma anche ai diritti degli animali e alla tutela dell'ambiente, disciplinati dal successivo articolo 6.

Solo il preambolo della Liguria, a parte i rilevati accenti lirici (Bin), non va fuori del suo oggetto e ci racconta di una Regione di antica fisionomia, porta dell'Europa sul mondo, predisposta all'accoglienza e chiamata a fecondi rapporti internazionali, luogo di incontri positivi e promotrice di valori di libertà e di indipendenza che, dal lontano medioevo al risorgimento e alla resistenza, si sono sviluppati in armonioso rapporto con un cristianesimo di profonda istanza solidale e partecipativa.

3. *I principi statutari: prime considerazioni*

Poiché l'art. 123 della Costituzione prevede gli oggetti che lo Statuto deve disciplinare e, fra questi, non vi sono le cd. norme programmatiche, la dottrina si è a lungo interrogata sulla legittimità di tali previsioni e, prima delle sentenze della Corte costituzionale sugli Statuti della Toscana, Emilia-Romagna e Umbria (nn. 372, 378 e 379), mi pare di poter dire che era ormai accettata l'idea di disposizioni statutarie esulanti dal contenuto obbligatorio, finalizzate ad orientare la legislazione regionale soprattutto nelle nuove materie di competenza residuale prive, come tali, di punti di riferimento statali e, comunque, utilizzabili per individuare le materie di interesse della Regione nelle quali è possibile una legislazione regionale di proposta, di

stimolo, o mediante intese o altre forme di cooperazione, finalizzate alla realizzazione di una presenza politica della Regione riguardo a tutte le questioni di interesse della comunità regionale, anche fuori delle materie di competenza regionale (sent. 829/1988).

Ma tale connotazione positiva delle cd. norme programmatiche non si estendeva a norme volte ad istituire una cittadinanza speciale, diversa da Regione a Regione, né a norme ripetitive dei principi costituzionali: e lo Statuto in esame non l'ha fatto. Tutto bene dunque? Non direi, perché in tema di diritti il terreno più bisognoso di interventi non è quello normativo (Allegretti), ma quello della dell'organizzazione e cioè degli strumenti, delle risorse e dei modi per dar loro effettività. L'assessore Vandelli, nella seduta consiliare del 12 febbraio 2003, ed anche gli esperti, avevano opportunamente sottolineato che il ruolo dello Statuto è quello di assicurare l'effettività, la garanzia reale di questi diritti ma, in presenza di posizioni diverse su pace e guerra, pubblico o privato, tutela dei lavoratori o promozione delle imprese, società multietnica o difesa dei cittadini, i compromessi sono stati raggiunti sul piano delle proclamazioni di principio, sganciate, generalmente, da meccanismi che ne garantiscano l'effettività.

Dall'esame dei lavori preparatori risulta che il tema dei principi è stato, in Emilia come altrove, quello che più ha impegnato la Commissione, dopo il tema della forma di governo, a scapito dunque dei principi di organizzazione e funzionamento. E se è vero, come penso, che la libertà deve cercarsi non tanto nella Costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative (Spaventa, 1880), si è persa un'occasione per fare della Regione un'istituzione che funziona al servizio dei cittadini.

4. *Il voto agli immigrati*

Lo Statuto obbliga la Regione ad ispirare la propria azione, prioritariamente (fra l'altro) ad assicurare il diritto di voto degli

immigrati residenti nelle elezioni regionali, nei referendum e nelle altre forme di consultazione popolare “nell’ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute” (artt. 2, c. 1, lett. f) e 15, c. 1). Lo ricordiamo qui perché il Governo è ricorso alla Corte costituzionale contro le due sopra riportate disposizioni, lamentando un contrasto con l’art. 48 Cost., secondo il quale sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne, che hanno raggiunto la maggiore età.

La Corte sul punto non si è pronunciata sul merito. Non è questa la sede per approfondire il problema della estensione del diritto di voto ai non cittadini, ma almeno due aspetti vanno segnalati perché, a mio avviso, privi di ogni fondamento. L’impugnativa faceva riferimento anche alla previsione del voto agli immigrati nei referendum consultivi, dimenticando che la partecipazione polare negli enti locali si estende pacificamente agli stranieri residenti (art. 8 del t.u. n. 267 del 2000 e parere del Consiglio di Stato del 28 luglio 2004, n. 8007) e che altrettanto è previsto nello Statuto della Toscana, non impugnato sul punto dal Governo.

Il secondo aspetto parte dalla considerazione che, se sono problemi controversi la riconduzione della capacità elettorale fra gli oggetti ricompresi nella potestà legislativa regionale in materia elettorale nonché l’interpretazione del cit. art. 48 Cost., che può essere anche interpretato come fonte di garanzia costituzionale per i cittadini, non escludente però la possibilità per il legislatore statale di estendere tale diritto ad altri, non può essere ignorato che la norma statutaria fa esplicito riferimento alle facoltà che sono riconosciute dalla Costituzione alla Regione tra le quali, come abbiamo già visto, c’è l’attività politica che spetta alla Regione in quanto ente esponentiale della collettività rappresentata e la presentazione di disegni di legge al Parlamento.

5. *La partecipazione nello Statuto in vigore: conferme e novità*

La partecipazione è la cartina di tornasole della democrazia:

nel libro bianco sulla *governance* europea dell'estate 2001 si legge, infatti, che la democrazia dipende dalla possibilità di tutti di partecipare al dibattito. Ma la partecipazione pretende interlocutori informati: ne conseguono, la essenzialità di una diffusa attuazione del diritto all'informazione sull'attività regionale e la maggiore difficoltà della partecipazione alla formazione delle decisioni, in quanto sempre più "tecniche", rispetto alla partecipazione alla gestione, alla verifica e al controllo.

Le considerazioni che seguono non riguardano nè la partecipazione cd. amministrativa, relativa cioè alle posizioni giuridiche individuali, per la sua maggiore attinenza con la materia statutaria dei principi di organizzazione e funzionamento (partecipazione al procedimento amministrativo, diritto di accesso, obbligo di comunicazione dell'inizio del procedimento ecc.), nè la partecipazione all'attività del Consiglio e delle sue Commissioni, perché strettamente legate alla funzione di rappresentanza dell'assemblea regionale.

Le osservazioni riguarderanno, prima, le norme sulla partecipazione in generale; quindi gli istituti tradizionali come petizione, iniziativa legislativa, referendum abrogativo e consultivo, poi il referendum statutario e, infine, i nuovi strumenti di partecipazione previsti dallo Statuto in esame.

a) *Norme generali.* Nello Statuto in vigore, ma anche nelle proposte degli esperti, la partecipazione è riservata ai cittadini; nel nuovo Statuto, invece, riguarda cittadini e residenti. Anche con riferimento all'informazione, presupposto necessario della partecipazione, lo Statuto fa dei passi avanti. Ed infatti, quello in vigore ne promuove l'esercizio con legge (art. 5), in modo da garantire la più ampia informazione sull'attività della Regione. Nella bozza degli esperti l'obiettivo regionale diventa quello di garantire l'informazione più ampia e "plurale" sulla propria attività. Il nuovo Statuto fa un salto di qualità, perché non si limita a garantire la massima trasparenza e circolazione delle informazioni, ma indica i modi e gli strumenti con cui garantire il raggiungimento di tale obiettivo: non solo pubblicazione degli atti, ma anche impiego degli strumenti di informazione e di comunicazione, incontri diretti degli organi regionali con i resi-

denti singoli o associati, facilitazioni all'accesso a tutti gli atti della Regione e utilizzo di strumenti di comunicazione telematica, con la previsione finale dell'obbligo per la Regione di predisporre iniziative adeguate per dare concreta attuazione a quanto previsto (art. 14).

La bozza degli esperti che, ricordo ancora, aveva il compito di riportare gli esiti del dibattito svoltosi in Commissione, rinviava, invece, ad una legge regionale l'individuazione di un organo preposto all'organizzazione e alla gestione di un sistema tecnologicamente avanzato di circolazione delle informazioni.

b) *Gli istituti tradizionali.* La petizione, riservata, dallo Statuto in vigore e dalla bozza degli esperti, ai soli cittadini, viene invece estesa a "chiunque", con la limitazione, per enti organizzazioni e associazioni, di avere una rappresentatività almeno provinciale.

In materia di iniziativa popolare, la novità maggiore riguarda la drastica riduzione del potere di iniziativa dei Comuni che dovranno rappresentare una popolazione non più di 5.000 abitanti ma dieci volte tanto, 50.000 abitanti. Confermate sono le cause di inammissibilità: Statuto, leggi tributarie, bilanci.

Sia lo Statuto in vigore che quello nuovo danno alla Commissione consiliare sei mesi di tempo per l'esame della proposta di iniziativa popolare e dodici mesi al Consiglio per decidere nel merito. La bozza degli esperti, pur segnalando qualche problema di legittimità, prevedeva il referendum in caso di mancata approvazione consiliare: problemi superabili, a mio avviso, perché l'approvazione referendaria potrebbe sempre essere evitata dal Consiglio e quindi non mi pare che si configuri violazione della potestà legislativa che l'art. 121 della Costituzione gli affida. Problematica, semmai, sarebbe la collocazione della legge referendaria nel sistema delle fonti regionali (modificabile o abrogabile da una successiva legge regionale? impugnabile dal Governo davanti alla Corte costituzionale?).

Dall'esame dei lavori preparatori risulta che obiettivi largamente condivisi in tema di referendum sono stati la previsione di altri tipi di referendum oltre a quello abrogativo, nonché la previsione di garanzie per il loro effettivo svolgimento: di qui

la previsione di un nuovo tipo di referendum consultivo, che vedremo fra poco, e la norma secondo la quale, dopo la presentazione della richiesta di referendum, sono ammissibili solo interventi diretti a modificare, in conformità alla richiesta stessa, la disciplina preesistente, con l'affidamento alla Consulta di garanzia statutaria del compito di riformulare i quesiti qualora la modifica legislativa intervenuta non renda superfluo lo svolgimento del referendum.

Nulla di nuovo invece sul tipo di atti sottoponibili, totalmente o parzialmente, a referendum, sui promotori (40.000 elettori, dieci Comuni che rappresentino almeno un decimo degli abitanti della Regione o due Province) e sul *quorum* di partecipazione. Sono aumentate invece le cause di inammissibilità, che lo Statuto in vigore individua nello Statuto stesso, regolamento sul funzionamento del Consiglio, leggi tributarie, di bilancio, norme regolamentari meramente esecutive di leggi dello Stato o della Regione (art. 36) e che il nuovo Statuto estende alle leggi elettorali, alle leggi di attuazione e di esecuzione delle normative comunitarie, alle leggi di ratifica di accordi internazionali della Regione e delle intese con altre Regioni italiane (mi sfugge il perché della limitazione alle altre Regioni italiane, visto che l'art. 117, c. 9, Cost. prevede anche intese con enti territoriali interni ad altro Stato).

La previsione, nel nuovo Statuto, della Consulta di garanzia statutaria, organo autonomo e indipendente dalla Regione (art. 69), ha consentito di affidarle la valutazione sull'ammissibilità dei referendum, abrogando quindi la Commissione presieduta dal difensore civico cui il t.u. 22 novembre 1999, n. 34 aveva fatto ricorso, dopo l'infelice esperienza dell'organo tecnico di consulenza dell'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale.

Il nuovo Statuto, infine, mostra consapevolezza di due problemi evidenziati dall'esperienza concreta, quali la scarsa informazione sui temi referendari proposti agli elettori e la eccessiva indeterminatezza dei motivi di inammissibilità utilizzati dalla Corte costituzionale. Ma, ancora una volta, non va oltre generiche affermazioni di principio la cui operatività è totalmente rimessa al futuro legislatore regionale (art. 20, commi 5 e 6).

Sui referendum per le modifiche territoriali di cui agli artt. 132 e 133 della Costituzione lo Statuto in vigore rinvia totalmente la disciplina alla legge regionale: la bozza degli esperti e il nuovo Statuto confermano tale previsione.

Il referendum consultivo fa un salto di qualità nel nuovo Statuto perché non è più subordinato all'approvazione consiliare a maggioranza assoluta, ma deve invece essere indetto se richiesto da 80.000 residenti (non cittadini), dieci Comuni che rappresentino almeno un quinto della popolazione regionale o quattro Province.

Sul referendum statutario, oppositivo o confermativo, infine, si segnala che, mentre la bozza degli esperti prevedeva sempre e comunque un unico voto, il nuovo Statuto stabilisce che quando si tratti di modifiche relative a più argomenti, il referendum è articolato in più quesiti per temi omogenei ed è la Consulta di garanzia statutaria che vi deve provvedere: non pare arbitrario scorgervi un riferimento alle vicende delle modifiche costituzionali in corso, e a quella dottrina (Pace) che da tempo insiste sulla necessaria univocità anche del quesito referendario *ex art. 138 Cost.*

c) I nuovi strumenti di partecipazione. Tre sono le novità che vanno segnalate: l'istruttoria pubblica (art. 17); la possibilità di sottoporre all'esame del Consiglio questioni di rilevante interesse e conseguente obbligo di esame dell'assemblea entro sei mesi (art. 18, comma 6); albo regionale di tutte le associazioni con finalità di interesse regionale che richiedano di partecipare all'attività regionale, per realizzare un dialogo permanente tra dette associazioni e il Consiglio regionale (art. 19).

In questa sede mi occuperò soltanto dell'istruttoria pubblica, perché le altre due novità, come già detto, rilevano per la definizione della nuova forma di governo regionale. Detto nuovo istituto è stato quasi testualmente ripreso dalla bozza degli esperti che l'ha così configurato: *a)* atti normativi e atti amministrativi di carattere generale, come oggetto; *b)* titolari della richiesta, 5.000 cittadini che, nello Statuto, sono diventati 5.000 residenti; *c)* indizione, o diniego, da parte del Consiglio a maggioranza assoluta; *d)* svolgimento in forma di pubblico con-

traddittorio cui possono partecipare, anche per il tramite o con l'assistenza di un esperto, consiglieri regionali, giunta regionale, associazioni comitati o gruppi portatori di un interesse non individuale; e) provvedimento finale motivato con riferimento alle risultanze istruttorie; f) rinvio alla legge regionale per le modalità di attuazione dell'istruttoria pubblica, con obbligo di prevedere i termini per la conclusione delle singole fasi e dell'intero procedimento.

La disposizione parla di gruppi di cittadini (art. 17, comma 2) portatori di interessi non individuali, ma poiché la norma generale in materia di partecipazione (art. 15) riconosce a coloro che risiedono in un Comune del territorio regionale i diritti di partecipazione contemplati nel presente titolo, nel quale è compreso il cit. art. 17, sarei portato a ritenere il riferimento ai cittadini come un refuso dovuto al fatto che la norma è stata ripresa dalla bozza degli esperti che, appunto, ai soli cittadini faceva riferimento.

Il Governo ha impugnato alla Corte il cit. art. 17 che prevede l'istruttoria pubblica perché, è detto nella delibera del Consiglio dei ministri, ciò comporta un ingiustificato appesantimento dell'attività regionale nel suo complesso, in contrasto con l'art. 97 della Costituzione e, in particolar modo, un'interferenza nel procedimento legislativo, che può comportare violazione dell'autonomia del Consiglio, organo deputato ad esercitare l'attività legislativa. Inoltre, continua la citata delibera, l'obbligo di motivazione sia per gli atti amministrativi di carattere generale sia per gli atti normativi costituisce un limite ingiustificato alla potestà legislativa del Consiglio, ponendosi in contrasto col principio secondo cui l'attività legislativa non può essere soggetta all'obbligo di motivazione in quanto attività libera nei fini.

Lo Statuto della Toscana prevede che le leggi e i regolamenti regionali sono motivati (art. 39) e non v'è stato ricorso alla Corte. È vero che il Governo "può" promuovere la questione di legittimità costituzionale (art. 127 Cost.) e quindi non è obbligato a farlo, ma questo, come ogni potere, va esercitato secondo criteri che non possono essere arbitrari o irragionevoli. Forse

che il Governo ha sbagliato a non impugnare lo Statuto toscano e ha inteso quindi tornare sulla retta via? Non pare proprio, perché è quanto meno singolare, per usare un termine eufemistico, considerare la partecipazione al procedimento legislativo come un'interferenza contraria al principio costituzionale del buon andamento. Ricordiamo il libro bianco comunitario con il quale è iniziato questo paragrafo: la democrazia dipende dalla possibilità di tutti di partecipare al dibattito. Ed infatti la Corte costituzionale ha respinto il ricorso sul punto, affermando che la normativa statutaria mira "a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche", e che l'art. 3 della legge n. 241/90 "non impone, ma certo non vieta, la motivazione degli atti normativi".

Che dire poi della presunta illegittimità dell'obbligo di motivazione esteso agli atti normativi, da parte di un Governo che ha firmato la nuova Costituzione europea che conferma l'obbligo di motivazione degli atti normativi comunitari: regolamenti e direttive ieri, leggi europee e leggi quadro europee domani? Forse che gli atti normativi comunitari non sono liberi nel fine?

In uno studio di ASTRID, diffuso qualche mese fa, scrivevo che non esistono ragioni forti che ostino alle motivazioni delle leggi, perché alla domanda del perché le leggi non debbano essere motivate, la risposta è ancora quella del noto detto latino "*auctoritas, non veritas facit legem*": e chi ha l'*auctoritas*, cioè il sovrano, ordina senza spiegare.

6. Qualche valutazione e proposta

Di disposizioni sulla partecipazione sono pieni gli Statuti in vigore delle Regioni ordinarie; eppure, è unanime la valutazione che le norme statutarie sono rimaste largamente inattuale, sostituite, a volte, come in Emilia-Romagna, da previsioni legislative che hanno istituito conferenze degli enti locali, delle forze economiche e delle formazioni sociali. Inoltre, v'è anche

il problema, per i soggetti forti, della duplicazione delle consultazioni a livello di Giunta e di Consiglio e, per i soggetti deboli, la grande difficoltà di trovare ascolto da parte degli organi regionali.

Il problema, dunque, anche in materia di partecipazione, non è quello di inventare nuove regole. Pur con questa consapevolezza, e in attesa delle verifiche che solo l'applicazione delle norme può dare, segnaliamo positivamente l'estensione di tutti gli istituti della partecipazione ai residenti, come utile strumento di integrazione (semprechè i residenti non cittadini siano materialmente in grado di farlo), che si aggiunge alle varie consultate e consiglieri aggiunti.

Sulle proposte di iniziativa popolare, non è evidente la necessità di una valutazione preventiva di ammissibilità, giacché il Consiglio può sempre bocciare la proposta non entrando nel merito. Inoltre, la previsione di un termine per l'esame "nel merito" della proposta dovrebbe essere sufficiente a porre fine ai rinvii *sine die* dell'approvazione o rigetto consiliare della proposta di iniziativa popolare. Il rimedio del *referendum* propositivo sarebbe, mi pare, solo teorico, per gli alti costi della consultazione popolare, evitabili con una decisione di rigetto consiliare.

In tema di *referendum* abrogativo non si è provveduto, a mio avviso non opportunamente, a risolvere alcuni problemi: più precisamente, il problema dei *referendum* manipolativi; del *quorum* strutturale troppo alto in tempi, come gli attuali, di forte astensionismo; della non ripetibilità, l'anno successivo, del *referendum* in cui non è stato raggiunto il *quorum*.

Se si dà una valutazione negativa dei *referendum* manipolativi perché affidano al corpo elettorale un improprio potere legislativo in positivo, occorre escludere l'abrogazione parziale di singole parole, prescrivendo come unità minima una frase di senso compiuto.

Con riferimento al secondo problema, la commisurazione del *quorum* strutturale ai votanti alle ultime elezioni regionali, anziché al totale degli elettori, sarebbe stato un rimedio efficace contro l'inaridirsi di questo strumento di democrazia diretta,

che la prevalente dottrina considera come un elemento strutturale dell'edificio della democrazia contemporanea (Luciani). Gli eventuali problemi di legittimità per possibile contrasto con l'art. 75 Cost. che prevede, per il referendum abrogativo statale, il *quorum* strutturale commisurato agli aventi diritto al voto, mi paiono superabili, considerando che la Costituzione ha affidato alla disciplina statutaria la disciplina dei referendum regionali, riservandosi solo la disciplina (parziale) dei referendum statali (in questo senso, vedi la sent. 372/04 della Corte).

Contro, infine, la riproponibilità di un referendum in caso di esito negativo per mancato raggiungimento del *quorum*, sta la considerazione che, anche in tal caso, si ottiene un risultato del referendum contrario all'abrogazione della legge (se la maggioranza degli elettori non vota, significa che non è interessata all'abrogazione proposta dalla richiesta referendaria) ma, soprattutto, che non è ammissibile che un'esigua frazione del corpo elettorale possa costringere le istituzioni a sopportare, per vari anni di seguito, le ingenti spese collegate allo svolgimento di un referendum che interessa solo ai proponenti.

Il nuovo Statuto della Regione Emilia-Romagna contiene vari rinvii al Regolamento interno del Consiglio (21, se non ho contato male) e a future leggi regionali. Tutte le forze politiche hanno voluto uno Statuto "snello", cioè limitato ai principi e non appesantito da norme di dettaglio. Ma, così facendo, lo Statuto rischia di fare la fine delle grida manzoniane e pertanto faccio mio l'augurio già espresso (Bin), che cioè si possa recuperare concretezza ed effettività nelle tante leggi da approvare e nel nuovo regolamento consiliare: occorre una forte volontà politica che però, mi sembra, è finora mancata.

Le fonti del diritto nello Statuto dell'Emilia-Romagna

di Andrea Morrone

Sommario

1. Premessa. Fonti del diritto e processi di decisione politica nello Statuto regionale. – **2. Lo Statuto regionale.** – **3. La legge regionale e il procedimento legislativo.** a) *L'iniziativa.* – **4. Segue.** b) *L'istruttoria legislativa e la democrazia partecipativa.* – **5. Segue.** c) *L'approvazione, la promulgazione e la pubblicazione della legge. La valutazione di impatto delle leggi.* – **6. Le cd. fonti legislative specializzate.** – **7. La problematica degli atti aventi forza di legge regionale. I testi unici regionali.** – **8. Il referendum abrogativo.** – **9. Le fonti espressione di autonomia degli organi statutari.** – **10. La potestà regolamentare regionale. Gli atti amministrativi urgenti.** – **11. Considerazioni di sintesi.**

1. Premessa. Fonti del diritto e processi di decisione politica nello Statuto regionale

Così come negli anni Settanta la fase statuyente diede il meglio di sé intorno alle domande di partecipazione e di emancipazione sociale che il '68 aveva sollecitato, così oggi l'entusiasmo della nuova stagione statutaria è stato quasi interamente consumato intorno alla questione della individuazione del “sovrano” nella forma di governo regionale.

Sappiamo bene com'è andata. Dal 1999 abbiamo assistito al rifiuto generalizzato del principio dell'elezione diretta del Presidente della Regione e della correlata regola del “*simul ... simul*”, ai tentativi più o meno maldestri di aggirare quest'ultima regola senza rinunciare però al fascino soprattutto popolare del primo, alle pronunce della Corte che hanno arrestato sul nascere qualsiasi violazione o aggiramento del dettato costituzionale, alle discussioni che hanno affannato la dottrina nel “rimediare” ai guasti verificatisi in concreto. Tutto ciò costituisce il com-

pendio inglorioso della nuova stagione degli Statuti regionali, nella quale sull'altare del misoneismo istituzionale è stata sacrificata ogni altra questione. Tra quelle rimaste sullo sfondo, di una certa importanza, vi è quella relativa alle fonti di produzione del diritto nel nuovo ordinamento regionale.

Dopo l'entrata in vigore della l. cost. n. 1 del 1999, in verità, il tema delle fonti regionali aveva motivo di riproporsi in termini rinnovati rispetto al passato. La domanda, da taluno posta, circa la possibilità per il potere statutario di definire un proprio sistema di fonti regionali, un sistema di produzione normativa altro rispetto alla tipologia stabilita dalla Costituzione sembrava riflettere, al di là delle soluzioni pensate, un atteggiamento di maggiore attenzione nei confronti dei processi decisionali della Regione. Del resto questa sollecitazione veniva proprio dalla scelta del legislatore di riforma costituzionale di affidare alle Regioni, attraverso lo Statuto, la decisione sull'assetto di governo regionale. Detto altrimenti, il discorso intorno alla forma di governo avrebbe potuto costituire il presupposto per ripensare l'assetto dei poteri regionali non solo dal punto di vista della legittimazione democratica, ma anche e soprattutto, secondo un'ottica ben più comprensiva, in funzione dei processi di decisione politica destinati a compiersi nell'ordinamento regionale.

La decisione statutaria solo in parte può ritenersi limitata ai contenuti stabiliti dall'art. 123 Cost. La revisione del Titolo V, ad opera della legge cost. n. 3 del 2001, infatti, costituisce l'orizzonte normativo entro il quale l'ordinamento regionale, fin dalla sua decisione fondamentale, ha modo di essere costruito. In un contesto istituzionale in cui enti locali, Regioni e Stato sono destinati a divenire soggetti di altrettanti ordinamenti particolari che compongono l'ordinamento generale della Repubblica, la definizione dei processi di decisione politica diventa il punto di snodo cruciale per dirimere i sempre più frequenti momenti di intreccio delle competenze e di possibile conflitto interistituzionale. Il grado di complessità del sistema costituzionale dovrebbe esigere, in altre parole, una notevole attenzione ai processi di decisione politica e, quindi, al sistema delle fonti di produzione normativa.

Sul piano teorico a questa esigenza si è data, fino ad ora, una risposta troppo riduttiva. Ridurre l'intero problema dei processi decisionali regionali nell'alternativa ammettere o escludere fonti del diritto autonomamente previste dagli Statuti regionali significa affrontare solo una parte del problema. È certamente fondamentale stabilire se la Costituzione consente o meno allo Statuto regionale di istituire fonti diverse da quelle espressamente stabilite in via generale. Ma limitarsi a questo equivale, nella prospettiva che qui si è tracciata, a eludere il problema.

Se si assume che le fonti del diritto non costituiscono solo strumenti di produzione normativa, ma assolvono alla fondamentale funzione di comporre in unità una pluralità indistinta di interessi, si ha che nella teoria delle fonti del diritto è essenziale la qualità degli interessi che devono essere composti e il modo attraverso il quale quegli stessi interessi possono essere rappresentati all'interno dei procedimenti diretti a stabilire la regola di condotta. L'indicazione formale di un dato sistema delle fonti, in genere, segue e non precede un determinato assetto di interessi. Che la legge ordinaria prevalga sul regolamento dell'esecutivo, infatti, non deriva da alcun assunto di logica formale, ma semplicemente dalla qualità del rapporto di forza esistente nella democrazia liberale tra il Parlamento e il Governo.

Per questa serie di considerazioni, nello studio del nuovo Statuto della Regione Emilia-Romagna trovo più utile analizzare le fonti di produzione giuridica dal punto di vista dei processi di decisione politica, che non dal punto di vista degli atti normativi che compongono un astratto ordine sistematico. Ovviamente in questa sommaria analisi non si trascureranno anche i profili di carattere sistematico, tra cui soprattutto la tenuta del disegno statutario rispetto ai principi della Costituzione repubblicana.

2. Lo Statuto regionale

Lo Statuto che la Regione Emilia-Romagna ha approvato in

seconda deliberazione il 14 settembre 2004 non contiene una norma diretta a individuare le fonti del diritto regionale, ma prevede una serie di disposizioni normative che disciplinano i processi di produzione normativa della Regione.

L'assenza di una norma sull'elenco delle fonti, a differenza di quanto avviene ad esempio nello Statuto della Regione Toscana ⁽¹⁾, non mi pare costituisca un'ombra. La previsione di disposizioni siffatte nell'ambito di una costituzione rigida non può che avere (solo) un valore ricognitivo. Certo, in tal caso l'interprete avrebbe a disposizione uno strumento per individuare gli atti fonte del diritto e per distinguere da questi ultimi tutti quegli atti (direttive, indirizzi, criteri, ecc.) che non hanno valore normativo. Ma non per questo potrebbe escludersi la possibilità concreta che lo Statuto deroghi alla previsione generale sulle fonti, prevedendo, ad esempio, atti normativi al di là dell'elenco prestabilito ⁽²⁾; né, tanto meno, potrebbe esimersi l'interprete dal compito di accertare caso per caso la natura effettiva degli atti giuridici previsti nell'ordinamento statutario.

Le fonti dell'ordinamento regionale emiliano-romagnolo, quindi, vanno individuate in concreto, attraverso l'interpretazione del testo. A questo proposito è possibile rilevare, in via di prima approssimazione, un catalogo di atti-fonte abbastanza ampio. Accanto a norme che disciplinano lo Statuto, la legge regionale, i regolamenti regionali e i rispettivi procedimenti decisionali, la carta regionale prevede una serie di disposizioni che si occupano di altri atti giuridici con efficacia normativa. Tra questi si possono annoverare: i regolamenti consiliari; i regolamenti degli altri organi di governo regionale; il referendum abrogativo; i testi unici; leggi con efficacia passiva rinforzata e leggi a competenza determinata che chiamerò con-

(1) Cfr. l'art. 39 dello Statuto regionale approvato in seconda deliberazione il 19 luglio 2004, secondo il quale "le fonti normative regionali sono lo Statuto, le leggi, i regolamenti".

(2) Come accade proprio nello Statuto della Regione Toscana, dove, solo per citare i casi più evidenti, non sono ricompresi nell'elenco delle fonti normative, né il referendum abrogativo (art. 75), né il regolamento generale del Consiglio regionale (art. 22), anche se gli effetti che vengono imputati a tali atti sono normalmente ritenuti quelli propri di un atto-fonte.

venzialmente “leggi specializzate”. Di ciascuna categoria cercherò di tracciare le linee di disciplina e i principali nodi problematici.

Cominciando dalla potestà statutaria, si può subito notare come lo Statuto dell’Emilia-Romagna sia alquanto parco di previsioni: l’art. 22 disciplina il “referendum confermativo statutario”, mentre l’art. 73 si occupa della revisione dello Statuto. Rispetto alla disciplina costituzionale del procedimento di approvazione dello Statuto regionale (art. 123 Cost.), la carta emiliano-romagnola dice pochissimo: senza neppure ribadire che l’approvazione dello Statuto spetta alla competenza del Consiglio regionale ⁽³⁾, si prevede solo che per l’approvazione e la modificazione dello Statuto sia acquisito il parere obbligatorio del Consiglio delle autonomie locali (art. 23, comma 3, lett. a)), allo scopo di coinvolgere gli enti locali mediante l’organo di rappresentanza unitaria dei loro interessi; e che il nuovo Statuto “entra in vigore il giorno successivo alla data di pubblicazione” (art. 73, comma 4). Taluni aspetti del procedimento di formazione dell’atto vengono affidati alla legge. Spetta al legislatore regionale dettare “norme in ordine all’attestazione della intervenuta approvazione della legge statutaria ai sensi dell’art. 123 della Costituzione”, nonché norme relative “alla pubblicazione della legge medesima a fini notiziali” e – forse con un pizzico di eccesso di collaborazione istituzionale – “al suo tempestivo invio al Governo” (art. 73, comma 5).

L’art. 22 riserva alla legge regionale la disciplina delle “modalità di svolgimento del referendum per l’approvazione dello Statuto e delle sue variazioni, secondo quanto previsto dall’art. 123 della Costituzione” ⁽⁴⁾. La norma distingue la domanda re-

(3) A differenza, ad esempio, dell’art. 76 dello Statuto della Regione Lazio, secondo il quale “Lo Statuto è approvato e modificato secondo quanto previsto dall’art. 123 della Costituzione”.

(4) Com’è noto la Regione Emilia-Romagna, bruciando le tappe, ha subito approvato la legge sul referendum in materia di Statuto: cfr. la legge regionale n. 29 del 2000. Stabilendo che la pubblicazione prevista dall’art. 123 Cost. vale a fini notiziali e che, quindi, il ricorso governativo ha carattere preventivo rispetto all’entrata in vigore dello Statuto regionale, la disciplina regola il rapporto tra ricorso e referendum popolare nel senso che in caso di impugnativa governativa il termine dei tre mesi sia interrotto,

ferendaria a seconda del tipo di intervento statutario: il voto è su un'unica richiesta in caso di approvazione dell'intero Statuto; il voto è articolato in una pluralità di quesiti, redatti dalla Consulta di garanzia statutaria (art. 69), qualora "si tratti di modifiche relative a più argomenti". Questa disposizione sembra ammettere, come pare scontato fare e come del resto riconosce la stessa Corte costituzionale ⁽⁵⁾, revisioni totali e revisioni parziali della fonte statutaria.

Una simile eventualità rileva anche ai fini dell'abrogazione dello Statuto, dato che quest'ultima ipotesi è ammessa "solo se è accompagnata da un nuovo Statuto che lo sostituisce secondo le norme costituzionali" (art. 73, ultimo comma). Questa norma, al di là della sua pessima formulazione, sembra escludere un'abrogazione totale per mezzo di una revisione parziale. Ma si tratta di una lettura spuria, sia perché pretende di attribuire al nuovo Statuto una forza formale maggiore di quella che la Costituzione assegna alla potestà statutaria; sia perché nella Costituzione non risulta predeterminato in maniera tassativa il contenuto dello Statuto ⁽⁶⁾, sicché risulta quantomeno arbitrario e-

cominciando di nuovo a decorrere "dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della decisione della Corte costituzionale" (art. 11). In caso di dichiarazione di illegittimità parziale è previsto che il Consiglio regionale deliberi sui "provvedimenti consequenziali" e che "qualora il Consiglio deliberi di apportare modifiche non derivanti da esigenze di mero coordinamento testuale o formale, la deliberazione legislativa di modifica si considera nuova legge", da approvare e pubblicare secondo il procedimento previsto dall'art. 123 Cost. L'impugnativa governativa e la successiva sentenza della Corte costituzionale (sent. n. 379 del 2004) hanno reso concreta l'ipotesi legislativa: di fatto il Consiglio regionale ha ritenuto la parziale declaratoria di illegittimità relativa alla disposizione sulla incompatibilità tra Consigliere e Assessore (l'unica caducata dalla Corte costituzionale) tale da non determinare una nuova deliberazione ma solo un intervento di coordinamento formale al testo già approvato. Sicché, applicando l'art. 11 della legge regionale n. 29 del 2000, il nuovo Statuto è entrato in vigore il 15 marzo 2005 (dopo la scadenza della legislatura e poco prima delle elezioni regionali del 4 aprile 2005).

(5) Cfr. Corte cost. sent. n. 304 del 2002, che ha ammesso la possibilità di approvare delibere statutarie parziali, nonostante la diversa tesi sostenuta dall'Avvocatura dello Stato nel ricorso avverso la "delibera stralcio" della Regione Marche.

(6) Non è un caso che in dottrina si continua a distinguere tra contenuto necessario e contenuto eventuale dello Statuto regionale. Anche la Corte costituzionale sembra essersi attestata su questa linea. Nelle decisioni rese sui nuovi Statuti di Toscana, Emilia-Romagna, Umbria il giudice costituzionale ha chiaramente distinto all'interno dello Statuto regionale tra disposizioni relative a "principi o finalità generali" e disposi-

scludere che una successiva delibera statutaria che disciplini il contenuto (minimo) fissato dalla Costituzione non sia in grado di sostituirsi *in toto* al precedente testo.

Resta, ciò nonostante, da chiedersi se lo Statuto o altra fonte regionale, tra cui soprattutto il regolamento del Consiglio regionale, possano dettare norme integrative di quelle costituzionali sul procedimento di approvazione dello Statuto. L'eventuale risposta positiva dovrebbe, però, affrontare il problema dei limiti del potere statutario o regolamentare di integrazione. Detto altrimenti: potrebbe la Regione modificare la disciplina del procedimento di approvazione dello Statuto? Un argomento utilizzabile a questo riguardo potrebbe essere quello che fa leva sul plusvalore formale proprio delle norme sui procedimenti di produzione normativa, le quali godrebbero di una forza passiva maggiore degli atti che sono abilitati a porre in essere. Nel nostro caso lo Statuto non potrebbe derogare all'art. 123 Cost., ma dovrebbe eseguire tassativamente quanto in esso stabilito. In realtà, un diverso modo di argomentare potrebbe far ritenere, in parallelo a quanto si è sostenuto con riferimento all'art. 138 Cost. (come "limite logico" alla revisione costituzionale), che integrazioni e modifiche sono ammissibili purché restino fermi i principi di fondo che la norma stessa intende far salvi ⁽⁷⁾. Nel caso dell'art. 123 Cost. sicuramente la duplice deliberazione, la pausa di riflessione, la maggioranza qualificata in entrambe le deliberazioni, l'eventuale ricorso al popolo, il controllo di legittimità costituzionale. Non dovrebbero ritenersi contrarie all'art. 123 Cost., quindi, le norme regionali che limitassero la seconda deliberazione all'approvazione dell'intero articolato senza la previa approvazione articolo per articolo, oppure quelle che prevedessero, come lo Statuto emiliano-romagnolo, la partecipazione al procedimento di altri organi (come il Consiglio delle autonomie locali).

zioni di carattere organizzativo, negando alle prime – a differenza delle seconde – qualsiasi carattere giuridico, nel riconoscere che esse "esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma non certo normativa". Cfr. sentt. nn. 372, 378 e 379 del 2004.

(7) Cfr. A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2004, p. 91.

Dal punto di vista del sistema delle fonti, lo Statuto emiliano-romagnolo conferma che tra Statuto e legge e, più in genere, tra Statuto e altre fonti regionali esiste un rapporto di gerarchia: in questo senso non è solo il dato logico-formale, in base al quale lo Statuto è, innanzitutto, la norma sulla produzione degli altri atti fonte del diritto regionale. Vi depongono, altresì, le norme statutarie che prevedono espressamente l'esercizio di poteri normativi regionali "in conformità dello Statuto" ⁽⁸⁾, nonché quelle che affidano al nuovo organo denominato "Consulta di garanzia statutaria" il compito di esprimere "pareri di conformità allo Statuto delle leggi e dei regolamenti regionali" ⁽⁹⁾.

3. La legge regionale e il procedimento legislativo. a) L'iniziativa

La legge regionale costituisce nel sistema delle fonti regionali l'atto primario per eccellenza. In piena attuazione all'art. 121 della Costituzione, l'art. 27 comma 1 dello Statuto emiliano-romagnolo prevede che al Consiglio regionale, denominato "Assemblea legislativa della Regione", spetti "in esclusiva la potestà legislativa regionale". Lo Statuto rimarca la funzione della legge regionale quando disciplina il regime degli atti normativi primari e secondari: la potestà legislativa "è riservata all'Assemblea e non è delegabile"; la Giunta regionale "approva i regolamenti nei casi previsti dalla legge regionale" (art. 49, commi 1 e 2). Queste disposizioni nel declinare il principio di gerarchia tra legge e regolamento nell'ordinamento regionale, stabiliscono anche il contenuto del principio di legalità, da intendersi sia come preferenza di legge, sia come legalità in senso sostanziale (cfr. *infra* n. 10).

Ne risulta con ciò confermato che la legge regionale è fonte del diritto a competenza generale, ossia estesa all'insieme delle materie attribuite alla Regione dalla Costituzione, come del re-

(8) Vedi, con riferimento specifico al rapporto tra legge e Statuto, l'art. 28, comma 4.

(9) Art. 69, comma 1, lett. c). Sul valore giuridico dei pareri vedi comunque *infra* paragrafo n 5.

sto conferma apertamente il primo comma dello stesso art. 49, in base al quale “la disciplina delle materie di competenza della Regione è stabilita con legge”. La “non delegabilità” della funzione legislativa – a prescindere da considerazioni di carattere generale – esclude *a priori* qualsiasi possibilità di prevedere nell’ordinamento regionale atti equiparabili alla legge ⁽¹⁰⁾.

La pienezza del potere legislativo dell’Assemblea regionale, per essere apprezzata fino in fondo, deve essere analizzata dal punto di vista procedimentale. Questa indagine è necessaria anche per valutare la corrispondenza tra il modello di decisione politica e l’assetto dei poteri regionali, nonché al fine di stabilire il grado di apertura del processo di deliberazione legislativa.

Il procedimento legislativo regionale si articola nelle consuete fasi della iniziativa, dell’istruttoria, della decisione, dell’integrazione di efficacia normativa.

Nella fase di avvio dell’*iter legis* lo Statuto contempla il potere di iniziativa in maniera selettiva. Differente è la posizione dei Consiglieri regionali da quella di ogni altro soggetto pure legittimato. L’iniziativa, infatti, “appartiene a ciascun Consigliere regionale”, mentre “è riconosciuta alla Giunta regionale, ai Consigli provinciali e ai Consigli comunali, secondo quanto previsto dallo Statuto”; così come “secondo le modalità previste dallo Statuto” è esercitata dagli elettori dell’Emilia-Romagna (art. 50, comma 1). I predicati utilizzati (“appartiene” e “è riconosciuta”), e il richiamo ai limiti statutari (espressamente solo per le iniziative diverse da quella consigliare), dimostrano chiaramente il ruolo privilegiato che lo Statuto attribuisce alle proposte di provenienza consigliare. Per i Consiglieri regionali è espressamente stabilito un “diritto di esercitare, secondo le procedure stabilite dal regolamento, l’iniziativa delle leggi e d’ogni altro atto di competenza dell’assemblea” (art. 30, comma 3).

La Giunta e il Presidente della Regione godono di un mero potere di impulso dell’*iter legis* che non è assistito, almeno

(10) Come vedremo in seguito, questa affermazione sconta un problematico riscontro nella concreta disciplina statutaria. Cfr. paragrafo n. 7.

formalmente, da uno strumento in grado di assicurare all'esecutivo regionale la funzione di "governo in parlamento" ⁽¹¹⁾. Anche l'iniziativa riservata, che pur viene riconosciuta alla Giunta regionale, in materia di legge di bilancio, viene sostanzialmente limitata. La proposta dell'esecutivo si trova stretta, a monte, dagli atti di programmazione finanziaria approvati dall'Assemblea legislativa, e, a valle, dal potere di emendamento del bilancio spettante al Consiglio regionale in sede di approvazione finale ⁽¹²⁾.

Le misure restrittive del potere di iniziativa dell'esecutivo trovano conferma nella previsione secondo la quale "la Giunta regionale, oltre alle facoltà che le spettano quale soggetto di iniziativa, esprime pareri sugli emendamenti" (art. 31, c. 1, lett. c)): disposizione questa che non si capisce bene se preveda una facoltà che si aggiunge al potere di iniziativa – il potere di esprimere pareri sui progetti di legge in discussione nell'assemblea legislativa dovrebbe comunque ritenersi compreso tra le prerogative dell'esecutivo – o se invece vuole ridurre il potere di emendamento della Giunta alla mera espressione di pareri – cosa questa in contrasto con la previsione del potere di iniziativa, che comprende anche quello di emendamento.

Anche l'iniziativa popolare delle leggi regionali subisce alcuni limiti rilevanti. A dispetto del *favor* previsto nell'ordinamento costituzionale (artt. 71, c. 2, e 123 Cost.), lo Statuto emiliano-romagnolo, pur confermando il *repechage* per i disegni di legge presentati dai cittadini (art. 50, c. 6), correda l'iniziativa legislativa popolare di una serie di limiti, di oggetto e di forma, del tutto inediti (art. 18, c. 4): non è ammessa per la revisione dello Statuto e le leggi tributarie e di bilancio ⁽¹³⁾; co-

(11) Ciò non esclude, ovviamente, che a questo proposito provveda il regolamento dell'Assemblea legislativa.

(12) Cfr. artt. 28, comma 4, lett. a), 46, comma 2, lett. c), e 68, commi 4 e 5.

(13) Limiti analoghi ricorrono anche nell'art. 15 St. Puglia. L'art. 10 St. Liguria è il più espansivo nell'escludere l'ordinamento degli organi e degli uffici regionali, bilancio, tributi, finanze, vincoli paesaggistici ed ambientali, accordi e intese internazionali della Regione e attuazione delle normative comunitarie. Nessun limite c'è nelle Regioni Calabria (artt. 10 e 39), Lazio (art. 60), Toscana (art. 74), Umbria (art. 35).

sì come non può essere esercitata “nei sei mesi antecedenti la scadenza dell’Assemblea legislativa” ⁽¹⁴⁾. Per le proposte popolari (insieme alle decisioni referendarie) lo Statuto prevede l’intervento della Consulta di garanzia statutaria nell’esercizio dei suoi poteri di controllo disciplinati dalla legge regionale in materia di iniziativa popolare e di referendum ⁽¹⁵⁾.

Un discorso a parte merita l’iniziativa legislativa su impulso delle autonomie locali. A questo riguardo lo Statuto chiaramente contempla tra i titolari del relativo potere i Consigli comunali e provinciali (art. 50); mentre non altrettanto dispone quanto al Consiglio delle autonomie locali (CAL) ⁽¹⁶⁾. È vero che durante i lavori preparatori il Consiglio regionale ha eliminato, dal progetto presentato dagli enti locali, il riferimento ai “poteri di iniziativa” accanto al potere di “proposta” e di presentare “pareri” che risultano oggi affidati al CAL (art. 23, c. 2). Ma né questo fatto, né nessuna esplicita disposizione sembrano escludere la diversa soluzione. Anzi, argomenti di carattere logico ⁽¹⁷⁾ e sistematico ⁽¹⁸⁾ sembrano far propendere per una lettura estensiva dell’art. 50, nel senso di ritenere ammissibili anche iniziative

(14) Questa disposizione limita l’iniziativa popolare solo in nome di esigenze organizzative, quali quelle prescritte per la loro presa in esame. Se l’assemblea non si è pronunciata nei sei successivi alla presentazione del progetto di legge di iniziativa popolare, quest’ultimo è posto “al primo punto dell’ordine del giorno della prima seduta utile”, e “l’assemblea decide nel merito entro i successivi dodici mesi”.

(15) Cfr. legge regionale n. 34 del 1999 recante testo unico in materia di iniziativa popolare e referendum. Tale disciplina dovrà però essere adeguata alle nuove norme statutarie proprio per quanto concerne il ruolo dell’organo di controllo delle iniziative legislative e referendarie (nel testo è previsto l’intervento dell’Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale in sede di esame di regolarità delle proposte popolari e referendarie e della Commissione per i procedimenti referendari e d’iniziativa popolare per la verifica di ammissibilità delle stesse).

(16) A differenza di quanto invece prevedono altri Statuti regionali già approvati: art. 39 St. Calabria; art. 37 St. Lazio; art. 67 St. Liguria; art. 35 St. Umbria.

(17) Sarebbe illogico prevedere l’iniziativa legislativa per Comuni e Province e escluderla per il CAL che è organo “di consultazione fra la Regione e gli enti locali” secondo l’art. 123, u.c., Cost.

(18) Si rifletta sul fatto che l’art. 8, c. 2, prevede il concorso degli enti locali “all’attività legislativa” regionale; e che l’art. 24, c. 3, stabilisce che detti enti concorrano e partecipino “alla formazione delle scelte legislative [...] anche per il tramite del Consiglio delle autonomie locali”. Del resto l’art. 23, c. 2, prevede espressamente che il CAL partecipi “ai processi decisionali della Regione riguardanti il sistema delle autonomie locali, mediante proposte [...]”.

legislative del CAL.

4. Segue. b) *L'istruttoria legislativa e la democrazia partecipativa*

Maggiori aperture sembra riservare all'esperienza concreta la disciplina statutaria dell'istruttoria. Il progetto di legge, redatto in articoli, è assegnato dal Presidente dell'Assemblea alla Commissione consigliare competente per materia (individuata secondo il criterio del "contenuto prevalente", art. 50, c. 3).

Lo Statuto prevede due novità degne di rilievo: la nomina del relatore di maggioranza (proposta dal Presidente della Commissione "immediatamente") e eventualmente quella di un relatore di minoranza (su richiesta di un quinto dei Consiglieri assegnati); la pubblicazione e la diffusione dei progetti di legge per consentire la partecipazione al procedimento.

Il relatore ha il compito d'istruire e seguire l'*iter* complessivo del progetto di legge assegnato, e "per l'esercizio delle sue funzioni" il regolamento consigliare "definisce i mezzi e gli strumenti" (art. 51, c. 3 e 4). Il relatore di minoranza dovrebbe assicurare un'adeguata tutela all'opposizione nel corso dell'*iter legis*, anche se lo Statuto parla piuttosto di opposizioni al plurale e, in ogni caso, anche se il reale atteggiarsi della funzione oppositoria è rimesso alla disciplina regolamentare.

La pubblicazione e la diffusione delle iniziative ha lo scopo di consentire la "consultazione" e la "partecipazione popolare" (art. 51, c. 5). Questa previsione è degna della massima attenzione, soprattutto perché dovrebbe rendere possibili le forme di partecipazione democratica che lo Statuto prevede in relazione ai diversi processi decisionali regionali.

Fin dal Preambolo, infatti, lo Statuto regionale affida alla Regione il compito di promuovere "la democrazia partecipata"; di favorire "forme di democrazia partecipata alle scelte delle istituzioni regionali e locali, garantendo adeguate modalità di informazione e di consultazione" (art. 7, c. 1, lett. a)). Questi principi sono corredati dalla previsione per i residenti, singoli e

associati, di un “diritto all’informazione [...] sull’attività politica, legislativa ed amministrativa regionale” (art. 14); nonché dei diritti di partecipazione previsti dal Titolo II dello Statuto a favore di “tutti coloro che risiedono in un comune del territorio regionale”.

Il modello regionale di democrazia partecipata si articola in poteri immediati e poteri mediati. Tra i primi, oltre all’iniziativa legislativa (art. 18), alla petizione e al potere di interrogazione popolare (art. 16), rientra la facoltà per “qualunque soggetto portatore di interessi generali o privati” e per “i portatori di interessi diffusi in forma associata” di intervenire nel procedimento di formazione di un atto regionale dal quale possa derivarne un pregiudizio, “secondo le modalità stabilite dallo Statuto e dalle leggi regionali”. Proprio questa previsione sembra collegarsi immediatamente alla norma relativa alla pubblicità del progetto legislativo assegnato in commissione. Come è evidente, però, l’ampiezza della formula, sia sul versante soggettivo (laddove chiama in causa interessi pubblici, interessi diffusi e interessi privati) sia su quello oggettivo (si parla genericamente di atti regionali, dai quali possa derivare un non altrimenti qualificato “pregiudizio”), può aprire alle più differenti versioni in sede di attuazione legislativa. Tanto che si può ritenere quella prescrizione, ad un tempo, e una vuota formula e un’ingombrante strumento che può causare solo problematiche *impasses* procedurali.

La Regione può sollecitare la partecipazione dei soggetti indicati nel Titolo II dello Statuto attraverso gli istituti della consultazione (art. 19) e delle udienze conoscitive (art. 39), entrambi utilizzabili sia per la formazione di leggi regionali, sia per l’adozione di atti amministrativi generali o provvedimenti politico-programmatici generali.

La consultazione riguarda esclusivamente le associazioni che richiedano di partecipare all’attività regionale: deve trattarsi di associazioni che perseguano “scopi di interesse generale”, e perciò inserite in un “albo generale, articolato per singole commissioni assembleari”. Le modalità della consultazione vengono stabilite attraverso un “protocollo di consultazione”

che “costituisce parte integrante del regolamento dell’Assemblea”: in tal modo “ogni commissione, sulla base del protocollo di consultazione, decide sulle modalità di informazione alle associazioni interessate e di recepimento delle loro osservazioni e proposte, oltre che dell’eventuale convocazione di udienze conoscitive” (art. 19).

Le udienze conoscitive, invece, sono indette dalle commissioni consiliari, nell’ambito del generale potere di consultazione delle “rappresentanze della società civile” e di acquisizione di “apporti di enti ed associazioni”, *in primis* “per leggi e atti amministrativi rilevanti” e, *in secundis*, “in merito alla designazione per le nomine di competenza della Giunta, del Presidente o dell’Assemblea legislativa” (art. 39, c. 1).

Un discorso a parte merita infine l’istruttoria pubblica (art. 17), esperibile nei procedimenti per la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, prima dell’adozione del provvedimento finale. L’istruttoria pubblica è indetta su iniziativa dell’Assemblea legislativa, anche su impulso di 5000 persone, e si svolge in forma di pubblico contraddittorio, con la partecipazione di Consiglieri, della Giunta regionale, di associazioni, gruppi di cittadini portatori di un interesse di carattere non individuale.

Il procedimento legislativo si svolge di regola in sede referente (art. 51) ⁽¹⁹⁾: l’esame in Commissione è seguito da quello in Assemblea, la quale approva il progetto articolo per articolo e con votazione finale. Ma l’Assemblea, “considerata la particolare natura del provvedimento”, può decidere di ricorrere al procedimento in sede redigente, demandando alla Commissione

(19) L’attività del Consiglio è organizzata in Commissioni permanenti (art. 28, c. 5, e 38) e Commissioni costituite *ad hoc* (art. 40). Tra le Commissioni permanenti, lo Statuto istituisce espressamente la Commissione bilancio, affari generali e istituzionali, la cui presidenza è assicurata a un Consigliere di opposizione. Le Commissioni svolgono una “funzione preparatoria”, in sede referente e redigente, in riferimento a leggi e regolamenti regionali, nonché di provvedimenti amministrativi di competenza dell’Assemblea. (art. 38, c. 5). Tra le Commissioni *ad hoc* vanno ricordate le Commissioni d’inchiesta, le Commissioni di ricerca e di studio (istituite dall’Assemblea sulla base del regolamento interno, art. 39), la Commissione per le pari opportunità tra donne e uomini (istituite con legge regionale, presso l’Assemblea legislativa, art. 41).

di approvare il testo articolo per articolo, ferma comunque l'approvazione finale dell'intero progetto da parte dell'aula⁽²⁰⁾. Il procedimento normale è prescritto in sei casi tassativi: per i progetti di legge concernenti gli organi della Regione istituiti dallo Statuto, la materia elettorale, gli istituti di iniziativa popolare, i referendum, i rapporti con gli enti locali, i bilanci e consuntivi (art. 51, c. 3).

Lo Statuto non prevede procedimenti decentrati per l'approvazione di leggi e di regolamenti regionali; infatti ammette che le Commissioni possano assumere, "su determinazione dell'Assemblea, a maggioranza qualificata, poteri deliberanti" ma solo su *altri* atti di competenza dell'Assemblea (art. 38, c. 6): atti regionali non normativi. Rimessa al regolamento del Consiglio regionale è, infine, la disciplina di procedimenti abbreviati per i progetti dei quali è dichiarata l'urgenza (art. 51, c. 4 e 5).

Un notevole elemento di complicazione della funzionalità dell'attività delle Commissioni è dato dalla previsione che collega la presenza in Commissione di tutti i gruppi consiliari (art. 38, c. 3) e la norma che ammette la costituzione di gruppi consiliari unipersonali (art. 36, c. 2); nonché dalla disposizione che stabilisce in via generale che "tutti i Consiglieri regionali possono partecipare con diritto di parola, di proposta e di emendamento al lavoro delle Commissioni permanenti" (art. 38, c. 4), specie se dovesse essere intesa come diritto di tutti a partecipare in tutte le Commissioni.

5. Segue. c) *L'approvazione, la promulgazione e la pubblicazione della legge. La valutazione di impatto delle leggi*

Le deliberazioni dell'Assemblea sono, di regola, assunte a maggioranza semplice, nel rispetto del numero legale (art. 27,

(20) La referente può essere esclusa con il voto della maggioranza assoluta dei componenti del Consiglio regionale; così come "in ogni momento, e fino all'esame conclusivo in commissione" un decimo dei Consiglieri e la Giunta regionale possono chiedere il procedimento in sede referente.

c. 5).

Lo Statuto prevede alcune rilevanti eccezioni, nelle quali è prescritta la maggioranza qualificata. In particolare l'Assemblea decide a maggioranza assoluta dei componenti, ad esempio, per approvare i regolamenti interni (art. 27, c. 4); per superare il parere contrario del Consiglio delle autonomie locali nei casi previsti dallo Statuto (art. 23, c. 5); per derogare alle regole della promulgazione entro 10 giorni dall'approvazione (art. 52, c. 2); per approvare la sfiducia al Presidente della Regione (art. 32). Nei primi due casi, trattandosi di atti normativi, lo Statuto prevede dunque procedimenti speciali di deliberazione, che – come si dirà più avanti – incidono sulla forza formale dei rispettivi atti, con conseguenze sul sistema delle fonti regionali.

Lo Statuto emiliano-romagnolo, a differenza ad esempio di quello toscano ⁽²¹⁾, non prevede che le leggi siano motivate; salvo stabilire, come nel caso di approvazione di progetti di legge in difformità dal parere del Consiglio delle autonomie locali, l'obbligo per l'Assemblea di deliberare un ordine del giorno (art. 23, c. 4), che ha proprio lo scopo di giustificare la decisione difforme assunta dall'aula.

Per le leggi regionali (come per i regolamenti) lo Statuto affida alla Consulta di garanzia statutaria l'importante compito di esprimere "pareri di conformità allo Statuto", secondo la disciplina (quanto ai "casi", ai "modi" e alle "forme") dettata dal regolamento dell'Assemblea regionale. Si tratta, come pare evidente, di un potere di controllo di legittimità degli atti fonte regionali che presenta caratteristiche *sui generis*, dato che non ha affatto natura surrogatoria del sindacato di costituzionalità delle leggi, ma di garanzia del corretto esercizio dei poteri deliberativi regionali mediante riesame delle decisioni degli organi regionali. A differenza di altre previsioni statutarie, che collegano i pareri degli organi di garanzia statutaria alle proposte di legge, la norma contenuta nella carta emiliano-romagnola parla espressamente di "leggi" e di "regolamenti". Il nodo che una si-

(21) Cfr. Statuto della Regione Toscana, art. 39, c. 2.

mile disposizione consegna alla fase di attuazione statutaria sarà quello di stabilire se il potere di controllo della Consulta vada collocato a monte o a valle della deliberazione legislativa (ma prima della promulgazione e della pubblicazione: la previsione statutaria sembra comunque alludere a un potere di controllo di carattere endoprocedimentale). In buona sostanza, i pareri della Consulta possono essere richiesti in sede di istruttoria legislativa oppure dopo l'approvazione del testo da parte dell'Assemblea? La seconda soluzione sembra più coerente con la funzione di garanzia statutaria, dato che la pienezza del giudizio di conformità può esercitarsi solo con riferimento a atti legislativi (e regolamentari) perfetti (anche se non ancora efficaci) e non semplicemente *in fieri*. Se questa fosse la soluzione prescelta, però, avrebbe modo di riproporsi il dubbio che il governo ha rilevato in sede di impugnazione dello Statuto della Regione Umbria: può lo Statuto istituire un procedimento di controllo analogo o comunque simile al sindacato di costituzionalità delle leggi riservato al giudice delle leggi? Sappiamo che la Corte ha rigettato l'impugnativa statale in considerazione della previsione statutaria di rinvio alla legge regionale quanto alla disciplina delle condizioni, delle forme e dei termini per lo svolgimento delle funzioni dell'organo di garanzia regionale. Ma questo profilo non significa che le Regioni non possano prevedere un simile potere di controllo, né che esso possa essere posto a valle del procedimento deliberativo: la sent. n. 378 del 2004, infatti, dà rilievo soprattutto alla natura consultiva dei poteri dell'organo di garanzia, per ammettere la legittimità di poteri di controllo diretti a suscitare – a tutto concedere – una nuova deliberazione da parte dell'assemblea legislativa in funzione di riesame della legge sospetta di violazione di norme statutarie. Del resto che questo possa essere al limite la conseguenza del giudizio della Consulta di garanzia chiarisce inequivocabilmente l'art. 69 dello Statuto emiliano-romagnolo, quando dispone che i “pareri della Consulta [...] non determinano alcun obbligo, salvo quello di motivare in caso di dissenso rispetto al parere espresso”. L'obbligo di motivare in dissenso, d'altro canto, non impatta con alcuna norma costituzionale –

come voleva farci credere il ricorso statale avverso l'analoga disposizione contenuta nello Statuto della Regione Abruzzo, disposizione poi sostituita nelle more del giudizio di costituzionalità – perché non si vede quale *vulnus* alle attribuzioni del Consiglio regionale possa aversi da parte di una previsione che, invece, sembra ispirata piuttosto al principio della separazione dei poteri in funzione di reciproco controllo.

Le leggi regionali sono promulgate dal Presidente della Regione, di regola entro dieci giorni dall'approvazione (art. 43, c. 1, e 52) ⁽²²⁾. Le leggi sono quindi pubblicate sul Bollettino ufficiale della Regione, e entrano in vigore dopo un periodo di 15 giorni di *vacatio legis*, salvo che la legge non disponga diversamente (art. 55).

Di particolare interesse per la razionalità dei processi di deliberazione legislativa sono le disposizioni statutarie in materia di valutazione dell'impatto delle leggi nell'ordinamento regionale e di *drafting* legislativo. L'art 53 rimette alla legge e al regolamento consigliare la disciplina di "procedure, modalità e strumenti per la valutazione preventiva della qualità e dell'impatto delle leggi", nonché di "forme di monitoraggio sugli effetti e sui risultati conseguiti nella loro applicazione, in rapporto alle finalità perseguite" ⁽²³⁾. Questa previsione si collega al generale dovere gravante sull'Assemblea di controllare "sull'attuazione delle leggi" e di promuovere "la valutazione degli effetti delle politiche regionali, al fine di verificarne i risultati" (art. 28, c. 3), nonché al compito istituzionale della Giunta regionale di "attuare le leggi, le decisioni e gli indirizzi approvati dall'Assemblea" (art. 46, c. 2, lett. a)). La norma statutaria, in più, prevede che "clausole valutative" e, cioè, criteri di valutazione siano inseriti eventualmente nel testo delle leggi,

(22) Lo Statuto è talmente tanto scrupoloso da fissare anche la formula della promulgazione: "L'Assemblea legislativa regionale ha approvato. Il Presidente della Regione promulga", disponendo che segua il testo della legge seguito dalla formula relativa alla pubblicazione e all'obbligatorietà (art. 52).

(23) Con formula ripetitiva il comma 3 dello stesso art. 53 ribadisce che il regolamento consigliare definisca procedure, modalità e strumenti sull'impatto delle leggi, aggiungendo il coinvolgimento delle Commissioni permanenti e della Commissione pari opportunità donne e uomini.

indicando “anche gli oneri informativi posti a carico dei soggetti attuatori” ⁽²⁴⁾. Una via per concretizzare queste regole potrebbe essere quella di individuare organismi analoghi al Comitato per la legislazione introdotto nel regolamento della Camera dei deputati nel 1997. In questo senso, potrebbero essere valorizzati i poteri di consultivi della Consulta di garanzia statutaria.

Con riferimento alla legislazione esistente, come si vedrà più avanti, il compito di razionalizzare è affidato a un rimedio che interviene *post eventum*, qual è lo strumento del testo unico: ad esso quasi tutte le Regioni hanno fatto ricorso nei nuovi Statuti regionali, quale soluzione privilegiata contro l’ipertrofia legislativa.

6. *Le cd. fonti legislative specializzate*

Con questa formula descrittiva mi riferisco agli atti legislativi per i quali lo Statuto emiliano-romagnolo prevede o un procedimento atipico rispetto a quello ordinario previsto per l’approvazione di una legge regionale, o la disciplina in via esclusiva di una determinata materia. Restano fuori tutti i casi in cui lo Statuto stabilisce una riserva di regolamento di autonomia in relazione ai diversi organi di rilievo statutario (su cui *infra* n. 9).

Fonti di diritto specializzate sono le leggi regionali che si formano sulla base del concorso della volontà della Regione e degli enti locali rappresentati dal Consiglio delle autonomie locali. Lo Statuto regionale ha accolto, su proposta del mondo delle autonomie, in un apposito titolo (il Titolo III) la disciplina dei rapporti tra Regione e enti locali. Nelle relazioni interordinamentali, il Consiglio delle autonomie locali (CAL) viene configurato come organo di “rappresentanza, consultazione e coordinamento tra la Regione e gli enti locali”. Al CAL viene attribuito un diritto di partecipazione “ai processi decisionali

(24) Disposizioni fotocopia si ritrovano anche nello Statuto toscano all’art. 45.

della Regione riguardanti il sistema delle autonomie locali, mediante proposte e pareri nei modi e nelle forme previsti dallo Statuto e dalle leggi”.

Senza arrivare a configurare un organo di codecisione, lo Statuto dell'Emilia-Romagna valorizza al massimo grado il potere di partecipazione attraverso il CAL degli enti locali ai procedimenti decisionali regionali ⁽²⁵⁾. In particolare, indicate le materie nelle quali è previsto che il CAL formuli pareri di carattere obbligatorio ⁽²⁶⁾, la norma statutaria prevede che di regola l'approvazione di progetti di legge in difformità al parere del CAL sia accompagnata dalla contestuale deliberazione di un ordine del giorno da trasmettere al CAL medesimo. Ma quando si tratti di pareri resi su progetti di legge concernenti l'organizzazione e il funzionamento del CAL, nonché su progetti di legge di conferimento e disciplina delle funzioni amministrative degli enti locali, l'art. 23 prescrive che l'Assemblea legislativa regionale deliberi a maggioranza assoluta qualora il CAL abbia espresso parere contrario. La legge regionale, in questo caso, si presenta come “fonte specializzata” sia perché l'*iter legis* richiede l'acquisizione necessaria del parere delle autonomie locali rappresentate nel CAL, sia perché l'eventuale approvazione del testo in dissenso rispetto alle risultanze del parere richiede l'aggravamento procedurale della maggioranza qualificata nella deliberazione finale. Leggi siffatte, di conseguenza, hanno una forza passiva rinforzata, nel senso che resistono all'abrogazione da parte di leggi successive che non abbiano seguito il medesimo procedimento deliberativo ⁽²⁷⁾.

(25) Disposizioni analoghe si possono ritrovare anche in altri Statuti regionali già approvati: art. 67, c. 4, St. Lazio; art. 71, c. 3, St. Abruzzo; art. 68, c. 2, St. Liguria; art. 71, c. 3, St. Marche; art. 29, c. 2, St. Liguria. L'art. 66, c. 5, St. Toscana si limita a prevedere l'obbligo di motivazione delle decisioni del Consiglio regionale che disattendono il parere del CAL.

(26) Sono: lo Statuto e le relative modificazioni, le norme relative al CAL, i piani e i programmi coinvolgenti l'attività degli enti locali, la disciplina del coordinamento del sistema tributario e finanziario e le linee della legge di bilancio, il conferimento e la disciplina delle funzioni amministrative agli enti locali.

(27) Ovviamente nessuna differenza di carattere formale v'è tra una legge approvata ai sensi dell'art. 23 a maggioranza assoluta (in dissenso rispetto al parere del CAL) e una legge approvata nella stessa materia a maggioranza semplice (in linea con il pare-

Leggi specializzate, però, sono anche quelle leggi regionali chiamate a intervenire nella disciplina di materie particolari o destinate a scopi particolari. In questo gruppo vanno annoverate: le leggi regionali di attuazione e esecuzione degli atti dell'Unione europea, che devono essere deliberate – in linea con l'art. 117, comma 5, Cost. – “nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato” (art. 12, c. 1, lett. *b*)); la legge comunitaria regionale, ossia l'atto legislativo mediante il quale la Regione provvede al “periodico recepimento delle direttive e degli altri atti normativi comunitari che richiedono un intervento legislativo” (art. 12, c. 1, lett. *d*)).

Di dubbia classificazione sono gli atti contemplati nell'art. 13 in riferimento all'attività di rilievo internazionale della Regione. La norma prevede che la Regione provveda direttamente all'esecuzione e all'attuazione di accordi internazionali stipulati dallo stato nel rispetto delle norme di procedura previste dalla legge; nonché un complesso procedimento per la ratifica, da parte dell'Assemblea legislativa, su proposta della Giunta regionale “che informa il Consiglio fin dalla attivazione della procedura”, degli “accordi con Stati esteri” e delle “intese con enti territoriali interni ad altro Stato, deliberati dalla Giunta e sottoscritti dal Presidente della Regione o dall'Assessore da lui delegato”, accordi e intese la cui efficacia decorre dalla data della ratifica e che vengono stipulati nei casi e nelle forme disciplinati da leggi dello Stato. Se tanto l'esecuzione e l'attuazione regionale degli accordi internazionali dello Stato quanto le ratifiche di accordi e intese di competenza della Regione fossero deliberati con legge regionale, i relativi atti potrebbero annoverarsi tra le leggi specializzate, in ragione del contenuto specifico che ad esse è assegnato dallo Statuto. Tali atti, inoltre, presenterebbero elementi di specialità anche per un altro aspetto, dovendo tener conto anche delle prescrizioni di legge statale.

Espressione di una fonte specializzata dovrebbe essere anche la legislazione regionale in materia di coordinamento tributario

re del CAL).

e finanziario. Il condizionale è d'obbligo però: lo Statuto, infatti, parla espressamente di una simile disciplina nell'art. 23, c. 3, lett. d), nell'elencare gli atti per i quali è prescritto il parere del CAL; ma nessuna indicazione specifica si ritrova nel Titolo VII, dedicato alla finanza, al bilancio e alla contabilità regionali.

Si tratta – come emerge dai lavori preparatori – di un evidente difetto di raccordo in sede di redazione finale. Deve ritenersi, pur tuttavia, che una potestà regionale di coordinamento tributario e finanziario in riferimento alle politiche di entrata e di spesa regionali e locali discenda dalla previsione espressa contenuta nell'art. 117, comma 3, Cost. che affida alla competenza concorrente la materia “armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”. Come ho cercato di argomentare in altra sede ⁽²⁸⁾, proprio i nuovi principi in materia di sistema tributario e finanziario della Repubblica giustificano la configurazione di almeno due livelli di coordinamento: quello nazionale, previsto dall'art. 119, comma 2, Cost., destinato a stabilire i principi generali della finanza pubblica e del sistema tributario della Repubblica come ordinamento generale; e quello regionale, affidato alla legge regionale, in relazione ai livelli di governo di dimensione regionale e infraregionale. Del resto, una specifica funzione di coordinamento regionale si giustifica anche e soprattutto in ragione dell'integrazione tra il livello regionale e locale di governo che si realizza per effetto della disciplina del conferimento delle funzioni amministrative locali sulla base del principio di sussidiarietà.

Per ragioni simili, nello Statuto dell'Emilia-Romagna le autonomie locali hanno voluto che nelle norme concernenti i loro rapporti con la Regione vi fosse espressamente il potere del Consiglio delle autonomie locali di intervenire con propri pareri obbligatori ma non vincolanti nelle decisioni regionali relative al coordinamento tributario e finanziario. Una simile funzione di coordinamento regionale, coessenziale alla Regione come

(28) A. MORRONE, *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica*, Bologna, 2004; nonché ID., *Il regime dei trasferimenti finanziari statali. La Regione come ente di governo e di coordinamento finanziario*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 652 ss.

ente di governo del sistema delle autonomie locali, dovrà – preferibilmente – essere formalizzata in una legge *ad hoc*. Ma nulla esclude – e del resto la prassi a livello nazionale sembra confermare questa anomala tendenza – che disposizioni di coordinamento siano contenute nella manovra annuale di bilancio. In ogni caso, però, le previsioni di coordinamento tributario e finanziario dovrebbero disporre di una forza formale in grado di vincolare i successivi atti legislativi della Regione (quali, ad esempio le specifiche leggi tributarie e di spesa regionali) ⁽²⁹⁾.

7. La problematica degli atti aventi forza di legge regionale. I testi unici regionali

Lo Statuto regionale dell'Emilia-Romagna non prevede atti della Regione aventi forza di legge analoghi a quelli che gli artt. 76 e 77 della Costituzione attribuiscono alla potestà del governo. La carta regionale, si è visto, affida l'esercizio della funzione legislativa in via esclusiva al Consiglio regionale, prevede la non delegabilità di essa, e disciplina l'esercizio della potestà regolamentare della Giunta regionale nei casi previsti dalla legge regionale.

Con ciò, sia ben inteso, non può dirsi esaurita la questione della configurabilità di atti equiparati alla legge nell'ordinamento regionale. Com'è noto questo tema è alquanto controverso sul piano teorico, anche se la tesi prevalente tende a escludere l'ammissibilità di decreti-legge o decreti legislativi regionali in virtù del principio sul *numerus clausus* delle fonti di rango primario ⁽³⁰⁾. Si deve tuttavia rilevare, alla luce di quanto si è detto in precedenza, che la stessa presenza di atti

(29) Un simile modo di ragionare si ritrova chiaramente nell'esperienza dell'ordinamento federale tedesco, nell'ambito del quale la legge di coordinamento tributario e finanziario viene considerata una legge contenente criteri vincolanti la successiva attività di normazione e concretizzazione (cd. *Maßstäbesgesetz*). Cfr. BVerfGE, 11 settembre 1999, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3571 ss.

(30) Dopo aver introdotto questo tema nel dibattito, vi ritorna, di recente, B. CARAVITA, *L'autonomia statutaria*, in *Le Regioni*, 2004, 2/3, p. 323 ss.

fonte di rango legislativo aventi una forza formale atipica metta comunque in discussione il principio di tassatività degli atti fonte primari dell'ordinamento. Le fonti specializzate, in definitiva, ripropongono in termini differenti il tema dei limiti alla potestà statutaria, con specifico riferimento alla possibilità di istituire fonti del diritto diverse da quelle astrattamente previste dalla Costituzione. Ciò conferma che la riflessione su questo specifico punto si sia svolta in maniera piuttosto ideologica, e che forse sarebbe opportuno procedere a una più approfondita meditazione dell'intera problematica. Sta di fatto, tuttavia, che l'accettazione non controversa di questa categoria di atti normativi, a differenza di quanto è avvenuto per gli atti aventi forza di legge della Giunta regionale, testimonia dell'esistenza di un pregiudizio teorico e pratico che sussiste nei confronti degli atti normativi dell'esecutivo regionale e, per converso, del *favor* che assiste la produzione normativa di competenza del Consiglio regionale, qualunque sia la forza formale che ai relativi atti lo Statuto attribuisca.

Il confine tra fonte tipica e fonte atipica è dunque molto sottile. Proprio sul crinale tra legge e atti aventi forza di legge si collocano, ad esempio, le previsioni statutarie dirette a prefigurare testi unici. Tali atti, si sa, costituiscono una categoria alquanto incerta sia sul piano teorico che su quello empirico, non essendo ancora chiaro il confine esistente tra testo unico di mera compilazione e testo unico innovativo, se non nel senso di ritenere i primi atti ricognitivi di norme e di fonti vigenti e i secondi atti che raccolgono norme sparse novando la fonte di produzione, con la conseguenza che nel primo caso è sufficiente una mera autorizzazione del Parlamento e nel secondo è necessaria una legge di delegazione legislativa.

Si è detto, di recente ⁽³¹⁾, proprio con riferimento alla scelta di adottare questo strumento nell'ordinamento regionale, che i testi unici sarebbero degli "equivoci", perché non sarebbero in grado di assolvere alla funzione per la quale sono previsti (la

(31) R. BIN, *La nuova autonomia statutaria*, relazione al convegno ISSIRFA, *Regionalismo in bilico*, presentata a Roma il 30 giugno 2004, paragrafo n. 6.

razionalizzazione del diritto vigente). Si tratta, purtroppo, di considerazioni condivisibili. Ma, aggiungo io, vi sono altri motivi che rendono ulteriormente ambiguo questo strumento normativo.

Basta guardare alla disciplina che è contenuta nell'art. 54 dello Statuto emiliano-romagnolo per rendersi conto della difficoltà di qualificare il testo unico regionale. La competenza a riunire e coordinare la legislazione vigente in testi unici spetta all'Assemblea legislativa, sulla scorta di criteri predefiniti: il testo unico deve disciplinare l'intero settore considerato; deve disporre l'abrogazione espressa delle leggi vigenti da razionalizzare; deve ridurre l'area di competenza della legislazione lasciando "alle norme riunificate il compito di determinare discipline generali e direttive" e "attribuendo alla Giunta regionale l'eventuale ulteriore disciplina in forma regolamentare"; possono essere anche testi di carattere misto, contenenti disposizioni legislative e regolamentari; le disposizioni riunite nel testo unico "esprimono il testo vigente del complesso delle norme da esso coordinate"; devono tendere alla semplificazione dei procedimenti disciplinati dalla legislazione vigente.

Molto complesso è il procedimento deliberativo. L'impulso spetta all'Assemblea che direttamente "individua i casi ed avvia le procedure per la definizione del testo unico"; ma l'Assemblea può chiedere alla Giunta di "predisporre il progetto di testo unico". In tal caso con l'accortezza di fissare, per circoscrivere la discrezionalità della Giunta, "le fonti legislative e regolamentari da raccogliere" e il tempo entro il quale provvedere al riordino delle materie. Il testo unico è approvato con legge regionale, attraverso il procedimento in sede redigente (*supra*, n. 3). L'ultimo comma dell'art. 54 stabilisce anche un effetto di prevenzione per il procedimento di redazione del testo unico, nel senso che i procedimenti di modifica dei provvedimenti oggetto del riordino sono sospesi siano all'emanazione del testo unico stesso, o possono essere assunti nel procedimento di unificazione normativa.

I testi unici regionali, dunque, sono formalmente una legge regionale. Una legge per la quale vale di norma il procedimento

in sede redigente: per fare sistema con quanto stabilito in generale sul procedimento di formazione della legge, deve però ritenersi che il testo unico debba seguire la procedura normale, in sede referente, in tutti i casi in cui l'oggetto tocchi una delle materie coperte da riserva di esame e approvazione da parte dell'Assemblea (art. 51, c. 3). Ciò che riduce notevolmente l'ambito di questo strumento di razionalizzazione.

Ma i profili che suscitano maggiore perplessità sono altri. Quelli previsti dall'art. 54 sono testi unici di carattere innovativo: abrogano leggi vigenti e esprimono il testo vigente delle norme coordinate. Nel prevedere che il testo unico possa razionalizzare la legislazione vigente indicando le norme generali della materia e rinviando a regolamenti della Giunta il potere di disciplinare il resto, la norma statutaria sembra prevedere una anomala fattispecie di delegificazione: non si capisce, infatti, se l'abrogazione delle leggi vigenti nelle parti non rilevanti sia disposta direttamente dal testo unico o se a ciò provveda la Giunta con regolamento. In ogni caso, questa disposizione avrebbe previsto una fattispecie regolamentare non indicata in generale tra i regolamenti regionali (cfr. art. 49, c. 2), e comunque non sufficientemente chiara sotto il profilo del rispetto del principio di legalità dell'amministrazione.

In relazione all'ipotesi in cui il procedimento di formazione segue la via duale (progetto della Giunta, approvazione del Consiglio regionale), occorre verificare se il voto dell'aula solo sul testo unitario, senza possibilità di esame e approvazione articolo per articolo, non comporti una compressione eccessiva delle attribuzioni dell'Assemblea, o non realizzi uno spostamento *sostanziale* di potestà legislativa dal Consiglio regionale alla Giunta ⁽³²⁾. Qualunque sia la risposta, ho l'impressione che anche qui siamo in presenza di uno strumento normativo di

(32) Altre disposizioni statutarie, in modo più esplicito, parlano di "delega" approvata con legge regionale al riordino e al coordinamento a vantaggio della Giunta regionale: cfr. l'art. 44 St. Calabria, il quale prevede che il testo delegato sia approvato con unico voto dal Consiglio regionale, previo parere del CAL e della Consulta statutaria. Analoga disposizione nell'art. 40 St. Umbria. Nel caso emiliano-romagnolo il richiamo esplicito della procedura redigente dovrebbe assicurare comunque l'esame e l'approvazione articolo per articolo almeno in commissione.

confine, che dà luogo quantomeno a un *tertium genus* tra legge e atto avente forza di legge, un ulteriore esempio di “fonte specializzata” si direbbe, almeno funzionalmente (il riordino della normazione vigente).

Lo Statuto emiliano-romagnolo, tuttavia, nulla dice quanto all’efficacia delle norme riordinate nel testo unico. Altri Statuti, invece, prevedono all’uopo clausole di abrogazione espressa o clausole di abrogazione espressa con contestuale sostituzione di norme⁽³³⁾. Ma, al di là della natura di siffatte clausole, la sostanza non cambia, proprio perché si deve comunque stabilire il regime giuridico delle disposizioni prodotte dal testo unico. Si tratta di norme di legge come tutte le altre, oppure sono norme legislative a forza passiva rinforzata?

8. Il referendum abrogativo

Fonte del diritto regionale, sia pure nell’accezione kelseniana di strumento di “legislazione negativa”, è il referendum abrogativo. Il particolare *favor* che nella Costituzione riceve il referendum regionale, espressamente previsto in relazione a leggi e provvedimenti amministrativi regionali e indicato tra gli oggetti rientranti nel contenuto necessario degli Statuti regionali, viene solo in parte accolto anche nell’ordinamento dell’Emilia-Romagna.

Nonostante, come già ricordato, la Regione individui tra i propri valori fondanti quello della “democrazia partecipata”, e nonostante gli istituti di cd. democrazia diretta ricevano ampia trattazione nello Statuto, la disciplina dettata sembra piuttosto ispirata a criteri restrittivi; e, comunque, non sembra aver fatto tesoro delle difficoltà applicative che l’esperienza referendaria (specie abrogativa) aveva posto sul tappeto⁽³⁴⁾.

(33) Cfr. nel primo caso art. 44, c. 3 St Toscana; e nel secondo l’art. 44, c. 4, St. Calabria.

(34) È sintomatico dell’atteggiamento di “contenuta diffidenza” che il legislatore statutario mantiene nei confronti di simili istituti la norma contenuta nell’art. 15, c. 4, laddove si stabilisce che “le leggi regionali definiscono i limiti e le norme di attua-

Il referendum abrogativo, in particolare, può avere ad oggetto in tutto o in parte leggi regionali, regolamenti regionali e atti amministrativi di interesse generale. L'art. 20 individua i soggetti legittimati a farne richiesta e indica i limiti di ammissibilità del referendum. L'elenco, peraltro, non può – come dovrebbe – ritenersi tassativo. Ciò in presenza di una norma che, nel rinviare alla legge regionale per quanto concerne il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo di competenza della Consulta di garanzia statutaria, prevede che vengano stabiliti “criteri di omogeneità e univocità del quesito”. In questo modo, è evidente, si consegna al legislatore di attuazione la possibilità di utilizzare il criterio dell'omogeneità senza limiti precostituiti.

L'unica disposizione degna di nota, che sembra venire incontro a taluni problemi applicativi, è quella che di fronte a interventi legislativi diretti, *medio tempore*, a modificare l'oggetto della richiesta referendaria, prevede con maggiore nettezza il potere della Consulta di garanzia statutaria di dichiarare la cessazione delle operazioni referendarie oppure di trasferire il quesito referendario (art. 20, c. 4). Il criterio adottato fa riferimento all'intervento legislativo che “risponda appieno al quesito referendario”, nel senso che la cessazione può essere pronunciata solo quando tra novella legislativa e oggetto del referendum abrogativo vi sia una sostanziale coincidenza ⁽³⁵⁾.

Nulla di nuovo, invece, quanto al *quorum* strutturale e al *quorum* funzionale. Lo Statuto ripete la tradizionale formula che prescrive la partecipazione della maggioranza degli elettori della Regione nel primo caso, e la maggioranza dei voti validamente espressi nel secondo. Ma è chiaro che in questo modo nessun argine viene posto al rischio che i referendum possano

zione degli istituti di democrazia diretta contemplati nel presente titolo”.

(35) La norma potrebbe essere vanificata, tuttavia, dalla previsione secondo la quale “i pareri della Consulta, salvi gli effetti espressamente previsti da disposizioni di legge o di regolamento, non determinano alcun obbligo, salvo quello di motivare in caso di dissenso rispetto al parere espresso” (art. 69, c. 2). Ma deve ritenersi al riguardo prevalente il contenuto prescrittivo dell'art. 20, nella parte in cui radica il potere della Consulta di disporre la cessazione o il trasferimento, decisione, questa, che non può affatto confondersi con un qualsiasi parere affidato alla competenza dell'organo di garanzia.

essere elusi attraverso il ricorso all'astensione dal voto. Una soluzione diversa poteva essere quella che, insieme ad Augusto Barbera, avevo suggerito quando ipotizzavo di computare il *quorum* strutturale sulla percentuale degli elettori politicamente attivi nell'ultima elezione: formula questa che è stata fatta propria dall'art. 75, c. 4, dello Statuto della Regione Toscana⁽³⁶⁾, e che ora è pure avvalorata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 372 del 2004 quando, nel respingere i rilievi di costituzionalità sollevati dal Governo, riconosce che “non appare irragionevole, in un quadro di rilevante astensionismo elettorale, stabilire un *quorum* strutturale non rigido, ma flessibile, che si adegui ai vari flussi elettorali, avendo come parametro la partecipazione del corpo elettorale alle ultime votazioni del Consiglio regionale”.

Dal punto di vista della teoria dei processi decisionali, va segnalato che nello Statuto regionale istituti di democrazia diretta e istituti di democrazia rappresentativa costituiscono ancora altrettanti strumenti “paralleli” di decisione politica, destinati a non essere integrati. Nessuna disposizione statutaria, infatti, si preoccupa di sciogliere il nodo del seguito del referendum abrogativo, o di chiarire l'effetto del referendum consultivo (previsto genericamente “per l'espressione di una valutazione della comunità regionale”, art. 21). Segno questo, evidente, di una concezione ancora troppo legata a stereotipi di tipo paternalistico nei confronti del “popolo bambino”. L'occasione però poteva essere colta pienamente, andando proprio alla ricerca di strumenti per realizzare un diverso temperamento di quei due circuiti di decisione politica⁽³⁷⁾.

(36) Che così recita: “La proposta di abrogazione soggetta a referendum è approvata se partecipa alla votazione la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni regionali e se ottiene la maggioranza dei voti validamente espressi”. Cfr. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 2003, p. 245.

(37) A questo proposito merita di essere segnalato il referendum propositivo previsto nello Statuto della Regione Lazio (art. 62).

9. *Le fonti espressione di autonomia degli organi statutari*

L'art. 27, c. 4 stabilisce che "l'Assemblea adotta i propri regolamenti e le loro modifiche a maggioranza assoluta dei suoi componenti" e che i regolamenti "sono emanati con decreto del Presidente dell'Assemblea". Anche se nessuna disposizione prescrive che i regolamenti interni siano pubblicati sul Bollettino ufficiale della Regione, deve ritenersi quest'ultimo un adempimento comunque dovuto, in considerazione della rilevanza normativa delle disposizioni regolamentari. Lo Statuto si limita a stabilire che l'Assemblea adegua il proprio regolamento "entro sei mesi dalla data di entrata in vigore", chiarendo che in via transitoria "si applica ove possibile il regolamento interno vigente" (art. 73, c. 2).

Ragioni concorrenti spingono a ritenere il regolamento del Consiglio regionale fonte di norme giuridiche: l'autonomia dell'organo; la previsione statutaria del potere regolamentare come potere di stabilire norme relative alle principali funzioni dell'Assemblea tra cui, soprattutto, quelle concernenti il procedimento di formazione della legge; l'efficacia anche esterna riconosciuta al regolamento, in riferimento a altri organi regionali e ai soggetti privati. Analoghe considerazioni, con i dovuti adattamenti, possono essere svolte in relazione agli altri organi regionali che nello Statuto vengono espressamente dotati di potestà di autoregolamentazione.

Lo Statuto, però, non distingue tra regolamento e regolamento: il termine utilizzato nell'art. 27 è "regolamenti" al plurale, mentre più spesso il vocabolo è utilizzato al singolare (art. 28, c. 2; art. 30, c. 1; art. 31; art. 35, c. 1; art. 38, c. 1, 2 e 5; art. 40, c. 1). L'art. 27, c. 4, prescrive per tutti i regolamenti interni la maggioranza qualificata del 50 per cento più uno dei componenti l'Assemblea⁽³⁸⁾. Invece l'art. 31 detta i principi del regolamento interno, stabilendo che esso disciplina "l'organizzazione istituzionale dell'Assemblea legislativa, la

(38) Maggioranze qualificate di diverso grado sono previste dall'art. 22 St. Toscana, dall'art. 25 St. Lazio. La maggioranza assoluta ricorre nell'art. 26 St. Calabria, l'art. 18 St. Liguria, l'art. 37 St. Puglia, l'art. 48 St. Umbria.

sua attività e le relative procedure, persegue l'obiettivo di rafforzare e valorizzare sia la funzione legislativa e di controllo, sia i ruoli della maggioranza e delle opposizioni". L'uso impreciso del linguaggio non consente di distinguere, come invece si dovrebbe fare, tra il regolamento generale del Consiglio e i minori regolamenti interni che disciplinano l'organizzazione delle attività degli altri organi consiliari. Una soluzione interpretativa ragionevole è quella di ritenere che il procedimento aggravato prescritto dall'art. 27 valga solo per il regolamento generale, ben potendo gli altri regolamenti essere deliberati a maggioranza semplice. Inoltre, come normalmente accade nel diritto parlamentare, i minori regolamenti devono ritenersi subordinati al regolamento generale d'assemblea.

Numerose disposizioni dello Statuto valorizzano il regolamento consiliare ben al di là della sfera giuridica interna: il regolamento è configurato quale strumento normativo di cui l'Assemblea legislativa dispone per disciplinare le relazioni interorganiche e quelle tra il Consiglio, i singoli cittadini e la società civile. L'art. 31 prevede che il regolamento disciplini i poteri di iniziativa e di consultazione della Giunta regionale, e che valorizzi il procedimento legislativo favorendo "la partecipazione dei singoli cittadini e della società civile alla formazione delle scelte politiche" ⁽³⁹⁾. Gli articoli 23, c. 6 e 69, c. 1, inoltre, prevedono che il regolamento interno disciplini i rapporti tra Assemblea e, rispettivamente, Consiglio delle autonomie locali e Consulta di garanzia statutaria. È il regolamento, in particolare, che "disciplina le modalità e i termini" nei quali il CAL adotta i pareri di sua competenza; mentre i "pareri di conformità allo Statuto" della Consulta di garanzia statutaria "sono richiesti nei casi, nei modi e nelle forme previste dal regolamento dell'Assemblea legislativa". In questi casi, è evidente, l'Assemblea attraverso il regolamento finisce per condizionare l'autonomia che lo Statuto pure riconosce a detti organi, sottra-

(39) Va ricordato che, a questo riguardo, l'art. 19 prevede l'integrazione della disciplina regolamentare con i protocolli di consultazione delle associazioni interessate a partecipare al procedimento legislativo e alla definizione degli indirizzi programmatici generali. Cfr. *supra* paragrafo n. 4.

endo spazi di intervento (e di autonomia) alla disciplina dei rispettivi regolamenti interni.

Fonti di diritto, espressione di autonomia statutariamente riconosciuta, sono anche i regolamenti dei principali organi della Regione. È lo Statuto stesso che prevede il regolamento del Consiglio delle autonomie locali (art. 23, c. 8), il regolamento della Giunta regionale (art. 45, c. 6), il regolamento della Consulta di garanzia statutaria (art. 69, c. 6) ⁽⁴⁰⁾. Il regolamento del CAL è deliberato a maggioranza assoluta dei propri componenti, e detta norme di organizzazione e funzionamento, anche per quanto concerne la disciplina dei rapporti tra il Consiglio delle autonomie e le associazioni degli enti locali. In questo ambito può ritenersi esistente una riserva di disciplina, che porta a interpretare restrittivamente il rinvio alla legge regionale per quanto concerne la composizione e le modalità di formazione e di funzionamento del CAL (art. 23, c. 9): del resto la norma individua puntualmente i criteri legali in ordine (solo) alla rappresentanza, al numero e alle risorse dell'organo. Anche il regolamento della Consulta, "organo autonomo e indipendente della Regione", è deliberato a maggioranza assoluta dei componenti. Solo per il regolamento della Giunta regionale è prevista la pubblicazione sul Bollettino ufficiale della Regione (ma, come detto, ciò non esclude la pubblicazione anche degli altri).

10. *La potestà regolamentare regionale. Gli atti amministrativi urgenti*

La potestà regolamentare viene espressamente disciplinata nello Statuto regionale dell'Emilia-Romagna. In linea con l'orientamento della Corte costituzionale che, dopo la legge cost. n. 1 del 1999, affida allo Statuto il potere di individuare il

(40) Anche se non espressamente previsto, deve ritenersi implicitamente ammesso anche nel caso del difensore civico, "organo autonomo e indipendente della Regione, a cui viene riconosciuta una propria autonomia finanziaria e organizzativa", il potere di darsi un proprio regolamento (anche se gran parte della disciplina sembra essere affidata alla legge regionale).

soggetto competente a deliberare regolamenti regionali ⁽⁴¹⁾, la carta regionale prevede due tipi di potestà regolamentare di competenza del legislativo e dell'esecutivo regionale. L'Assemblea legislativa è competente a "deliberare i regolamenti delegati alla Regione da leggi statali" (art. 28, c. 4, lett. n)); la Giunta regionale, invece, "approva i regolamenti nei casi previsti dalla legge regionale" (art. 49, c. 2); per tutti i regolamenti è prevista la possibilità di chiedere il parere di conformità statutaria della Consulta di garanzia (art. 69, comma 1, lett. c)).

I regolamenti dell'Assemblea sono considerati espressione della potestà regolamentare che la Costituzione astrattamente prevede all'art. 117, comma 6, prima proposizione. Ma questa norma non è affatto chiara, tanto che in dottrina si è dubitato che la norma comportasse una delega di potestà regolamentare, ipotizzandosi invece una delega di funzioni amministrative ⁽⁴²⁾. Ciò nonostante, costituisce un dato ormai consolidato che le Regioni hanno inteso nel primo senso la previsione costituzionale, affidando di conseguenza la potestà regolamentare delegata ai rispettivi Consigli regionali. Che cosa siano poi questi regolamenti e, soprattutto, quale forza formale essi abbiano, specie nei rapporti con gli altri regolamenti regionali, è e, forse, resterà un mistero. O, forse, avremo modo di scoprirlo quando l'esperienza concreta ci metterà di fronte disposizioni regolamentari regionali adottate da organi diversi e che dispongono diversamente. C'è da chiedersi, tuttavia, se la legittima aspettativa di riequilibrare i poteri all'interno della Regione possa giustificare la confusione che si sta scontando sul piano degli atti normativi regionali. Almeno finora, però, ragioni difensive dell'istituto consigliare hanno impedito ai nuovi Statuti regionali di distribuire razionalmente il potere di normazione primaria e secondaria tra il Consiglio e la Giunta, evitando di prevedere problematiche deroghe al principio di separazione dei poteri.

Al di là della competenza regolamentare dell'Assemblea, lo

(41) Cfr. Corte cost. sent. n. 313 del 2003; nonché sent. n. 324 del 2003.

(42) Cfr. R. BIN, *op. cit.*

Statuto prevede una potestà regolamentare di carattere generale in capo alla Giunta regionale. In realtà, come anticipato, la scelta statutaria sembra muoversi nel senso di richiedere un'autorizzazione legislativa *singulatim*: i regolamenti della Giunta sono deliberati "nei casi previsti dalla legge", nel senso che lo Statuto sembra voler escludere una disciplina legislativa di tipo generale della potestà regolamentare dell'esecutivo, sulla falsa riga di quella contenuta, per i regolamenti del Governo, nell'art. 17, comma 1, della legge n. 400 del 1988. Di conseguenza sarà la legge regionale, di volta in volta, a stabilire il tipo di potestà regolamentare esercitabile dalla Giunta regionale.

Espressamente è previsto che la potestà regolamentare esercitata in relazione ai regolamenti comunitari sia di "esecuzione" e avvenga "nei limiti stabiliti dalla legge regionale"; mentre in materia tributaria l'art. 67, c. 2, contempla regolamenti per "l'attuazione e l'esecuzione delle leggi tributarie", aggiungendo però che in tal caso "con legge" regionale devono essere fissati "principi e criteri direttivi secondo le norme e le procedure per i regolamenti previste dal presente Statuto".

Norme sparse – apparentemente prive di coordinamento – prevedono anche l'acquisizione di pareri sullo svolgimento della potestà regolamentare. La legge regionale può richiedere per qualsivoglia regolamento il previo parere della Consulta di garanzia statutaria (art. 56, c. 3); mentre solo per i regolamenti dell'esecutivo (esclusi quindi i regolamenti delegati ai sensi dell'art. 117, comma 6, Cost.) è prescritto che l'Assemblea legislativa esprima parere di conformità con lo Statuto e la legge regionale (l'art. 28, c. 4, lett. n) (⁴³).

I regolamenti sono emanati con decreto del Presidente della Regione, previa deliberazione della Giunta regionale, su proposta dell'Assessore competente (art. 56). Restano salvi i regolamenti deliberati dall'Assemblea, per i quali, però, non è dato capire chi provvede all'emanazione (⁴⁴). Ma il dubbio, ingene-

(43) Resta tuttavia da chiarire come questa disposizione si concili con la previsione del potere di controllo di conformità statutaria affidato dall'art. 69 alla Consulta di garanzia che riguarda, in linea generale, tutti i regolamenti regionali.

(44) Esplicito è invece l'art. 34, c. 1, lett. i), St. Calabria; l'art. 65, c. 1, lett. b), St.

rato dalla pessima formulazione dello Statuto, dovrebbe essere fugato dalla regola costituzionale che affida al Presidente della Giunta regionale il potere di emanare (tutti) i regolamenti regionali (art. 121 Cost.).

Il decreto di emanazione deve recare in premessa “gli elementi essenziali relativi al fondamento giuridico del regolamento”; (tutti) i regolamenti devono essere pubblicati sul Bollettino ufficiale della Regione, in una sezione distinta da quella riservata alle leggi, secondo una numerazione progressiva (art. 56, c. 4).

Lo Statuto provvede anche a dettare una regola di composizione del concorso tra regolamento regionale e regolamento locale, prevedendo in via generale un principio cedevolezza delle norme regolamentari regionali nelle materie di competenza degli enti locali in ragione dell’entrata in vigore di norme regolamentari locali (art. 49, c. 3).

Di particolare interesse, anche se formulata in modo ambiguo e incompleto, è la disposizione contenuta nell’ultimo comma dell’art. 49: “la legge individua i presupposti in presenza dei quali la Giunta può adottare in via d’urgenza atti amministrativi in materia di competenza dell’Assemblea, salvo ratifica da parte di questa”. Lo Statuto, evidentemente, ha voluto prevedere uno strumento in grado di essere utilizzato, in assenza di atti normativi regionali analoghi al decreto-legge, in situazioni non altrimenti fronteggiabili. La norma statutaria sembra prefigurare la disciplina di un procedimento legislativo diretto a prevedere l’adozione da parte della Giunta regionale di ordinanze contingibili e urgenti ⁽⁴⁵⁾.

Intesa in questo senso la previsione merita senza dubbio apprezzamento: in questo modo la Regione supera la problematica degli atti regionali con forza di legge adottando uno strumento che consente interventi immediati, di carattere *extra ordinem*, ma che non sono destinati a innovare l’ordinamento giu-

Umbria.

(45) Una norma non particolarmente esplicita è quella che nello St. Toscana affida al Presidente della Regione il potere di adottare “i provvedimenti d’urgenza di competenza regionale previsti dalla legge”.

ridico. Le ordinanze contingibili e urgenti, com'è noto ⁽⁴⁶⁾, sono atti amministrativi, non già atti normativi, che, tuttavia, per espressa previsione di legge, hanno la forza di derogare (non abrogare o modificare stabilmente) disposizioni legislative vigenti, proprio in ragione dell'urgenza di provvedere. La giurisprudenza costituzionale ha da tempo stabilito una serie di principi generali che devono assistere l'esercizio dei poteri contingibili e urgenti, tra i quali il principio di legalità, il principio di proporzionalità tra misura e evento, la garanzia del riparto di attribuzioni tra livelli di governo territoriale.

Il fatto che la norma statutaria preveda la possibilità di una ratifica da parte dell'Assemblea, significa che i provvedimenti adottati in via d'urgenza dalla Giunta, che restano efficaci per il tempo necessario a far fronte all'evento che richiede l'intervento d'urgenza, possono essere sempre recepiti dal Consiglio regionale con proprio atto (una legge o un atto generale a seconda dei casi), per stabilizzarne gli effetti.

11. *Considerazioni di sintesi*

Non so se alla luce dell'analisi svolta sia possibile parlare di un "sistema di fonti della Regione". È un dato, tuttavia, che lo Statuto dell'Emilia-Romagna si diffonda lungamente in materia di processi di produzione normativa.

Le fonti del diritto della Regione si caratterizzano per la pluralità e la differenziazione degli atti giuridici. Lo Statuto regionale, infatti, ha utilizzato il potere di definire i processi di decisione politica regionale in maniera ampia, andando ben oltre la tradizionale tripartizione tipologica Statuto, legge, regolamento. L'individuazione e la disciplina degli atti fonte, in particolare, è avvenuta differenziando soprattutto sul piano orizzontale, attraverso la distribuzione della potestà normativa secondo il crite-

(46) Cfr. A. MORRONE, *I poteri di ordinanza contingibili e urgenti: l'integrazione del diritto eccezionale nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1996, p. 258 ss.

rio della specialità. Come dimostra la presenza di numerose leggi a competenza specializzata, insieme alle numerose riserve di competenza normativa stabilite a favore degli organi dotati di autonomia statutariamente garantita. In questo modo l'ordine gerarchico delle fonti, strutturato secondo il *continuum* Statuto legge regolamento, è arricchito e reso perciò più complesso per effetto della presenza di altre fonti di produzione normativa che, seppur astrattamente ascrivibili entro categorie generali, presentano caratteristiche di forma e di contenuto che le collocano in regime di separazione delle competenze rispetto a tutti gli altri atti normativi.

In questo contesto il delicato problema dei limiti alla potestà statutaria di istituire nuove fonti di produzione normativa potrebbe mutare prospettiva. Nella teoria delle fonti costituisce un principio indiscusso quello secondo il quale i poteri costituiti non possono derogare al *numerus clausus* delle fonti primarie, nel senso che le fattispecie tipologiche sono solo quelle espressamente autorizzate dalla Costituzione. Di fronte a fonti specializzate istituite con lo Statuto regionale dobbiamo chiederci se quel principio viene rispettato oppure eluso. In breve: può lo Statuto disciplinare fonti tipiche e contemporaneamente (attraverso aggravamenti procedurali o riserve di competenza) differenziarne la forza normativa? Una via per ammettere una simile evenienza – peraltro tutta da dimostrare – potrebbe trovarsi ammettendo che il divieto di fonti in deroga al *numerus clausus* riguardi solo l'istituzione di nuovi tipi di fonte e non anche la modulazione della forza formale di fattispecie tipologiche enumerate. Solo in questo modo, infatti, leggi regionali a efficacia specializzata potrebbero ritenersi compatibili con la Costituzione⁽⁴⁷⁾.

In secondo luogo va rilevato che la pluralità delle fonti, nonostante il criterio della specialità, non sempre equivale a certezza normativa: in molti punti, infatti, il confine tra gli atti normativi resta non del tutto definito con chiarezza. Così, ad

(47) Resta il fatto che fino ad ora nessun ricorso governativo avverso gli Statuti approvati ha posto una simile domanda alla Corte, e quindi la questione non può dirsi per questo aspetto ancora chiusa.

esempio, nel rapporto tra lo Statuto, il regolamento dell'Assemblea legislativa, è possibile notare un continuo intreccio tra i rispettivi campi di intervento, nel senso che a volte è lo Statuto a fissare norme che sarebbero proprie del regolamento interno, così come il regolamento dell'Assemblea spesso arriva a regolare i rapporti tra Regione e soggetti privati.

È significativo altresì che l'apertura dei procedimenti di produzione normativa regionale avvenga anche a vantaggio di soggetti istituzionalmente estranei al circuito degli organi di decisione politica. Le norme sulla cd. democrazia partecipativa perseguono proprio l'obiettivo di rinsaldare e riempire di nuove possibilità il rapporto tra rappresentante e rappresentato. Lo scopo dichiarato è quello di moltiplicare i luoghi di incontro e di confronto, cercando di rendere i procedimenti di deliberazione politico-normativa possibilmente più trasparenti e democratici. Tutto ciò va detto senza peraltro nascondersi che gli strumenti previsti, se non vengono adeguatamente calibrati secondo efficacia e efficienza, corrano seriamente il rischio di essere o troppo ambiziosi per essere credibilmente realizzati, o eccessivamente onerosi per la funzionalità complessiva dei procedimenti deliberativi.

È sicuro, infine, che nella pluralità dei processi di decisione politica della Regione è l'Assemblea legislativa che assume una posizione centrale e prevalente. La moltiplicazione e la specializzazione delle fonti nell'ordinamento regionale riguarda soprattutto il livello delle fonti di rango legislativo; sul versante delle fonti secondarie, è alla legge regionale che lo Statuto assegna il compito di definire caso per caso l'ambito di esercizio del potere regolamentare dell'esecutivo regionale; del resto è attraverso il regolamento dell'Assemblea legislativa che la Regione disciplina le relazioni con tutti gli altri organi regionali, nonché i rapporti con i cittadini e i soggetti della società che sono chiamati a interagire con la Regione. Una così cospicua valorizzazione del Consiglio regionale nell'ambito dei principali processi di decisione – che ha numerosi punti di contatto con l'esperienza storica della cd. centralità parlamentare – sembra ciò nonostante stridere con la scelta statutaria di confermare

l'elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Regione. Del resto, se si guardano le norme sulla forma di governo regionale, si vede chiaramente la volontà statutaria di circoscrivere, per quanto possibile, i poteri di indirizzo e di governo del Presidente eletto e dell'esecutivo regionale a vantaggio dell'Assemblea. Non è questa la sede per approfondire questa tematica. Si può solamente porre un quesito: in un sistema nel quale la quasi totalità dei processi di decisione politica viene affidata alla responsabilità dell'assemblea legislativa, non si finisce per porre una pesante ipoteca sulla capacità di decidere della Regione? Di fronte a questo rischio l'unica certezza sembra proprio l'eventualità che le classi dirigenti regionali hanno voluto scongiurare: e cioè assemblee legislative (sempre più) deboli e (sempre più) forti presidenti regionali.

La “Consulta” dell’Emilia-Romagna nel quadro dei nuovi organi regionali di garanzia statutaria

di Tania Groppi

Sommario

1. *Gli organi di garanzia statutaria nei nuovi Statuti regionali... – 2.* *...e nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3.* *La Consulta di garanzia statutaria secondo l’art. 69 dello Statuto della Regione Emilia-Romagna. – 4.* *Una prima valutazione delle norme statutarie sugli organi regionali di garanzia.*

1. Gli organi di garanzia statutaria nei nuovi Statuti regionali...

Uno degli elementi di novità degli Statuti approvati nel 2004 è la previsione di organi regionali che non comparivano nei testi del 1971.

Tra questi, risaltano in modo particolare, in quanto presenti nella quasi totalità degli Statuti e per l’importanza dei compiti loro attribuiti, il Consiglio delle autonomie locali e l’organo regionale di garanzia statutaria.

Per il Consiglio delle autonomie locali, peraltro, la novità è relativa: esso infatti era già previsto nella legislazione statale e regionale e ormai da anni è stato istituito in quasi tutte le Regioni. L’inserimento nello Statuto, poi, non è frutto di un’autonoma scelta regionale, poiché è la stessa Costituzione, all’art. 123, che impone l’organo come contenuto statutario necessario.

Assai più interessante è la comparsa di “organi di garanzia statutaria”. Questi, pur con denominazioni diverse (si parla di “Collegio regionale per le garanzie statutarie”, Abruzzo; di “Commissione per le garanzie statutarie”, Basilicata; di “Con-

sulta statutaria", Calabria, Liguria e Molise; di "Consulta di garanzia statutaria", Emilia-Romagna; di "Comitato di garanzia statutaria", Lazio; di "Consiglio statutario regionale", Puglia; di "Commissione di garanzia statutaria", Umbria e Veneto; di "Collegio di garanzia", Toscana) sono presenti in tutti i testi approvati, con l'eccezione di Campania e Marche ⁽¹⁾.

Gli elementi che accomunano tali organi, consentendone una trattazione unitaria, sono: *a)* lo stretto collegamento con il Consiglio regionale e i requisiti di competenza tecnico-giuridica dei componenti; *b)* la loro funzione, appunto di "garanzia statutaria", che emerge anche da elementi formali, quali il nome e la collocazione "topografica" (di solito nella parte dello Statuto dedicata alle garanzie) ⁽²⁾.

Riguardo alla composizione dell'organo, la totalità degli Statuti prevede l'elezione dei membri (il cui numero è variabile: si passa dai 7 della Toscana e del Lazio ai 3 di Basilicata e Molise) da parte del Consiglio regionale. Di solito sono necessarie maggioranze qualificate particolarmente elevate, tali da coinvolgere necessariamente anche l'opposizione nella scelta dei suoi componenti (si prevede una maggioranza dei 3/4 in Toscana, Abruzzo, Lazio, Liguria; dei 4/5 in Basilicata; dei 2/3 in Calabria, Umbria e Veneto). Alcuni Statuti, tuttavia, contengono previsioni che non sembrano in grado di garantire il carattere *super partes* dell'organo: ad esempio in Molise e Puglia si parla di elezione con voto limitato e in Piemonte, genericamente, di "maggioranza qualificata". Nella scelta dei componenti, è tenuto presente, in alcuni casi, il Consiglio delle autonomie locali: in Toscana ad esempio si stabilisce che uno dei membri sia scelto tra tre esperti designati dal Consiglio delle autonomie lo-

(1) Si fa riferimento ai testi approvati alla data del 30 novembre 2004, dal Consiglio o dalla Commissione Statuto. La sola Regione che resta fuori da questo esame, disponendo unicamente di una bozza tecnica, è la Lombardia. Per una panoramica della attività statutaria regionale aggiornata al 31 agosto 2004, v. R. BIN, *La nuova stagione statutaria delle Regioni*, in www.issirfa.cnr.it.

(2) Un primo esame delle proposte fino ad allora approvate è stato compiuto da S. PARISI, *La tutela dello Statuto regionale tra "garanzia" e "controllo"*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 523 ss.

cali, mentre in Abruzzo che uno dei componenti sia indicato dal Consiglio medesimo.

Quanto ai requisiti per l'elezione, questi sono volti ad assicurare il possesso di specifiche competenze tecnico-giuridiche. Tuttavia in molti Statuti si tratta di riferimenti assolutamente generici (e nessuna indicazione si rintraccia nel testo della Basilicata). Ad esempio, lo Statuto dell'Abruzzo parla soltanto di "esperti", quello del Lazio di "giuristi di provata esperienza", quello della Liguria di "esperti di riconosciuta competenza in materia di pubblica amministrazione", quello del Veneto di "esperti di fama nazionale di diritto costituzionale o amministrativo o regionale", quello della Toscana di "alta e riconosciuta competenza nel campo del diritto pubblico". Requisiti più specifici sono richiesti dallo Statuto della Calabria, il cui art. 57 prevede che siano scelti "tra i magistrati delle giurisdizioni ordinaria, amministrativa e contabile; tra i professori universitari ordinari in materie giuridiche con almeno quindici anni di carriera; tra avvocati con almeno venti anni di esercizio effettivo della professione" e del Molise, il cui art. 59 si riferisce a "tre esperti in materie giuridiche scelti tra magistrati, anche a riposo, docenti universitari e avvocati". Una composizione mista, di giuristi e politici, è invece contenuta negli Statuti del Piemonte (il cui art. 91 si riferisce a: "a) un magistrato a riposo delle giurisdizioni ordinaria, amministrativa e contabile; b) due professori universitari di ruolo in materie giuridiche; c) due avvocati con almeno quindici anni di esercizio; d) due *ex* Consiglieri regionali) e della Puglia (art. 48, che parla di: "a) da tre Consiglieri regionali non in carica eletti, con voto limitato a due, tra coloro che hanno esercitato la funzione per almeno dieci anni; b) da due esperti in discipline giuridiche, eletti con voto limitato a uno). In quest'ultimo caso, la componente politica prevale, per tre a due, su quella tecnico-giuridica, con grave danno per l'indipendenza e la legittimazione dell'organo.

Quanto alle funzioni, è sempre presente, al punto da poter essere considerata qualificante la natura dell'organo, quella di controllare la compatibilità con lo Statuto dei disegni di legge regionali (e, in molti casi, anche dei regolamenti; la Regione

Abruzzo, poi prevede un particolare ricorso volto a chiedere la verifica della compatibilità statutaria anche del regolamento consiliare: art. 17).

A questa si affiancano “altre competenze”, alquanto variegata, ma pur sempre riconducibili, in senso lato, alla garanzia statutaria. Si parla ad esempio di pareri “sull’interpretazione dello Statuto nei conflitti tra gli organi della Regione” (così Abruzzo, art. 79, ma nello stesso senso anche Basilicata art. 61; Calabria art. 57; Lazio art. 68; Liguria art. 76; Piemonte art. 92; Toscana art. 57); sulla “ripartizione delle competenze tra gli organi regionali ai sensi dello Statuto” (Liguria art. 76); di verifica della ammissibilità dei referendum e, in alcuni casi, delle iniziative popolari (Abruzzo, art. 79; Calabria art. 57; Lazio art. 68; Molise art. 59; Puglia art. 47, Umbria art. 82; Toscana art. 57); di pareri sul carattere invasivo e lesivo delle attribuzioni regionali da parte di leggi o atti aventi forza di legge dello Stato (Piemonte art. 92); di “compiti amministrativi inerenti allo svolgimento delle elezioni” (Abruzzo, art. 79); di “parere non vincolante nella valutazione delle capacità dei soggetti non pubblici che la Regione individua per il conferimento dei compiti di per sé pubblici” (Puglia art. 47). Va però rilevato che, mentre in nella maggior parte delle Regioni l’elenco delle competenze è “chiuso” a livello statutario (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Lazio, Liguria, Molise, Toscana), in altre esso può essere integrato con legge regionale (Piemonte, Veneto). In assenza di una previsione di questo tipo, la legge regionale non può attribuire all’organo di garanzia funzioni che non gli spettano sulla base dello Statuto.

Limitandosi alla competenza a verificare la compatibilità statutaria dei disegni di legge, va rilevato che non tutti gli Statuti indicano i soggetti che possono rivolgersi all’organo chiedendo tale verifica. Quando ciò avviene, tra questi figurano, in ogni caso, le minoranze consiliari e il Consiglio delle autonomie locali.

Lo Statuto dell’Abruzzo, pur non disciplinando direttamente tale aspetto, tuttavia stabilisce (art. 70) che “Il Consiglio delle autonomie locali può ricorrere al Collegio regionale per le ga-

ranzie statutarie per l'interpretazione dello Statuto e la compatibilità, con questo, di leggi e provvedimenti riguardanti gli enti locali”.

Lo Statuto della Calabria (art. 57) prevede che la Commissione di garanzia si pronunci su richiesta del Presidente della Giunta, del Presidente del Consiglio regionale, del Presidente del Consiglio delle autonomie locali, nonché di un terzo dei componenti del Consiglio regionale. Quello del Lazio (art. 68) si riferisce al Presidente della Regione, al Presidente del Consiglio regionale, a un terzo dei componenti del Consiglio regionale nonché al Presidente del Consiglio delle autonomie locali, a seguito di deliberazione assunta a maggioranza dei componenti. Lo Statuto del Molise (art. 59) indica la richiesta di almeno un quinto dei componenti del Consiglio regionale o del Presidente del Consiglio delle autonomie locali. Quello della Toscana (art. 57) riconosce tale potere al Presidente del Consiglio, almeno tre Presidenti di Gruppi consiliari, almeno un quinto dei Consiglieri regionali, al Consiglio delle autonomie locali, solo però quando si lamenti la presunta violazione delle norme statutarie in materia di enti locali. Lo Statuto dell'Umbria (art. 82) dispone che sono legittimati a richiedere i pareri il Presidente della Giunta regionale, il Presidente del Consiglio regionale, nonché un terzo dei componenti il Consiglio stesso, mentre quello del Veneto (art. 64) parla di richiesta del Presidente della Giunta, del Presidente del Consiglio regionale, di un terzo dei componenti del Consiglio regionale, nonché del Consiglio delle autonomie locali.

Lo Statuto della Liguria (art. 76) è l'unico che si occupi del momento del procedimento in cui la verifica di compatibilità statutaria si svolge, indicando che “il parere sulla conformità statutaria dei progetti di legge regionale e dei regolamenti regionali di competenza consiliare è espresso prima dell'esame di questi da parte dell'Assemblea”. In tal modo, si evita qualsiasi dubbio sul fatto che oggetto del controllo non sia una legge, ma un mero disegno di legge, sfuggendo quindi alla censura che il Governo ha avanzato nei confronti dello Statuto della Regione

Umbria ⁽³⁾).

Le pronunce dell'organo sono solitamente definite "pareri", conformemente al carattere di organo di "consulenza", espressamente affermato da molti Statuti (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Liguria, che parla di "alta consulenza", Veneto; ma non Lazio, Molise, Piemonte, Puglia, Umbria, Toscana, che lo definiscono "organo indipendente").

Soltanto alcuni Statuti disciplinano le conseguenze di un eventuale pronunciamento negativo dell'organo. Si possono individuare tre tipi di scelte statutarie al riguardo: *a)* Statuti che richiedono una nuova delibera del Consiglio regionale (Basilicata; Umbria; Toscana); *b)* Statuti che espressamente stabiliscono che il Consiglio regionale può deliberare in senso contrario al parere (Abruzzo ⁽⁴⁾; Piemonte); *c)* Statuti che prevedono aggravamenti procedurali per superare il parere negativo (Calabria: motivata decisione adottata a maggioranza assoluta; Lazio: voto favorevole della maggioranza dei componenti).

Per quanto non indicato negli Statuti, il rinvio è alla legge regionale (che, solo nel caso dell'Umbria deve essere approvata a maggioranza assoluta: art. 82) e, in rari casi, al regolamento consiliare (Piemonte, art. 92, secondo il quale l'organo esercita tutte le altre competenze attribuitegli dallo Statuto, dalla legge e dal regolamento; Puglia, art. 47, secondo il quale esso "interviene, su richiesta, nella verifica della incompatibilità statutaria delle proposte di legge eventualmente dichiarata dalla competente Commissione consiliare, nei casi previsti dal regolamento interno del Consiglio regionale").

(3) Secondo il ricorso del 3 settembre 2004, sul quale torneremo più avanti.

(4) Il testo del 9 novembre, modificato a seguito del ricorso governativo, prevede all'art. 79.2 che "Il Consiglio regionale può comunque deliberare in senso contrario ai pareri e alle valutazioni del Collegio", mentre il testo del 21 settembre stabiliva che "Il Consiglio regionale può deliberare in senso contrario ai pareri e alle valutazioni del Collegio con motivata decisione". La modifica è volta ad adeguarsi al ricorso governativo del 4 novembre 2004, di cui parleremo più avanti.

2. ...e nella giurisprudenza della Corte costituzionale

È difficile sfuggire all'impressione di una certa "casualità" nei ricorsi governativi avverso gli Statuti regionali. Disposizioni identiche, contenute in Statuti diversi, in alcuni casi sono impugnate, mentre in altri superano felicemente lo scrutinio governativo.

Questa stessa casualità si riscontra anche in ordine alle disposizioni statutarie in tema di organi di garanzia, che non hanno dato luogo a rilievi governativi riguardo ad alcuni Statuti (Puglia, Calabria, Toscana, Emilia-Romagna), mentre in due occasioni (Abruzzo e Umbria), finora, hanno formato oggetto di ricorso.

In particolare, il ricorso del 3 settembre 2004, relativo allo Statuto dell'Umbria, sosteneva che "l'articolo 82, nella parte in cui prevede che la Commissione di garanzia statutaria esprima pareri sulla conformità allo Statuto delle leggi e dei regolamenti regionali e non già sui progetti o le proposte di legge o regolamenti, ove intesa come esame successivo al completamento dell'attività normativa e non come fase interna del procedimento formativo dell'attività stesse, viola la competenza del Consiglio e della Giunta regionale ex articolo 121 Cost. nonché l'articolo 134 Cost., in quanto la Commissione non interviene in sede di parere nel procedimento di formazione degli atti normativi, ma effettua un controllo su leggi e regolamenti già in vigore".

Ora, l'esame degli Statuti mostra che nella quasi totalità dei casi si parla di verifica della conformità statutaria delle "leggi", mentre il riferimento ai "disegni di legge" è estremamente raro (limitandosi ai testi già oggetto di controllo governativo, lo Statuto dell'Abruzzo parla di "deliberazioni legislative", quello della Calabria e della Puglia di "proposte di legge", ma Toscana ed Emilia-Romagna si riferiscono espressamente a "leggi"): risulta pertanto difficile comprendere le ragioni per le quali il solo Statuto dell'Umbria è stato censurato sotto questo profilo.

Comunque, il ricorso è stato l'occasione, per la Corte costituzionale, per pronunciarsi per la prima volta sui nuovi organi

di garanzia statutaria. Con la sentenza n. 378/2004 la Corte ha rigettato la censura, affermando che “la disciplina della Commissione di garanzia statutaria negli artt. 81 ed 82 della delibera statutaria configura solo nelle linee generali questo organo e le sue funzioni, essendo prevista nell’art. 81 una apposita legge regionale, da approvare a maggioranza assoluta, per definirne – tra l’altro – “le condizioni, le forme ed i termini per lo svolgimento delle sue funzioni”: sarà evidentemente questa legge a disciplinare analiticamente i poteri di questo organo nelle diverse fasi nelle quali potrà essere chiamato ad esprimere pareri giuridici. In ogni caso, la disposizione impugnata fa espresso riferimento ad un potere consultivo della Commissione, da esplicarsi attraverso semplici pareri, che, se negativi sul piano della conformità statutaria, determinano come conseguenza il solo obbligo di riesame, senza che siano previste maggioranze qualificate ed anche senza vincolo in ordine ad alcuna modifica delle disposizioni normative interessate”.

La Corte, pertanto, ha chiaramente preso posizione in favore del carattere consultivo dell’organo ⁽⁵⁾, senza affrontare la questione del momento nel quale il parere interviene, che costituiva invece l’aspetto centrale del ricorso governativo: il solo fatto che si tratta di un parere, secondo la Corte, è sufficiente a privare di fondamento le censure. Proprio per mostrare che si è di fronte a pareri, la sentenza si sofferma sulle conseguenze di una valutazione negativa compiuta dall’organo di garanzia, rilevando che essa, secondo lo Statuto dell’Umbria, determina solo un obbligo di riesame, senza alcun vincolo alla modifica delle disposizioni interessate e senza che sia necessaria, per la riapprovazione, alcuna maggioranza qualificata. Da tali ultime affermazioni si potrebbe desumere che, qualora ciò avvenisse, oppure se uno Statuto imponesse di modificare le disposizioni interessate, non si tratterebbe più di un semplice parere, e si profilerebbe la illegittimità costituzionale delle disposizioni statutarie in questione.

(5) In questo senso v. A. RUGGERI, *Gli Statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, 9 dicembre 2004, in www.forumcostituzionale.it.

Più dubbio è il caso della necessità di motivazione qualora il Consiglio intenda allontanarsi dal parere dell'organo di garanzia. Tale profilo è oggetto del ricorso governativo del 4 novembre 2004 contro lo Statuto della Regione Abruzzo. Secondo il ricorso "la disposizione, prevedendo che il Consiglio regionale possa deliberare in senso contrario ai pareri e alle valutazioni del Collegio regionale per le garanzie statutarie, con l'obbligo di motivare le deliberazioni anche legislative, costituisce un limite ingiustificato alla potestà legislativa del Consiglio regionale, ponendosi in contrasto con l'art. 121, comma 2, e col principio secondo cui l'attività legislativa non può essere soggetta all'obbligo di motivazione in quanto attività libera nei fini". Tuttavia, è assai difficile che la Corte possa affrontare nel merito tale censura, in quanto la Regione ha provveduto a modificare lo Statuto per tenere conto delle censure governative.

Va detto che, qualora si dovesse ritenere incostituzionale anche una conseguenza del parere negativo così blanda come la necessità di motivare qualora si intenda distaccarsene, si rischierebbe di svuotare di significato l'attività dell'organo di garanzia. Questo verrebbe privato dell'unica arma che gli resta – una volta che si escluda la necessaria modifica o la riapprovazione a maggioranza qualificata dell'atto – quella dell'obbligo, per i soggetti (politici) che si trovano ad incorrere in una censura (tecnico-giuridica) di aprire un dialogo trasparente con l'organo di garanzia, che metta l'opinione pubblica in grado di prendere consapevolezza del contrasto tra sfera della politica e sfera del diritto.

3. *La Consulta di garanzia statutaria secondo l'art. 69 dello Statuto della Regione Emilia-Romagna*

L'art. 69 dello Statuto dell'Emilia-Romagna, collocato nel Titolo VIII, "Garanzie e controlli", prevede la "Consulta di garanzia statutaria". Tale organo risponde perfettamente alle caratteristiche, strutturali e funzionali, che connotano, nei nuovi

Statuti regionali, gli organi di garanzia statutaria.

Quanto alla composizione, infatti, si tratta di organo strettamente legato al Consiglio regionale (che, secondo l'art. 27 "costituisce l'Assemblea legislativa" e con questo nome è indicato nello Statuto), dal quale sono nominati tre dei cinque componenti, e al Consiglio delle autonomie, che nomina i rimanenti due membri. Il ruolo che nella formazione della Consulta svolge il Consiglio delle autonomie è particolarmente significativo, in quanto nessuno Statuto regionale prevede che una parte così consistente dei componenti sia scelta dall'organo regionale di rappresentanza degli enti locali.

A differenza di quanto, come si è detto, dispone la maggior parte degli Statuti, non è prevista alcuna maggioranza qualificata per l'elezione dei tre membri nominati dall'Assemblea legislativa. Il comma 5 dell'art. 69 stabilisce che "la legge regionale assicura alla Consulta autonomia regolamentare, organizzativa e detta ulteriori disposizioni relative alla sua costituzione": quest'ultima previsione pare riferirsi proprio ai *quorum* necessari per l'elezione. È pertanto ancora aperta la possibilità di introdurre una norma la cui assenza rappresenta una vera e propria grave lacuna nello Statuto, che, in virtù della sua stabilità e della maggioranza necessaria per approvarlo, ne avrebbe costituito la sede privilegiata. E' indispensabile che la legge regionale sulla Consulta preveda una maggioranza qualificata per l'elezione dei componenti dell'organo, dando concretezza, in tal modo, al principio della tutela dei diritti dell'opposizione, proclamato in più punti dallo Statuto. Tale legge dovrà anche determinare le maggioranze necessarie per eleggere i due componenti che sono scelti dal Consiglio delle autonomie locali. Il silenzio dello Statuto sul punto è facilmente comprensibile, dato che l'art. 23 ha rinviato alla legge regionale lo scioglimento del difficile nodo della composizione di quest'organo, limitandosi a dettare alcuni principi in materia.

Quanto ai requisiti per la nomina, è espressamente previsto, nel comma 3 dell'art. 69, che sia la legge a stabilire "i requisiti per la scelta dei componenti della Consulta", aggiungendo peraltro, subito dopo, che sono "individuati tra magistrati in quie-

scenza o fuori ruolo, docenti universitari in materie giuridico-amministrative e tra figure che abbiano maturato significativa esperienza nel settore giuridico-amministrativo". L'Emilia-Romagna, pertanto, ha optato, come la maggior parte delle Regioni, per una Consulta nella quale i componenti siano tutti dotati di competenze tecnico-giuridiche, escludendo chi abbia unicamente esperienza politica.

La precisa individuazione delle categorie, tuttavia, è rimessa alla legge regionale, rispetto alla quale lo Statuto fornisce alcuni principi, invero non del tutto chiari. Infatti, a parte l'ovvia constatazione della genericità dell'ultima categoria (che spetterà alla legge dissipare), appare definita in termini poco corretti anche quella dei docenti universitari: è assai difficile, sulla base dei raggruppamenti disciplinari attualmente esistenti, comprendere quali possano essere le "materie giuridico-amministrative" e sarà interessante verificare come la legge regionale riuscirà a venire a capo della questione.

Lo stretto legame con il Consiglio regionale è reso evidente dalla previsione relativa alla nomina e alla durata in carica della Consulta. A differenza di quanto avviene nella maggior parte degli Statuti, che prevedono direttamente la durata dell'organo, di solito più lunga di quella del Consiglio regionale, e la non rieleggibilità dei componenti ⁽⁶⁾, lo Statuto dell'Emilia-Romagna fa coincidere la durata della Consulta con la legislatura consiliare, limitandosi a stabilire, come unico elemento di differenziazione, che essa deve essere nominata non prima di dodici mesi e non dopo diciotto mesi dall'insediamento dell'Assemblea. Questa norma, che non si rintraccia in alcuno Statuto regionale, è comparsa, nel corso dei lavori preparatori, al fine di consentire ad ogni Consiglio regionale di "disporre di un organo di garanzia che riconosce" ⁽⁷⁾ e, proprio per questo,

(6) La durata di 6 anni è stabilita negli Statuti di Calabria, Lazio, Liguria, Piemonte, Toscana, di 5 anni in Abruzzo; in queste Regioni è prevista anche la non rieleggibilità. Tacciono su durata e rieleggibilità gli Statuti di Basilicata, Molise, Puglia, Umbria, Veneto.

(7) Nella seduta della Commissione Statuto del 28 ottobre 2003, nella quale la norma ha fatto la sua comparsa, nella forma dell'emendamento 226/Mazza, il proponente, "consigliere Mazza afferma che ogni Consiglio ha il diritto di disporre di un organo

contribuisce a indebolire, al di là della proclamazione di principio contenuta nel comma 1 dell'art. 69 ⁽⁸⁾, l'indipendenza dell'organo, peraltro già attenuata dai generici requisiti previsti per la nomina e dall'assenza di maggioranze qualificate. Né pare in grado di fornire un sufficiente riequilibrio la previsione del comma 4, secondo la quale l'ufficio di componente della Consulta è incompatibile con quello di componente dei Consigli e delle Giunte regionali, provinciali e comunali, di parlamentare regionale ed europeo. Tale disposizione, infatti (a parte i dubbi sulla sua conformità all'art. 122, comma 1, Cost.), detta requisiti di incompatibilità davvero minimi, in assenza dei quali si potrebbe persino dubitare di essere di fronte ad un organo di garanzia.

Le funzioni della Consulta sono elencate nell'art. 69.1. Si tratta di un elenco aperto, in quanto è espressamente stabilito che altre funzioni possono esserle attribuite dalla legge.

Al comma 1, lett. c) dell'art. 69, si rinviene la funzione tipica degli organi di garanzia statutaria, che costituisce la loro stessa ragion d'essere: il parere sulla conformità allo Statuto delle leggi (e dei regolamenti) regionali. I casi, i modi e le forme della richiesta di tale parere non sono previsti direttamente dallo Statuto, ma è disposto che siano disciplinati dal regolamento dell'Assemblea legislativa. Tale rinvio al regolamento ingenera qualche perplessità. Ciò non tanto perché il regolamento è adottato "soltanto" a maggioranza assoluta, sulla base dell'art. 27: anzi, questa previsione appare più garantistica, specie nei confronti delle minoranze, di quanto non avrebbe potuto essere un semplice rinvio alla legge regionale (che, come si è detto, è contenuto in molti Statuti), tenuto conto anche che tra i principi del regolamento c'è, ai sensi dell'art. 31, la tutela dei diritti delle opposizioni. Il problema che sorge attiene invece alla possibilità, per la fonte regolamentare, di disciplinare non

di garanzia che riconosce. Propone, a tal fine, di prevedere la nomina della Consulta dopo dodici ed entro diciotto mesi dall'entrata in carica del Consiglio". L'emendamento è approvato, all'unanimità, nella seduta successiva dell'11 novembre 2003.

(8) Che parla della Consulta come "organo autonomo e indipendente della Regione".

tanto i “modi e le forme” della richiesta di parere, quanto i “casi”, o, almeno, alcuni di essi. Il regolamento, in quanto fonte a competenza riservata, ma soprattutto limitata, può prevedere la richiesta di parere alla Consulta da parte di organi estranei alla Assemblea medesima? Tale questione non si pone per il Presidente della Regione, che, come si è visto, molti Statuti inseriscono tra i soggetti legittimati a chiedere il parere, in quanto ai sensi dell’art. 29 dello Statuto fa parte dell’Assemblea legislativa, ma potrebbe porsi per la Giunta regionale, qualora la legge elettorale confermi la incompatibilità tra la carica di assessore e quella di consigliere prevista nello Statuto, con norma dichiarata incostituzionale dalla Corte, soltanto però perché contenuta nello Statuto e non nella legge elettorale ⁽⁹⁾. Il problema sorge, soprattutto, per il Consiglio delle autonomie locali: è possibile che il regolamento dell’Assemblea disciplini il ricorso alla Consulta del Consiglio delle autonomie locali, circa la conformità allo Statuto di una legge o di un regolamento regionale? La risposta negativa a tale domanda provocherebbe una situazione paradossale, specialmente considerando che dalla composizione della Consulta risulta in Emilia-Romagna un legame con il Consiglio delle autonomie più stretto che in qualsiasi altra Regione. Non pare che la richiesta di parere di conformità statutaria possa essere avanzata dal Consiglio delle autonomie per la via della lettera *d*) del medesimo art. 69.1, che si riferisce ad una delle “altre competenze” della Consulta, quale il parere sui conflitti di competenza tra gli organi previsti dallo Statuto (“anche in relazione all’obbligo istituzionale di tenere comportamenti ispirati al principio di leale collaborazione”, si precisa). Tale parere può essere chiesto da un quinto dei consiglieri regionali o dei componenti il Consiglio delle autonomie locali.

Tra le “altre competenze”, figura poi quella, presente nella maggior parte degli Statuti regionali, di esprimere pareri in materia di iniziativa popolare e di referendum (art. 69, comma 1, lett. *b*)).

Riguardo all’iniziativa legislativa popolare, l’art. 18 precisa

(9) Si tratta dell’art. 45.2, dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 379/2004.

che la Consulta verifica la sussistenza del *quorum* richiesto. Circa il referendum, l'art. 20 rimette alla Consulta il giudizio sulla ammissibilità di quello abrogativo, l'art. 21 di quello consultivo, stabilendosi in entrambi i casi che tale giudizio sarà regolato dalla legge. L'art. 22, poi, con una previsione assolutamente originale nel panorama degli Statuti regionali, affida alla Consulta il compito di formulare i quesiti in caso di referendum confermativo statutario, qualora si tratti di modifiche relative a più argomenti, in modo tale che si tratti di quesiti su temi omogenei.

Una competenza affidata alla Consulta, che non ci pare di poter riscontrare in altri Statuti, è quella dell'art. 69, comma 1, lett. a): la Consulta prende atto degli eventi che causano l'anticipata cessazione dalla carica degli organi elettivi e dichiara la modalità di amministrazione ordinaria della Regione fino all'elezione di nuovi organi elettivi.

Le conseguenze dei "pareri" (così espressamente definiti) della Consulta sono disciplinate nell'art. 69.2, con una norma che parrebbe valere per tutte le competenze dell'organo, elencate nel precedente comma 1, ma che risulta di difficile applicazione per quelle di cui alle lettere a) e b).

Il comma 2 dell'art. 69, infatti, afferma che "i pareri della Consulta, salvi gli effetti espressamente previsti da disposizioni di legge o di regolamento, non determinano alcun obbligo, salvo quello di motivare in caso di dissenso rispetto al parere espresso".

Per la competenza dell'art. 69.1 lett. a), non appena menzionata, è facile sostenere che la disposizione del comma 2 non trova applicazione, in quanto non di parere si tratta, ma di "presa d'atto" e "dichiarazione".

Più complicato è il problema dell'art. 69.1, lett. b), ove espressamente si menzionano, circa iniziativa popolare e referendum, "provvedimenti" e "pareri" della Consulta. È però difficile sostenere che il "parere" sull'ammissibilità dei referendum "non determini alcun obbligo". La via d'uscita è fornita dalla legge sul referendum che, a detta dello stesso art. 69.2 potrà espressamente prevedere effetti diversi per i pareri della

Consulta.

In definitiva, l'art. 69.2 disciplina gli effetti dei pareri resi nell'esercizio delle competenze di cui alle lettere *c)* e *d)* del comma precedente: pareri di conformità statutaria e pareri sui conflitti di competenza. Con l'avvertenza che anche in questo campo potrebbe, ai sensi del medesimo comma 2, intervenire la legge (o il regolamento!) regionale.

Pur ricondotta a tale limitata sfera, la disposizione, che ha superato indenne il controllo governativo, non essendo stata inclusa tra quelle oggetto di ricorso alla Corte costituzionale, non è esente da perplessità: l'obbligo di motivare in caso di dissenso rispetto al parere espresso, quando si intenda distaccarsene, è infatti analogo a quanto previsto dalla disposizione (impugnata) contenuta nello Statuto dell'Abruzzo, e successivamente modificata dal Consiglio regionale abruzzese, alla quale si è già fatto riferimento. La stessa sentenza n. 378/2004 sullo Statuto dell'Umbria lascia intravedere qualche dubbio sulla sua legittimità costituzionale, come si è accennato in precedenza.

Sorge qui il problema delle norme statutarie viziate, che non siano state impugnate o che abbiano superato, attraverso una decisione meramente processuale, il giudizio in via principale della Corte costituzionale: è vero che resta sempre aperta la via del giudizio incidentale, ma è altrettanto vero che non è semplice individuare casi nei quali questioni che abbiano ad oggetto norme statutarie di organizzazione possano essere rilevanti per un giudizio di fronte ad un giudice comune. Il "privilegio del legislatore" (in questo caso statutario) che impronta il nostro sistema di giustizia costituzionale, vuole, comunque, è forse il caso di ricordarlo, che le norme primarie della cui costituzionalità si dubita producano normalmente i loro effetti, finché non siano dichiarate incostituzionali dal giudice speciale a ciò preposto, la Corte costituzionale.

4. *Una prima valutazione delle norme statutarie sugli organi regionali di garanzia*

L'esame degli Statuti regionali (compreso quello dell'Emilia-Romagna), anche alla luce della sentenza n. 378/2004 della Corte costituzionale, consente di compiere una prima valutazione riguardo agli organi di garanzia statutaria, pur nella consapevolezza che alcuni di questi testi non sono ancora definitivi, che manca una Regione importante come la Lombardia, che molti aspetti debbono essere disciplinati da leggi regionali di attuazione (secondo quanto ha affermato la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 378/2004).

Un primo dato significativo è costituito dalla scelta, fatta, come si è detto, da quasi tutte le Regioni, di introdurre il nuovo organo. Si tratta, infatti, di un organo meramente eventuale, che le Regioni non erano tenute ad istituire. Occorre pertanto interrogarsi sulle ragioni di questo orientamento regionale, al di là di una qualche tendenza all'imitazione (ovvero alla "circolazione dei modelli") che sempre connota questo tipo di "stagioni statutarie" ⁽¹⁰⁾.

Perché, in altri termini, la classe politica regionale ha scelto di autolimitarsi, sottoponendosi, sia pure con limiti e cautele, a un organo di tipo tecnico-giuridico, quando non era obbligata a farlo? E perché lo ha fatto in un momento storico in cui, come è noto, gli istituti di garanzia, di tipo "antimaggioritario", attraversano, nel nostro ordinamento, una crisi profonda, in nome della difesa del principio di maggioranza e della onnipotenza delle assemblee elettive, ritenute (ancora una volta) espressione della volontà generale?

Mi pare di poter sostenere che le ragioni che hanno guidato gli autori degli Statuti regionali sono le stesse che avevano portato la dottrina a ipotizzare l'istituzione di un organo di questo tipo ⁽¹¹⁾.

(10) Sulla sostanziale omogeneità degli Statuti v. A. RUGGERI, *La specialità regionale in bilico tra attuazione e riforma della riforma (lineamenti di una ricostruzione)*, 30 giugno 2004, in www.issirfa.cnr.it.

(11) Ci sia consentito rinviare a T. GROPPI, *Quale garante per lo Statuto regionale?*,

Da un lato la volontà di valorizzare la nuova fonte-Statuto regionale, visto come “atto fondante della comunità regionale”, di marcare una discontinuità con la precedente esperienza, quando gli Statuti, il cui rispetto era affidato nelle sole mani della Corte costituzionale, erano rimasti in un limbo remoto. Dall’altro il tentativo di introdurre uno strumento volto a limitare le maggioranze politiche, rafforzate dall’elezione diretta del Presidente, al fine di fornire una garanzia per tutte le componenti della comunità regionale e soprattutto per le minoranze politiche e le comunità locali, comunali e provinciali.

Una volta individuate, in estrema sintesi, le ragioni di una scelta apparentemente controcorrente, occorre però chiedersi se i risultati sono conformi alle aspettative. Purtroppo, a seguito dell’esame degli Statuti, e nell’attesa delle leggi di attuazione, mi sembra di dover rispondere di no.

Ciò per due ordini di ragioni, in parte “endoregionali”, in quanto collegate alla disciplina dell’organo di garanzia contenuta negli Statuti, in parte “esoregionali”, connesse alla configurazione che lo Statuto regionale ha assunto nella giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo, l’esame delle norme statutarie sull’organo di garanzia mostra che, sia pure con alcune differenze, si è dato vita a organi che solo con difficoltà riusciranno a conquistare la propria autonomia nei confronti dei Consigli regionali. Ciò è vero non solo per Regioni come la Puglia, nelle quali la maggioranza dei membri proviene da una precedente esperienza politica, ma anche per quelle, come l’Emilia-Romagna, nelle quali lo Statuto non prevede maggioranze qualificate per l’elezione dei componenti, dove la durata dell’organo è analoga a quella del Consiglio regionale, dove i requisiti dei componenti sono delineati in termini generici. A questo si aggiungano i poteri estremamente limitati che, anche in conseguenza della sentenza n. 378/2004, possono essere riconosciuti all’organo in questione, le cui decisioni sono ridotte a meri pareri per superare i quali non pare possibile neppure prevedere una maggioranza quali-

in *Le Regioni*, 2001, p. 844 ss.

ficata.

Un secondo motivo per il quale gli organi di garanzia si distaccano dalle aspettative che ne avevano circondato l'elaborazione teorica è costituita dalla configurazione che lo Statuto regionale ha assunto nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 372/2004. Tale sentenza, infatti, e poi le successive nn. 378 e 379/2004, nell'affermare che alle proclamazioni di obiettivi e di impegni contenute negli Statuti, "anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello Statuto" e che esse "non possono certo essere assimilate alle cd. norme programmatiche della Costituzione, alle quali, per il loro valore di principio, sono stati generalmente riconosciuti non solo un valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa, ma soprattutto una funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti", sottolinea che "non siamo in presenza di Carte costituzionali, ma solo di fonti regionali "a competenza riservata e specializzata", cioè di Statuti di autonomia, i quali, anche se costituzionalmente garantiti, debbono comunque "essere in armonia con i precetti ed i principi tutti ricavabili dalla Costituzione"". Pertanto, tali enunciazioni statutarie "esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa".

In tal modo, lo Statuto regionale perde la natura, da alcuni in precedenza ipotizzata, di vero *pactum societatis*, di momento fondante dell'ordinamento regionale, per essere ricondotto alla funzione di *instrument of government*, di atto normativo che individua il punto di equilibrio tra i poteri regionali. E quanto più lo Statuto si allontana dalla prospettiva di una "costituzione regionale", quanto più l'organo di garanzia si allontana dall'essere qualcosa di simile a una Corte costituzionale. Privato di una parte del suo parametro (in quanto molte disposizioni statutarie sono state spogliate di natura normativa, per svolgere

una “funzione di natura culturale o anche politica”) ⁽¹²⁾, l’organo in questione si trasforma, da garante del pluralismo regionale, come era stato ipotizzato, a garante della corretta dinamica dei poteri regionali, chiamato ad occuparsi essenzialmente di conflitti di competenza e di regolarità delle procedure.

Sarà la concreta esperienza a mostrare se questa sarà la definitiva configurazione degli organi regionali di garanzia statutaria, oppure se essi, così come hanno fatto in passato organi di garanzia in partenza previsti come “deboli” ⁽¹³⁾, saranno in grado di ampliare la portata e gli effetti del proprio controllo.

(12) La non parametricità delle enunciazioni statutarie “promozionali” è rilevata da A. RUGGERI, *Gli Statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, cit., ove si afferma che non può aversi nessuna sanzione per il caso in cui rimangano lettera morta.

(13) Si potrebbe pensare, quanto al parametro limitato alle norme sul riparto di competenza, al Conseil Constitutionnel francese o alla Cour d’Arbitrage belga, che hanno saputo poi espanderlo fino a ricomprenservi i diritti fondamentali; quanto al carattere preventivo del controllo, allo stesso Conseil Constitutionnel, che cionondimeno ha elaborato un complesso sistema di decisioni interpretative; quanto alla possibilità di superare le decisioni di incostituzionalità con semplici leggi ordinarie, all’esperienza delle Corti supreme canadese, neozelandese, israeliana, o più di recente a quella del Judicial Committee del Privy Council inglese, in riferimento allo Human Rights Act. Per alcuni riferimenti, v. M. OLIVETTI, T. GROPPI, *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffré, Milano, 2003. In particolare, sulla “giustizia costituzionale debole” in riferimento alla possibilità per il legislatore di “scavalcare” le decisioni delle corti v. i molti interventi di M. TUSHNET sulle “weak forms of judicial review”. Ad esempio, M. TUSHNET, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 2003, vol. 101, n. 8, p. 2781 ss.

I rapporti tra Regione ed enti locali nel nuovo Statuto della Regione Emilia-Romagna

di Francesco Merloni

Sommario

1. *Premessa. Come leggere le norme statutarie sui rapporti Regioni-enti locali.* – 2. *I punti di verifica: a) la distribuzione delle funzioni.* – 3. *Segue: b) i rapporti tra legge regionale e autonomia normativa locale.* – 4. *Segue: c) l'organizzazione territoriale degli enti locali.* – 5. *Segue: d) la finanza locale.* – 6. *Segue: e) le garanzie regionali dell'autonomia locale.* – 7. *Segue: f) i controlli e le altre forme di verifica.* – 8. *Segue: g) la leale collaborazione tra Regione ed enti locali.* – 9. *Da una Regione capofila ci si poteva aspettare di più?*

1. Premessa. Come leggere le norme statutarie sui rapporti Regioni-enti locali ⁽¹⁾

Il tema dei rapporti tra Regioni ed enti locali costituisce uno dei capitoli più controversi e nello stesso tempo più decisivi per l'affermazione di un Stato effettivamente autonomista.

Nel corso degli oltre quarant'anni trascorsi dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948, si sono succedute riforme che hanno toccato i diversi livelli di governo territoriale, senza mai integrarsi in modo soddisfacente.

(1) Nell'impossibilità di predisporre una adeguata bibliografia, mi limito qui ad indicare alcuni miei scritti recenti nei quali si possono trovare espone, in forma più ampia, alcune delle tesi sostenute in queste note: *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, n. 2/3; *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto Pubblico*, 2002, n. 3; *I rapporti tra Regioni ed enti locali: dalla separazione (e competizione) alla necessaria collaborazione*, in L. CHIEFFI e G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2004; *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali, nota alla sentenza n. 43/2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4.

Alle riforme “regionali” degli anni ’70 (fino al d.P.R. n. 616 del 1977) si sono affiancate le riforme delle autonomie locali degli anni ’90 (l. n. 142, legge n. 81 del 1993, autonomia fiscale degli enti locali), ma in ogni occasione si è mancata l’opportunità di tracciare un disegno organico. Ogni “riforma” seguiva logiche diverse: la riforma regionale tutta giocata nella ricerca di un proprio spazio, più amministrativo e gestionale che legislativo e di programmazione-coordinamento, a scapito delle amministrazioni esistenti: in particolare quelle statali ma, in misura non trascurabile, anche di quelle locali (si consideri il lungo antagonismo con le Province). La riforma locale, invece, impostata come statica difesa dell’autonomia (amministrativa, finanziaria, normativa) contro il “centralismo regionale”.

Con il risultato, in entrambi i casi, di richiedere sempre interventi normativi di riforma dal centro, mantenendo ciascuno dei livelli di governo con esso un autonomo rapporto. La divisione, anche profonda, tra Regioni ed enti locali e le divergenti strategie di affermazione hanno lungamente favorito il centralismo, il modello politico e amministrativo che l’Italia si è dato con l’Unità a partire dal 1860 e che ancora, nonostante qualche limitata scalfittura, resiste come carattere di fondo.

Solo con la XIII legislatura si è tentato un approccio finalmente sistemico. Dapprima con la legislazione ordinaria (legge n. 59 del 1997 e relativi decreti legislativi delegati). Poi, verso la fine della legislatura, di fronte anche ai risultati, importanti ma non decisivi, conseguiti, seguendo la via della riforma costituzionale (la legge costituzionale n. 3 del 2001, di revisione quasi completa del Titolo V della Parte II della Costituzione, preceduta, due anni prima, dalla legge costituzionale n. 1 del 1999, sulla forma di governo).

Ma, anche con questo nuovo approccio, i problemi non sono finiti.

Il decentramento delle funzioni amministrative promosso dalla legge n. 59, assistito dal potere sostitutivo dell’art. 4, comma 5, ha prodotto il risultato di un nuovo quadro di funzioni attribuite agli enti locali dalla legge statale e dalla legge regionale, ma si è trattato di un disegno sulla carta, non realizza-

to: la gran parte delle funzioni che le stesse leggi regionali hanno attribuito ancora non sono esercitate, in assenza delle necessarie risorse, soprattutto (ma non solo) finanziarie.

Delle due riforme costituzionali, la prima ha seguito lo schema consueto: si è mirato, con l'autonomia concessa alle Regioni di darsi differenziate forme di governo, ma in realtà con l'adozione di un nuovo modello uniforme, fondato sull'elezione diretta del Presidente della Regione (sul quale non mi pronuncio, data l'economia di queste note), a rafforzare l'istituzione regionale, estendendo anche ad essa il sistema elettorale che aveva accresciuto la visibilità e la responsabilità politica degli organi di governo di Comuni e Province.

La riforma del Titolo V, invece, non poteva non porsi il problema di trovare finalmente un punto di sintesi, sciogliendo definitivamente l'ambiguità della collocazione costituzionale delle Regioni.

In particolare si trattava di decidere se le Regioni, secondo una rigorosa interpretazione del modello "federalistico", dovessero essere considerate come gli unici soggetti costitutivi della Repubblica, con il risultato di ricomprendere gli enti locali, pur garantiti in Costituzione, all'interno di un sistema regionale non solo "guidato", ma disciplinato nei suoi tratti essenziali dalla legge regionale.

Ovvero se ridimensionare il ruolo della Regione, esaltando le autonomie locali, soprattutto i Comuni, come i livelli di governo più radicati nel tessuto sociale, attribuendo ad essi (o alle Province, secondo il principio della sussidiarietà verticale) funzioni amministrative proprie e non diversamente distribuibili dalla legge regionale (contro l'"accentramento" regionale) e riconoscendo agli enti locali una più ampia autonomia normativa, configurabile come esclusiva, destinata a non trovare limiti nella legge regionale.

La soluzione introdotta con la legge costituzionale n. 3 è, come largamente noto, sicuramente un compromesso tra le due posizioni. Un compromesso che risente molto della posizione "autonomistica" allorché considera tutti i livelli di governo, dai Comuni allo Stato, come soggetti a pari titolo e con pari dignità

costituzionale, costitutivi della Repubblica (art. 114 Cost.), o quando accoglie un principio di sussidiarietà fortemente centrato sul livello comunale, cui sono in principio riservate tutte le funzioni amministrative, salvo quelle conferite a superiori livelli di governo, per assicurarne l'esercizio unitario (art. 118, comma 1); o quando, poi, riconosce agli enti locali l'autonomia normativa regolamentare, per la disciplina dell'organizzazione del funzionamento delle funzioni attribuite (art. 117, comma 6); o quando, infine, riconosce agli enti locali autonomia di risorse, la possibilità di stabilire e applicare tributi ed entrate proprie e fissa il principio dell'integrale copertura delle funzioni loro attribuite (art. 119).

La posizione "regionalistica" deve registrare, invece, qualche elemento di successo, ricavabile in via interpretativa da diverse disposizioni, in assenza di esplicite affermazioni sul ruolo della Regione nei confronti degli enti locali. Sono punti di forza per configurare un più esplicito ruolo della Regione alcuni poteri che possiamo considerare come "ordinamentali": l'ampliamento significativo delle materie di competenza legislativa, destinate a coincidere largamente con le funzioni amministrative attribuite in sussidiarietà agli enti locali (art. 117 nel suo complesso); la riserva allo Stato solo di una parte della materia "ordinamento degli enti locali", che ormai si restringe alla "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, comma 2, lettera *p*)), lasciando ampio spazio alla differenziazione, disposta sia con legge regionale (nelle materie non attribuibili all'autonomia locale, prime fra tutte l'organizzazione territoriale, i principi generali sull'organizzazione, i controlli esterni o quel che ne resta), sia con i regolamenti locali; la competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario e la riserva di legge (regionale) per la istituzione di tributi locali.

Si tratta, come si può vedere, di un compromesso comunque instabile, perché aperto alle diverse torsioni che le disposizioni costituzionali possono subire in sede di attuazione, con esiti che

ancora oggi non sono affatto prevedibili, come dimostrano le diverse, ma parallele, esperienze dell'attuazione della legge n. 131 del 2003 (cd. "legge La Loggia") e della configurazione del "federalismo fiscale".

In una fase così fluida del processo di attuazione del nuovo Titolo V si inseriscono i nuovi Statuti regionali e, in particolare il testo dello Statuto della Regione Emilia-Romagna, così come approvato in seconda lettura dal Consiglio il 14 settembre 2004, ma non ancora entrato in vigore a causa della sua impugnazione da parte del Governo davanti alla Corte costituzionale.

Come è noto, la spinta alla revisione degli Statuti regionali deriva in primo luogo dalla ricordata legge costituzionale n. 1 del 1999 che ha rimesso, modificando la procedura di approvazione (con legge regionale e non più dello Stato), all'autonomia delle Regioni la determinazione della propria forma di governo, consentendo anche una differenziazione della legge per l'elezione degli organi regionali.

Il tema dei rapporti tra Regione ed enti locali, pur così decisivo nella stessa configurazione del ruolo costituzionale complessivo della Regione, era, dunque, destinato ad avere un'attenzione minore, se si esclude il più limitato tema della istituzione e configurazione del Consiglio delle autonomie locali, previsto come organo necessario dall'art. 123, ultimo comma della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001. Per dirla in modo colloquiale, i "costituenti regionali" erano troppo "in altre faccende affaccendati" per attendersi una revisione organica delle precedenti disposizioni statutarie sui rapporti con gli enti locali, anche se scritte in un'epoca del tutto diversa, allorché era vigente un testo costituzionale (vecchio art. 128 Cost.), che riservava allo Stato l'intero ordinamento degli enti locali, lasciando alla Regione solo degli spazi interstiziali, limitati quasi esclusivamente a compiti di promozione delle autonomie locali e ai raccordi con essi nella programmazione regionale.

Pur con questi limiti, la lettura delle disposizioni statutarie in materia di rapporti tra Regione ed enti locali può avere un certo interesse, che sta tutto nel misurare la consapevolezza che esse

dimostrano del mutamento comunque intervenuto nel complessivo quadro costituzionale, consapevolezza quindi della centralità del tema in un sistema centrato sulla sussidiarietà e consapevolezza dell'esistenza di nuovi poteri ordinamentali in capo alla Regione.

Sotto il primo profilo si tratta di verificare se la Regione è conscia del fatto che, una volta attuato in pieno il sistema che di norma attribuisce come proprie le funzioni agli enti locali, cioè del sistema che costruisce tutta l'amministrazione, tutta la risposta alle fondamentali esigenze dei cittadini, a livello locale, in capo a soggetti autonomi, dotati di funzioni, capacità normativa autonoma e risorse proprie, gli strumenti che assicurano alla Regione l'attuazione delle proprie politiche sono destinati a mutare profondamente. Non più propri diretti strumenti di attuazione, a cominciare da un'amministrazione regionale ridimensionata nei suoi apparati, ma riqualificata nella sua capacità di indirizzo generale e di programmazione-coordinamento, ma l'attivazione di una vasta rete di rapporti e di forme di cooperazione con gli enti locali, che devono essere chiamati all'attuazione degli obiettivi regionali, nel rispetto della loro posizione di autonomia. Alla distribuzione dei poteri (*government*) deve corrispondere un diversa capacità di attivazione di strumenti di collaborazione tra soggetti a pari dignità, per singole politiche di settore o per aree territoriali determinate (*governance*).

Sotto il secondo profilo occorre verificare se dalle disposizioni dello Statuto si può ricavare una rivendicazione esplicita dei nuovi poteri riconosciuti dalla Costituzione e qualche indicazione sui modi in cui la Regione intende esercitarli.

L'oggetto della verifica non può essere che lo Statuto e le sue singole disposizioni, con l'avvertenza, però, che occorre avere riguardo anche alla legislazione ordinaria della Regione, soprattutto di quella specificamente rivolta alla disciplina della materia dei rapporti tra Regione ed enti locali o agli aspetti dell'ordinamento degli enti locali che sono ormai divenuti di competenza regionale.

Il caso dell'Emilia-Romagna appare particolarmente utile

per illustrare il punto, perché qui vi è una ampia legislazione in materia, che in qualche caso si può ritenere come anticipatrice delle stesse norme statutarie.

Mentre, infatti, in molte Regioni, in assenza di leggi regionali di esercizio delle nuove competenze, le disposizioni statutarie possono essere interpretate solo come l'apertura di un nuovo scenario futuro, nel caso dell'Emilia-Romagna esistono leggi che già hanno aperto la nuova strada e lo Statuto può essere letto come un suo più stabile e consapevole consolidamento.

Così come alcuni hanno visto nella riforma del Titolo V una "costituzionalizzazione" delle soluzioni già anticipate dalla legge ordinaria statale (in particolare la legge n. 59 del 1997), così si potrebbe considerare lo Statuto emiliano come una conferma (una "statutizzazione") di alcune delle innovazioni introdotte dalla legislazione regionale.

A questo fine la verifica che cerco di svolgere nei punti successivi si baserà sull'analisi, oltre del nuovo Statuto regionale, anche della legge regionale n. 11 del 2001, approvata a nuovo Titolo V non ancora entrato in vigore, e della legge regionale n. 6 del 2004, approvata invece non solo a nuova Costituzione in vigore, ma in piena fase di elaborazione del nuovo Statuto regionale.

2. I punti di verifica: a) la distribuzione delle funzioni

Il primo punto di verifica riguarda la distribuzione delle funzioni tra i livelli di governo e in particolare il ruolo della legge regionale nella distribuzione, come potere di conferire funzioni, ulteriori rispetto a quelle già attribuite come funzioni fondamentali dalla legge statale.

Si tratta di vedere: *a)* come la Regione interpreta i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione; *b)* la tipologia delle forme di conferimento delle funzioni, con particolare riguardo alle funzioni attribuite o delegate; *c)* quale rapporto è stabilito tra la legislazione attuativa dei nuovi poteri regionali e le precedenti normative attributive di funzioni, in particolare

quelle adottate in attuazione del d.lgs. n. 112 del 1998.

Sotto il primo profilo esplicito è il richiamo ai principi fissati nell'art. 118 Cost. La sussidiarietà è evocata anche per limitare le funzioni da attribuire alla Regione (art. 26, comma 2), mentre la differenziazione e l'adeguatezza sono principi strettamente collegati alla valorizzazione delle forme associative degli enti locali (art. 26, comma 2, lettera b)): attraverso le associazioni i Comuni raggiungono, anche con soluzioni differenziate, la dimensione ottimale per svolgere adeguatamente le funzioni che la legge assegna loro. Vi è, in ogni caso, un forte investimento regionale nella direzione di una piena attuazione dei principi costituzionali.

Quanto alle tipologie di conferimento è forse opportuno premettere la interpretazione da dare delle disposizioni costituzionali, anche in rapporto all'uso dei termini fatto nella legislazione precedente. Ho già sostenuto in altra sede, infatti, che la distinzione tra attribuzione e delega di funzioni sia ancora pienamente valida e che il "conferimento" è termine da impiegarsi solo quando si intende fare indistinto riferimento ad entrambi i tipi di assegnazione delle funzioni (come aveva già fatto in precedenza la legge n. 59 del 1997, l'antecedente immediato del nuovo testo costituzionale). In più occasioni il nuovo Titolo V parla in modo qualificato di funzioni "attribuite" e lo fa consapevole delle conseguenze giuridiche che se ne devono trarre. Così l'autonomia normativa di cui al sesto comma dell'art. 117 è riconosciuta solo per le funzioni attribuite (o riconosciute loro come proprie, che è la stessa cosa), mentre non avrebbe senso per le funzioni delegate agli enti locali dallo Stato o dalla Regione, che per esse conservano, essendo i titolari delle funzioni il cui esercizio è delegato, non solo il potere legislativo, ma anche il potere regolamentare; così il principio di integrale copertura con risorse autonome è fissato per finanziare le "funzioni pubbliche loro attribuite" (art. 119), mentre non vale per le funzioni delegate. Nello stesso senso si può affermare che se i controlli esterni sulle funzioni attribuite sono da ritenersi soppressi (a tutela della piena autonomia degli enti locali per il loro esercizio), non altrettanto può dirsi per le funzioni delegate, per le

quali il titolare della funzione conserva anche il potere di più penetranti verifiche sull'esercizio, secondo le regole (legislative o regolamentari) da esso fissate.

La verifica delle disposizioni statutarie non appare da questo punto di vista pienamente soddisfacente. Lo Statuto emiliano, infatti, sembra voler evitare qualificazioni nette e rifugiarsi in qualificazioni più generiche, quali lo stesso "conferimento" (art. 24, comma 4) o l'"allocazione" (art. 26, comma 2, lettera b)).

Di difficile interpretazione il quarto comma dell'art. 24, che sembra riferirsi da un lato ad un generico conferimento (comprensivo di attribuzione e delega) e dall'altro ad un conferimento quasi coincidente con la delega, in considerazione del riferimento alla "finalità e alla durata dell'affidamento", "alle forme di consultazione ai rapporti finanziari e agli obblighi reciproci", tutti elementi, questi ultimi, non coerenti con l'attribuzione piena (e quindi a tempo indeterminato, con la integrale copertura finanziaria e senza obblighi reciproci).

Se fosse vera questa seconda interpretazione, sorge il dubbio che lo Statuto interpreti l'art. 118 della Costituzione nel senso di una netta distinzione tra la titolarità di funzioni proprie, che poi sarebbero le funzioni attribuite dalla legge statale in sede di determinazione delle funzioni fondamentali, e il conferimento (inteso nel senso della nuova forma di delega, partecipata e consensuale, qui descritta), con il risultato che la legislazione regionale potrebbe solo "conferire" (cioè delegare) funzioni. Conclusione non corretta e troppo limitativa, dal momento che la legislazione regionale, il cui ambito oggettivo di competenza è stato nel frattempo notevolmente ampliato, deve poter attribuire funzioni a pieno titolo, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Se, invece, valesse la prima interpretazione (conferimento come comprensivo di attribuzione e delega) la norma in esame sarebbe troppo espansiva dei poteri regionali perché, se il conferimento comprende anche l'attribuzione, per tutte le funzioni "conferite" si aprirebbe uno spazio di negoziazione con l'ente locale che la Costituzione non prevede per le funzioni attribui-

te. Negoziare un “conferimento/delega” è strumento di protezione dell’ente locale dall’assegnazione di una funzione non gradita, perché troppo distante dalle proprie capacità operative o perché non assistita da adeguate risorse finanziarie, mentre negoziare un’attribuzione di funzioni può costituire una diminuzione della autonomia normativa, finanziaria e di esercizio che la Costituzione ha previsto.

Va, infine, aggiunto che lo stesso principio di sussidiarietà può essere applicato solo in sede di attribuzione di funzioni, dal momento che esso distribuisce le funzioni dal basso verso l’alto secondo criteri oggettivi, cioè legati alle caratteristiche delle funzioni e al ruolo e ai caratteri dei livelli di governo. Solo una volta effettuata la distribuzione/attribuzione di funzioni si potrà operare con lo strumento della delega. I soggetti titolari delle funzioni potranno decidere di delegarne in tutto o in parte l’esercizio ad altri enti, con il loro consenso.

Non resta che interpretare l’art. 24, comma 4, dello Statuto emiliano nel senso che esso è stato posto solo per disciplinare i casi di conferimento di funzioni coincidenti con la delega, e che esso si applica a quei (pochi) casi in cui, una volta effettuata l’attribuzione delle funzioni in applicazione della sussidiarietà, l’ente (qui la Regione) che risulta titolare decida di delegarne l’esercizio.

La norma in esame non riguarda, quindi, il diverso potere regionale di attribuire funzioni agli enti locali, che la Costituzione ha riconosciuto alla Regione, ma che lo Statuto ha ritenuto di non dover né rivendicare, né disciplinare.

In questa direzione sembra andare la recente sentenza della Corte costituzionale (n. 379 del 2004) che ha deciso sul ricorso del Governo avverso, in più punti, allo statuto emiliano. Con riferimento proprio all’articolo 24, comma 4, la Corte fa salva la norma dall’eccezione di illegittimità di un conferimento a termine di funzioni agli enti locali, proprio sostenendo la netta distinzione tra funzioni “proprie” e funzioni “conferite”, da assimilarsi, sia pure in un diverso sistema di rapporti, alle funzioni delegate. Queste, quindi, possono essere conferite a termine e sottoposte a controlli non ammissibili per le funzioni proprie.

La relativa confusione terminologica, peraltro, non è propria del solo Statuto emiliano, poiché la quasi coeva legge regionale n. 6 del 2004, nello stesso articolo 12 da un lato parla, correttamente, di attribuzione di funzioni ai Comuni (comma 1) e dall'altro impiega il termine conferimento come perfettamente equivalente ad attribuzione (commi 2 e 3).

Al contrario la legge regionale n. 11 del 2001, con riferimento alle funzioni delle Comunità montane, distingue chiaramente tra funzioni attribuite e funzioni delegate.

E' evidente, quindi, l'influsso esercitato dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V, interpretato, a mio giudizio, in modo non soddisfacente e foriero di future imprecisioni nell'attuazione delle disposizioni statutarie.

Quanto al terzo punto di verifica, l'adeguamento della disciplina regionale vigente, in particolare le leggi già attributive di funzioni agli enti locali in attuazione del d.lgs. n. 112 del 1998, lo Statuto non si pronuncia, neanche con norme transitorie. Si deve ritenere, quindi, che il legislatore statuario consideri non meritevole di aggiustamenti significativi la legge regionale n. 3 del 1999, che potrà essere modificata per via di legge regionale ordinaria.

3. Segue: b) *i rapporti tra legge regionale e autonomia normativa locale*

Si tratta di uno degli aspetti più complessi e decisivi nella configurazione dei rapporti tra Regione ed enti locali, in presenza di disposizioni costituzionali che hanno dato luogo a diverse interpretazioni. Si tratta, in particolare, di stabilire quale sia il ruolo rispettivo della legge regionale e dei regolamenti di autonomia degli enti locali. L'interpretazione dell'art. 117, comma 6, della Costituzione che ho avuto occasione di sostenere è che questa disposizione non possa configurare una assoluta "riserva di regolamento", con esclusione di ogni altra fonte (in particolare della legge, statale e regionale). Secondo la diversa interpretazione avanzata, fin qui minoritaria, la legge dovrebbe

limitarsi ad attribuire le funzioni ai diversi livelli di governo, senza poter fissare alcun principio, limite o obiettivo all'autonomia normativa degli enti locali, conseguenza palesemente assurda, perché finirebbe per vanificare e privare di ogni contenuto la stessa autonomia legislativa della Regione.

La nuova normativa costituzionale non può che essere letta come necessario concorso tra legge regionale e potere statutario e regolamentare locale, con la prima che può fissare obiettivi, garantire diritti, determinare *standard* o livelli di prestazioni, porre principi generali, ma nel rispetto di un effettivo esercizio dell'autonomia normativa locale. Una legislazione regionale, quindi, prevalentemente di principio, non invasiva, con norme di dettaglio, del potere locale di definire autonome e differenziate soluzioni organizzative e procedurali per lo svolgimento delle funzioni attribuite (o proprie). In termini sintetici si può affermare che la legge regionale può (e, in tutti i casi di riserva di legge, deve) fissare il *cosa* (quali compiti, per quali obiettivi, con quali garanzie), mentre all'autonomia locale è riservato il *come* (con quali risorse, con quale organizzazione, con quali procedure).

Si tratta di una sintesi verbale che, però, dovrà trovare nella prassi attuativa un adeguato svolgimento.

La lettura dello Statuto comporta, quindi, una verifica del modello adottato sui rapporti tra legge regionale e autonomia normativa locale, verifica da svolgersi sui punti più rilevanti, quali: *a)* il carattere necessariamente di principio della legge; *b)* i modi per riportare l'intera disciplina regionale ai suoi caratteri necessari (per esempio attraverso una organica revisione della disciplina regionale vigente); *c)* la perdita del potere regolamentare regionale in ordine alle funzioni attribuite agli enti locali; *d)* quali siano gli spazi aperti da subito all'autonomia locale (per esempio se vi sia il potere dei regolamenti locali di individuare nella disciplina vigente i soli limiti di principio e di considerare cedevoli, e perciò modificabili, le disposizioni di dettaglio). Il tutto verificando se vi sia consapevolezza che l'esigenza di costruire questi nuovi rapporti riguarda solo le funzioni attribuite, mentre per le funzioni delegate non vi è

dubbio che la Regione conserva il potere regolamentare (il potere di determinare anche il come le funzioni debbano essere svolte).

Sul punto nello Statuto emiliano non troviamo una norma espressa, che regoli il rapporto tra le fonti normative, fissandone il contenuto rispettivo.

Qualche indicazione indiretta troviamo nell'art. 24, comma 4, relativo alle modalità di "conferimento" delle funzioni. Se, come parrebbe, il conferimento in questo caso coincide con la delega di funzioni, avremmo un esempio di consapevolezza del diverso contenuto della legge regionale nel caso di delega. Come si è già ricordato, infatti, la norma attribuisce alla legge regionale il potere di definire "finalità, durata dell'affidamento", "forme di consultazione, rapporti finanziari ed obblighi reciproci", tutti contenuti da ritenersi esclusi nel caso dell'attribuzione di funzioni.

Un'altra indiretta indicazione si può ricavare dall'art. 26, comma 2, lettera b), laddove si distingue tra disciplina delle funzioni amministrative e determinazione della loro allocazione, che dimostrerebbe la volontà del costituente regionale di non limitare il ruolo della legge regionale alla sola allocazione delle funzioni, ma di rivendicare un potere di disciplina del loro esercizio.

Più significative, invece, le norme della legge regionale n. 6 del 2004, che dedica al tema del rapporto tra le fonti normative l'art. 8. Al primo comma si esplicita il riconoscimento dell'autonomia normativa degli enti locali, ma la si circoscrive nel rispetto dei limiti fissati dalla legge regionale "al fine di assicurare i requisiti minimi di uniformità, con particolare riferimento ai diritti civili e sociali". Vi è, quindi, una rivendicazione di un necessario intervento della legge regionale, il cui contenuto viene fissato utilizzando la formula, a mio giudizio non particolarmente felice (perché generica), dei requisiti minimi di uniformità, introdotta dalla legge n. 131 del 2003, mentre più significativo il richiamo ai diritti civili e sociali, la cui garanzia unitaria è in effetti il compito principale della legge.

Nella legge richiamata non troviamo nessun riferimento al

carattere necessariamente di principio della legge regionale, alla necessità di una revisione della disciplina vigente, ovvero alla cedevolezza delle disposizioni regionali dettaglio di fronte all'esercizio dell'autonomia regolamentare da parte degli enti locali.

Unico riferimento utile è contenuto nel comma 2 dell'art. 8, che esplicita la perdita del potere regolamentare della Regione per la disciplina delle funzioni amministrative attribuite agli enti locali, perdita che viene regolata come progressiva cessazione di efficacia di tali regolamenti con l'entrata in vigore dei regolamenti locali.

Dalla lettura congiunta dello Statuto e della legislazione regionale più recente emerge, quindi, da un lato una sicura consapevolezza dell'esistenza e delle dimensioni del problema del rapporto tra le fonti regionali e dall'altro una certa prudenza, se non reticenza, a disciplinarlo in modo pieno ed organico.

4. Segue: c) *l'organizzazione territoriale degli enti locali*

Nella materia dell'organizzazione territoriale degli enti locali si devono comprendere sia i tradizionali poteri regionali relativi alla determinazione del territorio dei Comuni, alla promozione di forme associative, alla disciplina delle Comunità montane (fin qui previste però dalla legge statale), sia i nuovi poteri regionali di autonoma e differenziata disciplina dell'intera materia delle forme associative. Non solo promozione, ma diretta disciplina della tipologia delle forme associative sono oggi di competenza regionale, dal momento che non vi è più in materia una riserva di legge statale.

La verifica da compiersi deve pertanto riguardare la consapevolezza di questi nuovi spazi aperti alla legislazione regionale e, dove esercitati, quali siano le prime tendenze di merito. Sul primo punto si tratta, in particolare, di verificare se: a) la Regione continui a considerare la materia come di competenza statale, riservandosi solo i precedenti poteri di intervento; b) se rivendichi i nuovi poteri, ma di fatto li eserciti nel senso della

semplice conferma dell'assetto organizzativo degli enti locali delineato nella legislazione nazionale (in particolare nel t.u. sulle autonomie locali), con una mera rinnovazione della fonte (regionale invece che statale); c) se modifichi direttamente la disciplina e lo faccia in modo organico o solo per punti.

Nello Statuto le disposizioni in materia sono abbastanza scarse e non contengono una diretta rivendicazione del potere di disciplinare in modo organico la nuova competenza legislativa.

Vi troviamo, infatti, in primo luogo, il principio della valorizzazione delle forme associative, inserito, però, nella potestà legislativa sulla disciplina delle funzioni amministrative della determinazione della loro allocazione (art. 26, comma 2, lettera b)). Le forme associative non sarebbero una distinta materia di competenza legislativa, ma uno degli strumenti per l'attuazione dei principi di distribuzione delle funzioni (sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione).

In secondo luogo vi è una forte rivendicazione di poteri relativamente alla Città metropolitana di Bologna, sia pure "in conformità con la disciplina stabilita dalla legge dello Stato", poteri che comprendono la "delimitazione dell'area metropolitana", la "costituzione della Città metropolitana", la "individuazione delle sue funzioni" (art. 26, comma 3). In questo caso la rivendicazione appare, al contrario, eccessiva, dal momento che si tratta di poteri che difficilmente possono essere tutti riconosciuti alla Regione. Se la Città metropolitana è ente reso necessario dal nuovo testo costituzionale; se esso è alternativo e di pari livello della Provincia (di cui eredita le funzioni); se spetta allo Stato la determinazione delle funzioni fondamentali anche per le Città metropolitane, il ruolo della Regione non potrà che risulterne ridimensionato: la delimitazione del territorio della Città metropolitana è effettuata con la legge statale che procede alla istituzione del nuovo ente (così come avviene in base all'art. 113 Cost. per le Province). Alla Regione spetta (e va rivendicato) un peso importante nel processo costitutivo, ma non la parola finale, che resta allo Stato. Quanto alle funzioni, alla legge regionale spetta l'individuazione, nelle materie di propria compe-

tenza legislativa, delle ulteriori funzioni da attribuire alla Città metropolitana, in aggiunta a quelle individuate dalla legge statale. Anche su questa disposizione si è di recente pronunciata la Corte costituzionale con la ricordata sentenza n. 379 del 2004, con una pronuncia assai poco significativa: in poche righe la Corte si limita, molto sbrigativamente, ad affermare che il richiamo al “rispetto della disciplina stabilita dalla legge dello Stato” non consente di dedurre dalle disposizioni dello Statuto che la Regione voglia “contraddire la competenza statale esclusiva in tema di determinazione delle funzioni fondamentali” delle Città metropolitane, quando il problema principale non stava nella individuazione delle funzioni, ma nella delimitazione del territorio metropolitano e nel potere di costituzione della Città metropolitana.

Maggiori indicazioni sull’atteggiamento generale della Regione si ricavano dalla lettura delle due leggi regionali già più volte richiamate.

Nella legge regionale n. 11 del 2001 non si rinvencono tracce della rivendicazione di un pieno ruolo regionale, mentre è ancora insistito il riferimento al modello tracciato nel t.u. degli enti locali. In essa, infatti, da un lato si indicano alcuni principi forti di indirizzo regionale nella promozione delle forme associative, quali la priorità assegnata alla fusione e alle unioni tra Comuni, ma si recepiscono le due soluzioni organizzative tipiche della legislazione statale, con espresso rinvio alla relativa disciplina: le Comunità montane (di cui si ribadisce la natura di unioni di Comuni, secondo la soluzione del t.u.) e, appunto, le unioni di Comuni. Dall’altro introduce una nuova tipologia di forma associativa, le Associazioni intercomunali, alternative alle unioni di Comuni e alle Comunità montane (nel senso che si realizzano tra i Comuni non già compresi in unioni e Comunità montane), ma prive di personalità giuridica, utilizzando lo strumento della convenzione per la costituzione di uffici comuni. Si tratta di una soluzione originale, che viene però costruita con pezzi non originali, ma scelti per intero tra gli strumenti posti a disposizione dalla disciplina statale (convenzioni, uffici comuni, potere regionale di determinare gli ambiti territoriali

ottimali per l'esercizio associato di funzioni comunali).

Con la legge n. 6 del 2004 il quadro generale sembra essere già cambiato, sia pure di poco. Intanto non si fanno più riferimenti espressi al t.u. delle autonomie locali (anche se non viene abrogata la legge n. 11 del 2001 che tali riferimenti contiene, come si è appena visto) e si assume un piglio che appare di diretto esercizio di un potere proprio. Si veda in proposito il potere regionale di fissare non più i precedenti "ambiti territoriali di esercizio", ma i "requisiti demografici, organizzativi o di estensione territoriale" per l'esercizio delle funzioni "conferite" (qui da intendersi, se ben comprendo, come attribuite, visto anche il comma 1 dello stesso articolo) ai Comuni (art. 12, comma 3). In tal modo la Regione condiziona esplicitamente il "conferimento" al soddisfacimento dei requisiti, attraverso una delle forme associative previste (Unioni, Comunità montane, Associazioni intercomunali) e rende di fatto, in rapporto ad alcune funzioni, obbligatorio il ricorso alle forme associative (salva l'autonomia dei Comuni nel disciplinarne il funzionamento interno), come si ricava, per differenza, anche dall'art. 13, che prevede il ricorso facoltativo alle forme associative "quando la legge non stabilisce" questi requisiti.

Si veda anche la nuova disciplina delle Comunità montane, che non costituisce una organica rivisitazione di questa tipologia associativa (si deve ritenere ancora in vigore la disciplina contenuta nella legge regionale n. 11, come abbiamo visto contenente ampi riferimenti e rinvii al t.u. statale), ma procede ad una ridefinizione degli organi e del loro funzionamento che, in assenza questa volta di ogni rinvio alla legge statale, può essere letta come una rivendicazione del potere di disciplina diretta della materia.

In conclusione, sul punto: siamo di fronte ad un processo nel quale la Regione tende ad esercitare in modo sempre più significativo i suoi nuovi poteri, ma non procede ad una organica nuova disciplina della materia, preferendo modificare per singole parti la disciplina statale vigente, che viene mantenuta in vigore.

5. Segue: d) *la finanza locale*

La finanza locale è un'altra materia che si apre ad un intervento molto significativo delle Regioni, nonostante essa sia stata da sempre considerata terreno riservato alla legislazione statale, canale privilegiato dei rapporti diretti delle autonomie locali e delle loro associazioni nazionali con il Governo (Ministero dell'interno).

In questa materia oggi dobbiamo registrare che il nuovo Titolo V non riserva più espressamente né la generale materia dell'ordinamento degli enti locali, né quella della finanza locale.

Le disposizioni costituzionali più rilevanti sono quelle dell'art. 117, comma 3, che attribuisce alla competenza legislativa regionale concorrente l'"armonizzazione dei bilanci pubblici e [il] coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" e quelle dell'art. 119. Per quest'ultimo vanno in particolare segnalate le disposizioni che prevedono un potere rispettivo di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni nello stabilire e applicare tributi ed entrate propri "in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica" (comma 2); la previsione di un fondo perequativo statale (comma 3); il principio dell'integrale copertura finanziaria, con risorse autonome, delle funzioni attribuite a diversi livelli di governo (comma 4).

Gli spazi di intervento della legge regionale si aprono non solo per la disciplina delle risorse autonome della Regione, ma anche per quelle che spettano agli enti locali.

Sotto diversi profili: in primo luogo con riferimento alla istituzione dei tributi per i quali vige sicuramente una riserva di legge. E' questa legge necessariamente statale o può essere regionale?

In secondo luogo la potestà di autonoma applicazione dei tributi è riconosciuta nel quadro del coordinamento della finanza pubblica, materia che spetta alla Regione, sia pure nel quadro dei principi generali fissati dalla legge dello Stato. Terzo: è possibile un'azione perequativa anche della Regione,

all'interno del proprio territorio?

Quarto. A chi spetta assicurare le entrate autonome a integrale copertura delle funzioni attribuite? Se, come qui ho più volte sostenuto, anche le Regioni attribuiscono funzioni e lo fanno con riferimento a funzioni ulteriori rispetto a quelle fondamentali, individuate dalla legge statale, si deve ritenere che questa copertura debba essere assicurata dal concorso della legge statale e regionale e con riferimento a tributi, oltre che locali, erariali e regionali. Così come, per coerenza con quanto prima sostenuto, spetta appieno alla Regione assicurare, questa volta con adeguati trasferimenti finanziari, le risorse necessarie per l'esercizio delle funzioni che essa delega agli enti locali.

Quinto: sono possibili interventi straordinari del tipo previsto dal comma 5 dell'art. 119 anche da parte della Regione? Anche qui, in rapporto all'importanza delle materie di competenza legislativa regionale, questo potere dovrebbe ritenersi pacificamente riconosciuto anche alla Regione.

Chi cercasse nello Statuto emiliano una risposta a tutti i quesiti posti, o almeno alla loro gran parte, resterebbe deluso.

Gli unici riferimenti ai profili finanziari nei rapporti tra Regione ed enti locali li troviamo una prima volta nel già esaminato comma 4 dell'art. 24, che si riferisce alle funzioni "conferite" (nel senso di delegate) per le quali la legge deve stabilire, oltre a finalità, durata, forme di consultazione e obblighi reciproci, anche i "rapporti finanziari". La norma è utile per chiarire che non vi possono essere funzioni delegate senza che la Regione regoli i conseguenti rapporti finanziari, ma nulla ci dice sulla ordinaria finanza locale, quella fondata sulle entrate proprie degli enti locali per le funzioni attribuite (o proprie) che devono essere di importo tale da assicurare la loro copertura integrale.

Una seconda norma relativa agli aspetti finanziari è l'art. 60, comma 3, dello Statuto: "Nel determinare l'allocazione di funzioni a livello locale, la legge regionale assicura la copertura finanziaria e la necessaria dotazione di personale e prevede procedure per la verifica dei fondi assegnati". Anche qui, vista la previsione di una "verifica dell'utilizzo dei fondi assegnati", re-

sta il dubbio che la disposizione si riferisca alle funzioni “delegate” dalla Regione e che il principio della copertura non sia assunto come impegno della Regione di assicurarne il rispetto anche per le funzioni attribuite.

Né lo Statuto si pronuncia sul potere regionale di perequazione o di intervento straordinario.

Non diversa la situazione se si esaminano le leggi regionali già ricordate: nella legge regionale n. 11 del 2001 vi è un impegno della Regione a finanziare la promozione delle forme associative (art. 1 e capo V), mentre la legge n. 6 del 2004 non contiene disposizioni sul finanziamento delle funzioni degli enti locali.

Come valutare questa relativa povertà di indicazioni statutarie?

Pesa certamente sull’atteggiamento delle Regioni, e l’Emilia-Romagna non sembra fare eccezione, la gravissima incertezza che ancora pende sulla stessa configurazione del “federalismo fiscale”, i cui tempi di definizione sembrano allontanarsi *sine die*.

Ma, se si comprende la difficoltà ad attivare concreti meccanismi finanziari nelle leggi a carattere più operativo, perché non inserire nello Statuto norme di principio sui più rilevanti aspetti della finanza locale, come rivendicazione di ruolo e di poteri e come programma da attuare una volta rese disponibili le necessarie risorse?

Difficile sottrarsi all’impressione che continui a pesare, anche sulle Regioni, la lunghissima tradizione di accentramento della finanza locale, materia che si preferisce non toccare, per non urtare da un lato le persistenti spinte centralistiche che ancora albergano sul punto in modo trasversale in tutte le coalizioni politiche e dall’altro le associazioni degli enti locali che sulla negoziazione della finanza pubblica con il Governo giocano gran parte del loro ruolo.

6. Segue: e) *le garanzie regionali dell'autonomia locale*

L'accresciuto ruolo della Regione nel definire ordinamento e funzioni degli enti locali pone il problema delle forme di garanzia dell'autonomia degli enti locali. Si pensi solo al riconoscimento di autonomia normativa locale per le funzioni attribuite o, sempre per le funzioni attribuite, al principio di integrale copertura finanziaria (sempre che la Regione arrivi a svolgere un ruolo effettivo in materia).

Lo Statuto emiliano, consapevole dell'importanza del problema, lo affronta prevalentemente in termini di diritto di partecipazione degli enti locali, singoli, associati o rappresentati dal Consiglio delle autonomie locali, "alla formazione delle scelte legislative ed ai procedimenti di attuazione" (art. 24, comma 3).

In particolare al Consiglio delle autonomie è riconosciuto il diritto ad esprimere pareri su varie materie di competenza regionale, con una partecipazione rinforzata in due di esse: le norme relative al Consiglio delle autonomie locali; il conferimento di funzioni alle autonomie locali e la relativa disciplina (art. 23, comma 3, lettere *b*) ed *e*). In questi casi il parere contrario del Consiglio delle autonomie può essere superato dall'Assemblea legislativa con una deliberazione adottata a maggioranza assoluta dei componenti.

Un'altra forma di garanzia è prevista con l'istituzione della Consulta di garanzia statutaria (art. 69), che esprime pareri "di conformità allo Statuto delle leggi e dei regolamenti regionali" (comma 1, lettera *c*)) e pareri sui "conflitti di competenza tra gli organi previsti dal presente Statuto" (comma 1, lettera *d*)). Curiosamente, però, lo Statuto non prevede un diritto degli enti locali di attivazione di questo potere consultivo, in ordine a leggi che essi ritengano lesive della propria autonomia, mentre il parere della Consulta può essere attivato da un quinto dei componenti del Consiglio delle autonomie locali sui conflitti di competenza tra gli organi.

In definitiva siamo ancora lontani dal riconoscimento di quella protezione legale dell'autonomia locale prevista dall'art. 11 della Carta europea dell'autonomia locale, firmata e ratifica-

ta dall'Italia già nel 1985. La norma richiamata prevede, infatti, che “gli enti locali devono disporre di un diritto di ricorso giurisdizionale per assicurare il libero esercizio delle loro competenze e il rispetto dei principi di autonomia locale che sono consacrati nella Costituzione o nella legislazione interna”.

È evidente che un tale diritto si può attivare nel nostro ordinamento solo con un accesso all'unico organo dotato di poteri di annullamento delle leggi contrarie alla Costituzione, cioè la Corte costituzionale.

Ma un qualche sforzo di fantasia istituzionale poteva pure essere fatto a livello regionale, a garanzia delle norme dello Statuto. Nel caso particolare si poteva forse prevedere un procedimento di accesso diretto degli enti locali alla Consulta di garanzia statutaria sui progetti di legge regionale in materia di autonomia locale e un effetto rinforzato del parere della Consulta sull'approvazione definitiva della legge da parte dell'Assemblea legislativa.

7. Segue: f) i controlli e le altre forme di verifica

Con i punti precedenti abbiamo considerato gli aspetti statici dell'ordinamento degli enti locali, nelle parti che vedono un possibile incremento del ruolo della Regione. Gli ultimi due punti riguardano, invece, gli aspetti dinamici dell'ordinamento e in particolare i controlli sulle attività degli enti locali e la leale collaborazione tra Regione e autonomie locali.

In materia di controlli ci si potrebbe limitare a verificare se e come lo Statuto si uniforma alla soppressione dei controlli esterni che unanimemente si è ritenuta direttamente discendente dalla abrogazione dell'art. 130 Cost., che tali controlli prevedeva.

Come si già detto, però, la soppressione dei controlli esterni ha un senso se si considera la nuova posizione di autonomia, anche normativa, degli enti locali in rapporto alle funzioni loro attribuite, mentre per le funzioni delegate il soggetto delegante, nel conservare poteri regolamentari e di indirizzo sull'esercizio

delle funzioni, conserva anche il potere di mantenere strumenti di controllo

Quanto al primo punto (soppressione dei controlli per le funzioni attribuite) lo Statuto non si pronuncia, anche perché a tale soppressione aveva provveduto l'art. 29 della legge regionale n. 6 del 2004, che ha contestualmente soppresso il Comitato regionale di controllo e abrogato la legge regionale di disciplina del controllo (l.r. n. 7 del 1992).

Così come lo Statuto non richiama la disciplina veramente innovativa che la stessa legge n. 6 ha introdotto con l'art. 27, che, al posto di controlli esterni, accompagnati da provvedimenti sanzionatori (in particolare l'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo), prevede lo svolgimento di attività di "conoscenza, monitoraggio e supporto al sistema delle autonomie locali". La nuova frontiera della responsabilità degli enti locali nell'esercizio delle proprie funzioni e della capacità della Regione di fissare con la legge o con gli atti di programmazione, politiche regionali, cioè obiettivi e risultati che gli enti, nella loro autonomia, dovrebbero raggiungere, sta nella maggiore trasparenza che occorre garantire all'intero sistema delle autonomie. A garanzia dei cittadini, ma anche degli stessi enti locali, indotti da un rilevazione costante, in rapporto ad indicatori non imposti ma condivisi, a porre rimedio alle più rilevanti disfunzioni poste in evidenza dalle attività di conoscenza e monitoraggio. In questo caso lo Statuto manca di valorizzare le novità introdotte con la legge ordinaria, come avrebbe potuto fare assumendole come principi di corretta relazione tra Regione ed enti locali.

Una traccia di questa nuova frontiera dei controlli la si ritrova non nella parte dello Statuto dedicata ai rapporti con gli enti locali, ma in quella che disciplina l'amministrazione regionale. L'ultimo periodo dell'art. 60, comma 4, prevede infatti, che "nelle forme stabilite dalla legge, la Regione verifica la realizzazione dei programmi la cui attuazione è demandata agli enti locali, nel rispetto dell'autonomia degli stessi". Qui vi è la consapevolezza che le politiche regionali si possono attuare solo

con il pieno concorso degli enti locali, che sono escluse forme di sovraordinazione gerarchica o, peggio, poteri di controllo o di sanzione, mentre pienamente legittimi sono poteri di verifica, destinati a correggere le politiche e i loro strumenti attuativi, ma sempre nel rispetto dell'autonomia degli enti locali e, quando possibile, con il loro consenso.

Resta da valutare il punto relativo all'eventuale diverso trattamento delle funzioni delegate. E qui occorre ritornare ancora sul controverso comma 4 dell'art. 24, che prevede per le funzioni "conferite" la possibilità di disciplinare "le modalità di verifica dell'esercizio delle funzioni e di utilizzazione delle risorse assegnate".

Poiché la verifica prevista appare come uno strumento più penetrante delle attività di conoscenza e monitoraggio prima indicate, non resta che ribadire l'interpretazione già data di questa norma: essa si riferisce alle funzioni delegate e non alle funzioni attribuite. Per queste ultime valgono solo le forme di trasparenza introdotte dalla legge n. 6 del 2004, mentre per le funzioni delegate ci si può spingere fino a forme di verifica, che contengano anche conseguenti provvedimenti, pur senza portare alla reintroduzione di organismi di controllo. In questi casi sono sufficienti strumenti di controllo attivati dalla stessa Regione (il profilo dell'indipendenza dell'organo di controllo è meno rilevante).

8. Segue: g) la leale collaborazione tra Regione ed enti locali

Il principio di leale collaborazione ha trovato a livello costituzionale, nel nuovo Titolo V, un'esplicitazione piuttosto modesta. Esso è, infatti, richiamato solo all'art. 120 Cost. in rapporto all'esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti delle autonomie territoriali, tanto che si può dubitare che esso valga a definire in senso più generale il sistema delle relazioni che intercorrono tra i diversi livelli di governo.

Gli Statuti regionali sono indubbiamente un'ottima occasione per colmare questa lacuna, con una normativa ampia e orga-

nica, almeno per caratterizzare i rapporti tra Regione ed enti locali. La nostra verifica sul punto riguarda quindi: a) l'esistenza o meno di principi espressi, sia con riguardo alle forme di partecipazione degli enti locali ai processi decisionali regionali, sia con riguardo alle forme di cooperazione, orizzontale o verticale, tra diversi soggetti e livelli di governo nell'attuazione di specifiche politiche o di specifici interventi pubblici; b) la disciplina di sedi e strumenti di collaborazione e partecipazione; c) la disciplina del potere sostitutivo della Regione nei confronti degli enti locali.

In questa materia la risposta dello Statuto emiliano e della coeva legge regionale n. 6 è, comparata con gli altri punti di verifica, particolarmente ricca, soprattutto nella fissazione di nuovi principi. Il messaggio di fondo che la Regione intende dare è la sua consapevolezza della necessità di, secondo un'espressione molto usata, "fare sistema" con gli enti locali, pena la mancata attuazione delle politiche regionali, ma pena anche il decadere della stessa posizione di autonomia del complesso degli enti territoriali, Regione compresa.

Troviamo così nello Statuto espressioni quali: "*coordinato sistema delle autonomie locali*" (art. 8, comma 1); "*raccordo e cooperazione tra i diversi livelli di governo del territorio*" o "*concorso all'attività legislativa, amministrativa e di programmazione della Regione*" da parte degli enti locali (art. 8, comma 2); "*autonomia e integrazione tra i livelli istituzionali elettivi*" (art. 24, comma 1); "*collaborazione istituzionale*" e "*raccordo tra gli strumenti di programmazione*" (art. 24, comma 2); "*creazione di un sistema a rete delle amministrazioni locali*" e, di nuovo, "*concorso e partecipazione degli enti locali alla formazione delle scelte legislative ed ai procedimenti di attuazione*" (art. 24, comma 3); "*leale collaborazione*" e "*rapporti di sistema*" con gli enti locali (art. 26, comma 1); "*coordinamento e sostegno del sistema amministrativo locale*" (art. 26, comma 1, lettera c)).

Sul piano dei principi, il valore della leale collaborazione risulta pertanto ampiamente curato, si potrebbe dire, con malizia, persino "troppo" curato, con il rischio di una interpretazione

prevalentemente enfatica delle regole sul nuovo sistema di relazioni intergovernative endoregionali.

Quanto agli strumenti e alle sedi, la disciplina dello Statuto è più contenuta, limitandosi all'istituzione del Consiglio delle autonomie locali, in attuazione della relativa previsione costituzionale. La soluzione adottata per configurare il ruolo e i poteri del nuovo organo regionale è solo abbozzata, visto l'ampio rinvio alla legge regionale per la disciplina della composizione, delle modalità di formazione e di funzionamento del Consiglio. Evidente, comunque, la volontà di non costituire una seconda camera regionale, assicurando, correttamente, la prevalenza dell'organo rappresentativo dei cittadini. Nello stesso tempo, però, si cerca una soluzione equilibrata che consenta al Consiglio di incidere con peso differenziato sulle deliberazioni dell'Assemblea legislativa regionale; di qui il "doppio regime" dei pareri espressi: di norma non vincolanti (ma per discostarsi dal parere occorre l'approvazione di un ordine del giorno, a "motivazione" della decisione assunta); per due materie (norme relative al Consiglio, conferimento di funzioni alle autonomie locali e relativa disciplina), necessità di una votazione a maggioranza assoluta dei componenti per superare il parere negativo del Consiglio.

Nulla dice lo Statuto su altri strumenti di cooperazione (si pensi alla vasta tipologia degli accordi e degli strumenti di programmazione negoziata o alla ancora insoddisfacente disciplina della conferenza di servizi), che andrebbero rivisti ai fini di un loro adeguamento alla condizione di parità istituzionale di tutti i livelli di governo.

Quanto, infine, al potere sostitutivo, lo Statuto vi fa espresso riferimento, anche se con una collocazione inattesa, dal momento che esso viene compreso, all'art. 60 (al comma 4), tra i principi dell'attività amministrativa regionale, tanto da far sorgere il dubbio che esso sia concepito come strumento da utilizzare solo nei casi di inerzia degli enti locali nell'attuazione delle politiche regionali. Dubbio rafforzato dal riferimento alle funzioni "conferite". Anche qui si pone il noto problema: se il conferimento equivale a delega (secondo quanto si è visto per

l'art. 24, comma 4) allora siamo in presenza di un potere sostitutivo strumentale all'attuazione delle politiche regionali; se, invece, in questo caso, il "conferimento" comprende anche l'attribuzione, saremmo di fronte ad un potere sostitutivo più ampio e generale, ormai tra l'altro pacificamente ammesso dalla Corte costituzionale, esercitato per assicurare l'effettività dell'esercizio delle funzioni degli enti locali, nell'interesse generale, del sistema e dei cittadini, non della sola Regione.

9. *Da una Regione capofila ci si poteva aspettare di più?*

È possibile dare un giudizio complessivo dello Statuto emiliano nella parte relativa ai rapporti tra Regione ed enti locali? La tecnica che ho preferito usare è stata quella della scomposizione della materia in più *sub*-materie, che mi sembra permetta al lettore di dare un giudizio articolato.

Vi sono punti per i quali le disposizioni regionali (nelle quali vanno anche considerate le leggi regionali più significative) appaiono non solo adeguate, ma fortemente innovative. Direi soprattutto la ricca esemplificazione dei principi sulla leale collaborazione, tutta fondata sulla coscienza della necessità di costruire nuovi rapporti tra soggetti a pari dignità istituzionale, e l'apertura di nuove frontiere sul versante dei controlli, che diventano "verifiche", "conoscenza", "monitoraggio", in una parola *trasparenza* da assicurare allo svolgimento dei compiti degli enti locali.

Vi sono, invece, altri campi nei quali lo Statuto (e le leggi regionali) appaiono molto prudenti, se non addirittura timorosi di rivendicare appieno i nuovi poteri regionali. Qui il pensiero va soprattutto alla finanza locale, settore nel quale è maggiore la distanza tra spazi di intervento aperti e effettiva rivendicazione di poteri.

Ne deriva una sensazione complessiva di incompletezza, pur nella sicura consapevolezza, che emerge dall'analisi delle diverse disposizioni statutarie, del ruolo nuovo che spetta alla Regione non solo nel costruire i propri rapporti con gli enti lo-

cali, ma nel contribuire, in forme prevalentemente consensuali e condivise, a “dare forma” e a “guidare” il “sistema amministrativo” regionale e locale, attraverso l’esercizio di poteri non più indiretti, destinati a influire su un sistema costruito altrove (dalla legge e dalle politiche statali), ma di diretta definizione di tratti non secondari dell’ordinamento degli enti locali.

Pesa sicuramente, come ho ricordato, la complessiva, greve, condizione di incertezza del quadro istituzionale: l’attuazione del Titolo V avviata, pur tra molte contraddizioni e ambiguità, dalla legge n. 131 del 2003, procede a velocità da lumaca (se non addirittura con passi indietro); sul “federalismo fiscale” regna il buio assoluto; la “controriforma costituzionale” attualmente all’esame del Parlamento (che pure tocca in modo tutto sommato marginale la nostra materia) aggiunge altri elementi di incertezza (soprattutto sulla definitiva configurazione a regime delle materie di competenza legislativa regionale e sui raccordi istituzionali tra Stato e autonomie territoriali, si pensi solo al nodo non risolto del Senato delle Regioni).

Pesa, lo abbiamo posto in evidenza in più passaggi, anche una certa imprecisione terminologica, che rischia di risolversi in imprecisione concettuale, soprattutto nell’uso del termine “conferimento”, che impedisce di distinguere con chiarezza i diversi poteri ordinamentali della Regione nel caso dell’attribuzione o della delega di funzioni.

Ha pesato, nel caso specifico della redazione degli Statuti, l’attenzione prevalente che la classe politica regionale ha dedicato alla forma di governo (e alla legge elettorale). Si potrebbe dire che in più punti si intravede che la mano che ha scritto le norme statutarie non è la stessa che ha redatto le leggi regionali sulle autonomie locali, pur approvate dallo stesso Consiglio regionale e nello stesso periodo.

Pur con questi limiti, lo sforzo del costituente emiliano appare lodevole, con risultati sicuramente più avanzati di quelli conseguiti in altri Statuti regionali.

La Regione Emilia-Romagna resta ancora, anche in questo campo, una Regione capofila.

Ma, proprio per la sua accresciuta responsabilità, che le de-

riva dal costituire un sicuro esempio, un punto di riferimento per le altre Regioni, resta aperto il dubbio se non si poteva fare di più.

Studi e ricerche

Autonomie e perequazione nell'articolo 119 della Costituzione (*)

di Giacinto Della Cananea

Sommario

1. Premessa problematica. – **2. Le autonomie nel nuovo Titolo V della Costituzione. Dall'autonomia alle autonomie.** – **2.1. Le autonomie, limiti alla perequazione.** – **3. La perequazione: la funzione perequativa come "invariante". Le variabili.** – **3.1. Gli istituti: il fondo perequativo.** – **3.2. Gli istituti: risorse aggiuntive, interventi speciali** – **4. Problemi e prospettive. I criteri di perequazione: dal bisogno alla capacità (fiscale) e al merito.** – **4.1. Lo Stato e il "Potere della borsa".** – **4.2. Le carenze della normazione amministrativa.**

1. Premessa problematica

Tanto nelle iniziative governative volte ad attuare il nuovo Titolo V della seconda parte della Costituzione, quanto in quelle volte a realizzare un'ulteriore revisione ⁽¹⁾, l'articolo 119 è considerato solo marginalmente. Eppure, non sono state ancora emanate le norme che la rendano effettiva.

Ne è parso consapevole, in fondo, lo stesso Parlamento: nella legge finanziaria per il 2003 ha disposto che le norme in essa contenute esplichino i propri effetti "in attesa della legge quadro sul federalismo fiscale" (art. 3, comma 1, l. 287/2002). Il riferimento al federalismo fiscale, oltre tutto, è incongruo, giacché si possono concepire in teoria e constatare in fatto

(*) Questo testo costituisce la rielaborazione di una relazione presentata al convegno sull'autonomia finanziaria degli enti locali organizzato nel 2003 dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari e di una lezione tenuta nel 2004 presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Cosenza. Ringrazio – rispettivamente – Lucia Cavallini Cadeddu e Aretta Benedetti per avermi invitato e Antonio Brancasi, Sabino Cassese e Gaetano D'Auria per i commenti ad una prima stesura.

l'esistenza di forme di federalismo fiscale basate sulla concorrenza tra le unità federate, in rapporto all'acquisizione delle risorse finanziarie, oppure fondate sulla cooperazione, che a sua volta può essere di tipo orizzontale o verticale ovvero di entrambi i tipi.

Torna d'attualità, quindi, il monito di Massimo Severo Giannini a "evitare di credere che le nozioni scientifiche corrispondano a dei modelli fissi e sicuri, e di sovrapporre le idee brillanti alle vie tormentate e sofferte della storia" ⁽²⁾. Per comprendere come siano composte le istanze dell'autonomia e della perequazione, dunque, bisogna esaminare i principi generali dell'ordinamento, gli istituti applicativi, la realtà effettuale.

Prima, però, è opportuna un'avvertenza riguardante i limiti di questo scritto. Ai limiti derivanti dalla sua natura si aggiungono quelli relativi all'oggetto. L'indagine, infatti, non si occupa che della perequazione su base territoriale, disinteressandosi della redistribuzione della ricchezza che si esplica mediante la determinazione dei livelli essenziali; trascura il profilo connesso, ma distinto, della perequazione dal lato del prelievo; esamina gli istituti generali, disciplinati dalla Costituzione, non quelli speciali, riguardanti la sanità.

(1) Date le finalità di questo intervento, si prescinde dall'esaminare nel testo le modalità con cui la riforma costituzionale è stata realizzata. Non ci si può esimere, tuttavia, dall'osservare che essa ha scardinato la convenzione costituzionale secondo cui le riforme di questo tipo richiedono "larghe intese". Con il risultato – come ha osservato Alessandro Pace – di accreditare "la tesi che la revisione della Costituzione possa essere effettuata anche da una striminzita maggioranza" (*L'ordinamento della comunicazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it). Per di più, sulla redazione della legge ha inciso negativamente la "frettolosa monocameralità". Ciò spiega perché le forze politiche che – per convinzione o per ragioni tattiche – non hanno contribuito alla riforma, ritengano di poter fare altrettanto, come se un errore ne giustificasse un altro. Non giustifica la mancata adozione delle misure volte ad assicurare un adeguamento, anche minimale, al nuovo art. 119. Un'altra questione, questa di volta di merito, che non è possibile affrontare in questa sede è se l'art. 119 delinea un assetto istituzionale riconducibile al federalismo fiscale: in senso affermativo, F. BASSANINI, G. MACCIOTTA (a cura di), *L'attuazione del federalismo fiscale*, Bologna, Il Mulino, 2003; *contra*, G. DELLA CANANEA, *Osservazioni critiche sul "federalismo fiscale" in Italia*, in G. SANVITI (a cura di), *La scienza del diritto pubblico e l'integrazione europea nella seconda metà del XX secolo. Il federalismo fiscale*, Parma, MUP, 2004, p. 139.

(2) M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 111.

2. *Le autonomie nel nuovo Titolo V della Costituzione. Dall'autonomia alle autonomie*

Il nuovo Titolo V della Costituzione configura in modo innovativo l'autonomia degli enti esponenziali delle collettività infranazionali.

Le prime interpretazioni non hanno mancato di rilevare che il nuovo testo dell'articolo 114 ordina gli enti esponenziali partendo dai Comuni (anziché dallo Stato), assegna loro un'autonomia politica giuridicamente paritaria per tutti gli enti esponenziali dei gruppi territoriali, consente che l'autonomia sia limitata solo dai principi che la Costituzione stessa fissa. Esse aggiungono che l'autonomia finanziaria, nella quale rinven-gono un'articolazione di quella politica, non spetta più, come in passato, soltanto alle Regioni, ma anche agli enti locali. Tutti gli enti esponenziali, infatti, hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, sono sottratti al regime di controlli preventivi che la Costituzione aveva mutuato dall'ordinamento anteriore. Di qui l'idea che il Titolo V abbia rinsaldato l'autonomia, intesa come condizione generale degli enti territoriali dello Stato, non più concepibili come enti a finanza derivata ⁽³⁾.

Tuttavia, tra i vari poteri regionali e locali corrono profonde differenze. Da più parti viene osservato che la situazione in cui versano gli enti esponenziali delle collettività infranazionali è differenziata in rapporto alle risorse economiche che sono in grado di procurarsi autonomamente attraverso la leva fiscale (stime recenti, per esempio, rivelano che il rapporto tra la Calabria e la Lombardia è di 1 a 3, al *rating* relativo all'accesso ai mercati finanziari, alla capacità di gestire le risorse di cui dispongono a vario titolo ⁽⁴⁾). La capacità di *performance* del

(3) G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 220.

(4) Quanto alle entrate fiscali, secondo stime recenti (SECIT), esse sono reperite per circa il 55,8% nelle Regioni del Nord, per il 21% nel Centro, per il 23,2% nel Sud. Non vi sono dati altrettanto affidabili per le entrate provenienti dall'indebitamento, anche per via della tendenza di molti enti locali ad avvalersi di contratti di *swap*, assumendo oneri tutt'altro che trasparentemente: G.P. MANZELLA, *L'indebitamento de-*

personale politico e amministrativo è così diversa che l'aver rafforzato l'autonomia delle Regioni e degli enti locali non implica necessariamente né il miglioramento della qualità dei servizi resi al pubblico, né una riduzione dei relativi costi. Non bisogna dimenticare, inoltre, il dislivello riguardante ciò che il politologo americano Putnam ha definito la "tradizione civica". Quelli appena segnalati non sono aspetti privi di rilievo giuridico, dal momento che l'ordinamento vi riconnette il dovere di perequare.

Ad ogni modo, anche dal punto di vista propriamente giuridico, l'autonomia non è una condizione uniforme. Sono sufficienti, al riguardo, alcune semplici constatazioni: non è soppressa (pur se è attenuata) la distinzione tra le Regioni a Statuto ordinario o speciale; sono previste forme di autonomia differenziata (articolo 116); sebbene tutti gli enti esponenziali abbiano autonomia finanziaria, solo le Regioni dispongono della potestà legislativa indispensabile ai fini della determinazione delle prestazioni imposte, per le quali resta intatto il vincolo dell'articolo 23⁽⁵⁾. Insomma, anche se l'autonomia spetta a tutti gli enti esponenziali delle collettività infranazionali, essa è differenziata dal punto di vista giuridico. Più che l'autonomia, dunque, vanno considerate le varie specie di autonomia.

2.1. *Le autonomie, limiti alla perequazione*

La pluralità degli statuti giuridici di autonomia non costituisce soltanto un elemento di carattere esistenziale. Essa presenta rilievo anche sul piano deontologico, cioè come vincolo all'interpretazione della Costituzione.

Proprio la circostanza che la Costituzione non abbia eliminato ogni distinzione tra la condizione in cui versano le Regioni

gli enti territoriali, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 507 e dalla Corte dei conti, *Ulteriori elementi per l'indagine conoscitiva sugli effetti e le tecniche di controllo dei flussi di finanza pubblica in ordine all'andamento del debito, con particolare riferimento alla componente non statale*, Roma, novembre 2004.

(5) Non è determinante, quindi, che la riserva di legge possa essere interpretata, come alcuni (GALLO) suggeriscono, in senso estensivo, includendo la legge regionale.

(a loro volta, ulteriormente differenziata) e quella in cui versano gli enti locali assume un preciso significato. L'autonomia, infatti, non è disgiunta da differenze, anzi ne comporta altre. Ciò può anche dirsi diversamente, ossia che la differenziazione è il corollario dell'autonomia.

Agisce nella medesima direzione la rettifica dell'obiettivo cui le politiche redistributive devono tendere. Mentre la Costituzione del 1948 metteva in primo piano il "finanziamento dei bisogni", quella attuale esige che i pubblici poteri effettuino la perequazione delle capacità fiscali. In base al nuovo testo dell'articolo 119, l'erogazione delle risorse destinate al fondo perequativo spetta soltanto alle aree con "minore capacità fiscale per abitante". Con riserva di un successivo approfondimento, dunque, può dirsi che la perequazione va intesa come riduzione – non eliminazione – delle differenze ⁽⁶⁾.

Questa ricostruzione è confortata dall'analisi comparata. Se negli ordinamenti federali di ceppo inglese, la limitatezza stessa del prelievo pubblico, inteso in senso complessivo, funge da impedimento al livellamento, la stessa legge fondamentale tedesca – cui sovente si fa riferimento – non persegue questo obiettivo. La legislazione applicativa dispone che i *Laender* meno dotati di risorse proprie debbano ricevere un sostegno finanziario che consenta loro di avere il 95% della capacità finanziaria media. Questa scelta è avallata dal Tribunale costituzionale federale, secondo cui è ragionevole che la discrezionalità del legislatore "avvicin[i] le capacità finanziarie tra loro, senza livellarle" ⁽⁷⁾.

(6) P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'art. 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1425 ss.; G. DELLA CANANEA, *Autonomie e responsabilità nell'articolo 119 della Costituzione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, n. 1, p. 69.

(7) BvG, sentenza dell'11 novembre 1999, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3571; per una soddisfacente messa a punto, H.J. BLANKE, *Le finanze pubbliche nel federalismo*, in G. SANVITI (a cura di), *La scienza*, cit., p. 167 ss.

3. *La perequazione: la funzione perequativa come “invariante”. Le variabili*

Quanto appena osservato, beninteso, non implica che l'autonomia possa esplicarsi liberamente. Proprio in quanto si tratta di una condizione retta dal diritto, la sua esplicazione è sottoposta ad una serie di condizioni e limiti. Essi riguardano tanto l'acquisizione delle risorse finanziarie, che – per esempio – non possono derivare dall'indebitamento per le spese diverse da quelle per gli investimenti, quanto il loro impiego, che non può eludere la clausola di copertura finanziaria sancita dall'articolo 81 della Costituzione. Inoltre, se è vero che l'autonomia funge da limite alla perequazione, è pur vero che questa, a sua volta, limita l'esplicazione dell'autonomia. In teoria possono concepirsi ordinamenti dei pubblici poteri nei quali le norme costituzionali (non importa, ai fini che qui interessano, se si tratta di norme costituzionali in senso formale o materiale) riconoscano l'autonomia politica dei governi locali, la circondino di garanzie, vi colleghino la potestà di destinare esclusivamente alle proprie spese le risorse acquisite dalla collettività mediante le prestazioni imposte. Ne deriverebbe una sorta di correlazione di tipo biunivoco tra la ricchezza (reddito, patrimonio) di una collettività locale e la destinazione di una quota di tale ricchezza per finanziare le spese pubbliche, effettuate interamente *in loco*.

Questa, peraltro, non è che un'astrazione, giacché un ordinamento di questo tipo non si è realizzato storicamente nell'Europa degli Stati, quanto meno dal momento in cui essi si sono trasformati in Stati pluriclasse, assumendo il ruolo di gestori di servizi e di enti di redistribuzione della ricchezza. Soprattutto, l'ipotesi non trova riscontri negli ordinamenti che appartengono all'OCSE. Neppure nella situazione di più accentuato autogoverno che l'Europa occidentale conosca, quella del territorio basco, la comunità locale è interamente sottratta all'adempimento dei doveri costituzionali di solidarietà. Non vi è neppure, contrariamente a quanto taluni opinano, una contrapposizione tra gli ordinamenti dell'Europa continentale e quelli di ceppo inglese, nel senso che i primi mettano in primo

piano la perequazione, gli altri l'autonomia. Proprio l'esperienza italiana insegna che un ordinamento ispirato ai criteri dell'accentramento e dell'uniformità può convivere con notevoli difformità nei servizi primari – finanziati dal centro – erogati alla collettività. Di converso, negli ordinamenti anglosassoni esistono programmi di spesa specifici (come l'assistenza agli anziani) o interventi volti a dividerne i costi, comunque finanziati dalla collettività nazionale. Vi sono, inoltre, istituzioni pubbliche – centrali o nazionali – incaricate dello svolgimento di specifici compiti (si pensi al *New Deal*). Quanto finora constatato va integrato mediante alcuni richiami essenziali all'influenza esercitata dall'ordinamento “composito” dell'Unione europea ⁽⁸⁾. Le norme costitutive dell'Unione enunciano il principio della coesione economica e sociale, lo rendono effettivo mediante appositi istituti (Fondo sociale europeo, Fondo di coesione), stabiliscono criteri validi anche per le politiche pubbliche nazionali (i parametri di individuazione delle Regioni in ritardo di sviluppo economico, i criteri “pre-miali”, di cui si dirà più oltre).

Costituiscono – invece – altrettante variabili: *a*) il fondamento costituzionale della perequazione, che può esservi o meno, e nel primo caso avere carattere formale o non averlo (come avviene, rispettivamente, nel Canada e negli USA); *b*) la spettanza della funzione, attribuita – a seconda dei casi – al potere centrale, a quelli locali o ad entrambi; *c*) i mezzi finanziari destinati alla perequazione, i quali costituiscono la misura di effettività della funzione; *d*) gli strumenti mediante i quali essi sono allocati, i quali a volte hanno carattere generale (come il Fondo di compensazione interterritoriale istituito in Spagna) o vocazione generale (Fondo per l'unità tedesca), altre volte hanno carattere determinato in rapporto al territorio o ai settori d'intervento (fondi con destinazione vincolata).

In definitiva, nell'area OCSE i sistemi di governo retti dal principio di autonomia prevedono l'esplicazione della funzione

(8) S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, Laterza, 2003; G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari-Roma, Laterza, 2004.

di perequazione, ne attribuiscono la titolarità a specifiche istituzioni, le dotano di mezzi finanziari. Tutto ciò serve ad impedire che le differenze attinenti alle risorse finanziarie disponibili superino una certa soglia, dando luogo a squilibri ritenuti inaccettabili.

3.1. *Gli istituti: il fondo perequativo*

Dopo aver prospettato la tesi che la Costituzione non assegni ai pubblici poteri il compito di eliminare le differenze, bensì quello di ridurle, bisogna esaminare gli strumenti dei quali essi sono abilitati a servirsi. Essi sono di due tipi: da un lato, il “fondo perequativo” e, dall’altro, le “risorse aggiuntive” e gli “interventi speciali” dello Stato, previsti – rispettivamente – dal terzo e dal quinto comma dell’articolo 119.

Il fondo perequativo presenta tre principali caratteristiche. È uno strumento di finanziamento, oltre che necessario, anche ordinario, dal momento che concorre (con le risorse autonomamente acquisite) a finanziare “integralmente le funzioni pubbliche” attribuite alle Regioni e agli enti locali.

Inoltre, il fondo perequativo opera “senza vincoli di destinazione”. La disposizione costituzionale ha una chiara valenza polemica rispetto al passato, in cui, oltre ad intendersi l’autonomia finanziaria come mera sufficienza della provvista, erano numerosi i fondi con destinazione vincolata, donde un ulteriore limite all’autonomia dei governi regionali. Nella misura in cui la disposizione enuncia una regola di tipo proibitivo, comporta un impedimento a stabilire vincoli di destinazione. Questo esplica i propri effetti nei confronti sia del Governo, sia del Parlamento ⁽⁹⁾. Ciò costituisce un’ulteriore garanzia dell’autonomia finanziaria sancita dal primo comma dell’articolo 119.

La terza caratteristica del fondo perequativo riguarda la de-

(9) Corte costituzionale, sentenza n. 370/2003, in cui sono fatti salvi “gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti”; sentenze nn. 423/2004 (relativa al fondo nazionale delle politiche sociali) e 424/2004 (riguardante il fondo per gli enti di promozione sportiva).

stinazione delle somme di denaro. Nella misura in cui le risorse destinate ai territori con minore capacità fiscale per abitante concorrono a finanziarie le “funzioni” spettanti ai relativi enti territoriali, è da ritenere che esse abbiano un carattere generale. Valgono, cioè, a finanziare diversi tipi di spese. Vi rientrano sicuramente le spese dirette a fornire beni pubblici (in senso economico) a fruizione collettiva, come le infrastrutture o il patrimonio ambientale e artistico, donde la legittimità dell'intervento di intermediari finanziari come la Cassa depositi e prestiti e la Società infrastrutture. Vi rientrano anche, probabilmente, le spese correnti, per le quali è precluso – invece – un altro tipo di finanziamento ⁽¹⁰⁾, mediante l'accensione di prestiti (articolo 119, ultimo comma). Una situazione di questo tipo riguarda il settore sanitario, per il quale, in assenza del sostegno nazionale, parecchie Regioni non riuscirebbero a finanziare le strutture sanitarie e la spesa farmaceutica ⁽¹¹⁾. Non è detto, comunque, che le quote del fondo perequativo, unite alle risorse autonome, debbano finanziarie ogni tipo di spesa. Infatti, lo Stato “destina risorse aggiuntive” all'esplicazione di azioni ulteriori o distinte rispetto al “normale esercizio delle funzioni” (articolo 119, comma 5).

3.2. *Gli istituti: risorse aggiuntive, interventi speciali*

L'azione dello Stato – come notato – non si esaurisce nella erogazione delle somme di denaro stanziare a favore del fondo perequativo. Include l'espletamento di due ulteriori tipi di compiti. Si tratta della destinazione di risorse (finanziarie) aggiuntive e dell'effettuazione di interventi speciali “in favore di determinati” enti esponenziali di collettività infranazionali.

(10) Anche in questo caso, è stata la Corte costituzionale a farsi carico di definire i limiti delle competenze statali e regionali: ha ammesso, nella sentenza n. 376/2003, che lo Stato assoggetti a controlli l'emissione di debiti, ma ha poi dichiarato incostituzionali – nella sentenza n. 425/2004 – le norme che attribuivano al Ministro dell'economia il potere di disporre modifiche alle tipologie di indebitamento e alla nozione di investimento stabilite dalla legge.

(11) ISTITUTO DI ANALISI ECONOMICA, *Rapporto sull'attuazione del federalismo*, Roma, 2004.

I due tipi di compiti presentano elementi sia comuni, sia distintivi. Quelli comuni attengono, oltre al carattere ulteriore e, quindi, non sostitutivo rispetto alla gestione del fondo perequativo, alle finalità da perseguire, alla spettanza delle relative attribuzioni, ai destinatari.

Le finalità che la Costituzione enuncia, nel quinto comma dell'articolo 119, sono svariate. Esse consistono nel: *a)* promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale; *b)* rimuovere gli squilibri economici e sociali; *c)* favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona; *d)* provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle funzioni svolte dagli enti autonomi. Ai fini che qui interessano, non è necessario tentare di porre ordine in questa eterogenea teleologia dell'azione statale. È più utile constatare che dall'articolo 119 può trarsi una norma di tipo legittimante, più precisamente una norma di tipo permissivo. Essa consente allo Stato di porre in essere azioni di sostegno dei governi regionali e locali, in rapporto sia alle funzioni non sufficientemente perequate, sia agli interessi pretensivi di natura individuale.

Si può notare, inoltre, sia un elemento di continuità rispetto alla Costituzione del 1948, ossia l'attribuzione allo Stato dei compiti diretti al perseguimento di questi scopi, sia un duplice elemento di discontinuità. Il testo originario dell'articolo 119 legittimava l'erogazione di "contributi speciali", non l'esplicazione di altri interventi, anch'essi speciali. Inoltre, quanto agli scopi, lasciava un ampio margine di discrezionalità al legislatore, pur dando particolare risalto alla necessità di "valorizzare il Mezzogiorno e le isole". A seguito della revisione costituzionale, è venuto meno questo riferimento specifico (suscitando le critiche dei meridionalisti), non l'obbligo di perequazione.

La circostanza che tale obbligo sia posto a carico dello Stato è – appunto – la seconda caratteristica comune ai due tipi di compiti. In ciò si manifesta la scelta di escludere forme di perequazione di tipo orizzontale, cioè tra i vari governi regionali o locali. D'altronde, anche la concretizzazione normativa della disciplina giuridica delle varie forme di perequazione è riserva-

ta allo Stato. Esso dispone, infatti, di una potestà legislativa esclusiva (articolo 117, comma 2, lettera e), della Costituzione), nonché della potestà regolamentare, esclusa – invece – nelle materie di legislazione concorrente, come il coordinamento della finanza pubblica.

Il terzo tratto comune che queste forme di azione presentano riguarda i destinatari, cioè i “determinati” enti regionali e locali. Esso presenta rilievo sotto più d’un profilo. Anzitutto, ne deriva un ulteriore elemento di discontinuità rispetto alla Costituzione del 1948, che faceva riferimento soltanto alle Regioni. Sebbene le finalità cui l’azione dello Stato è ordinata includano la fornitura di beni collettivi e individuali, i destinatari delle funzioni sono i rispettivi enti territoriali. Di conseguenza, sono da escludere interventi sostitutivi, del tipo di quelli svolti in passato dalla Cassa per il Mezzogiorno. Inoltre, nella misura in cui le azioni statali sono rivolte a determinati enti, si deve parimenti escludere la legittimità di interventi generalizzati (“a pioggia”).

Esposti i tratti comuni ai due tipi di compiti che la Costituzione assegna allo Stato, possono rilevarsi – più brevemente – i tratti distintivi.

Quanto alle risorse aggiuntive da destinare agli enti, esse sono certamente destinabili alle spese in conto capitale, onde accrescere la dotazione infrastrutturale, di cui le stime effettuate dalla Banca d’Italia attestano la perdurante inadeguatezza nel Mezzogiorno, in termini relativi e assoluti. Vi è da chiedersi se le risorse aggiuntive possano essere destinate anche alle spese di tipo corrente. Questa eventualità non può essere esclusa del tutto, visto che l’articolo 119 fa espresso riferimento alle misure volte “favorire l’effettivo esercizio dei diritti della persona” (allo stesso modo in cui l’articolo 34 rende doverosa l’erogazione delle borse di studio e delle altre “provvidenze” che rendano effettivo il diritto degli studenti capaci e meritevoli, anche se sprovvisti di mezzi, di raggiungere i gradi più elevati degli studi). Bisogna tenere nel debito conto, però, il divieto di indebitamento per spese diverse da quelle di investimento, tanto più in presenza di una norma di tipo proibitivo anche per

quanto riguarda gli oneri per il servizio dei mutui. Il divieto di indebitarsi per le spese correnti verrebbe eluso se fosse lo Stato a indebitarsi per questo tipo di spese, in modo indiscriminato. Occorre, quindi, un adeguato fondamento costituzionale per l'erogazione di risorse pubbliche a favore di spese diverse da quelle di investimento.

Più complesso è il discorso riguardante gli “interventi speciali”. In termini negativi, può dirsi che essi non coincidono (non necessariamente, almeno) con le funzioni spettanti allo Stato, alle autorità indipendenti, alle amministrazioni nazionali in relazione alle attività per le quali è indispensabile l'esercizio unitario (articolo 118). In termini positivi, può dirsi che gli interventi non dovrebbero esaurirsi nello svolgimento di attività di tipo materiale, includendo lo svolgimento di controlli comparativi sui risultati ottenuti dagli enti regionali e locali (*best practices*)⁽¹²⁾.

4. *Problemi e prospettive. I criteri di perequazione: dal bisogno alla capacità (fiscale) e al merito*

Tra il vecchio e il nuovo testo dell'articolo 119 vi sono svariate, significative differenze. Esse attengono ai soggetti ai quali la Costituzione riconosce l'autonomia finanziaria, la legittimazione a ottenere quote del fondo perequativo, la possibilità di beneficiare delle risorse aggiuntive e degli interventi speciali effettuati dallo Stato. Altrettanto significative sono le differenze che emergono in rapporto ai criteri ai quali la perequazione si ispira.

Come notato, la Costituzione del 1948 annetteva rilievo ai “bisogni delle Regioni” (più precisamente a quelli inerenti “le spese necessarie ad adempiere le loro funzioni normali”) per un duplice scopo: sia per riconnettervi l'obbligo dello Stato di destinare ad esse “quote di tributi erariali”, sia per concretizzare il

(12) Una ricostruzione in parte diversa è stata delineata da C. PINELLI, *Intervento*, in SVIMEZ, *Riforme federaliste e politiche di sviluppo del Mezzogiorno*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 69.

dovere di assegnare contributi – per legge – in modo di “provvedere a scopi determinati”. Il criterio del bisogno, dunque, assumeva rilievo tanto dal lato del prelievo, quanto dal lato dei trasferimenti finanziari.

La revisione costituzionale ha comportato il venire meno di questa connessione tra bisogni e dotazioni finanziarie. Sono sufficienti, al riguardo, alcune semplici constatazioni. I tributi e le entrate propri sono percepiti dalle Regioni e dagli enti locali nell'esercizio dell'autonomia finanziaria. Essi dispongono di compartecipazioni “al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio”, in cui emerge una sorta di *favor* per l'utilizzo *in loco* delle risorse suscettibili di essere acquisite. Lo stesso fondo perequativo è istituito dalla legge “per i territori con minore capacità fiscale per abitante” (articolo 119, comma 4).

Il criterio seguito, dunque, non è il bisogno, bensì la minore capacità fiscale. Questa può essere concepita – secondo il modello tedesco – come di poco inferiore alla media. Ad ogni modo, il criterio adottato comporta uno spostamento dell'ottica complessiva dalle spese da effettuare alle risorse disponibili, lascia in secondo piano i costi per l'erogazione dei servizi destinati alle collettività infranazionali, può indurre ad ampliare le basi imponibili ⁽¹³⁾. Per questo aspetto, può dare luogo ad una sorta di competizione tra i diversi enti.

Un altro criterio, che sembra consolidarsi nelle regole riguardanti le risorse erogate dallo Stato, segnando un'ulteriore deviazione rispetto alla logica dei bisogni, è quello del merito. Le norme che disciplinano i fondi strutturali dell'Unione europea da tempo annettono rilievo alla *performance*, cioè all'effettiva capacità di spesa e al conseguimento dei risultati per i quali essa è stanziata. Esse giustificano, quindi, una correzione del criterio del bisogno con il criterio del merito.

Agiscono nella medesima direzione le regole nazionali emanate dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) in ordine al quadro comunitario di sostegno per il periodo 2000-2006. Esse si ispirano ad una logica premiale,

(13) P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'art. 119*, cit., p. 1450.

annettono rilievo alla capacità delle amministrazioni di spendere in modo efficiente ed efficace (anche in altri ambiti), mirano ad incentivare una gestione più rigorosa e spedita delle spese. Un ulteriore impulso in tal senso proviene dal decreto-legge, appena convertito dal Parlamento, collegato alla legge finanziaria. Esso dispone che una quota del fondo per le aree in ritardo di sviluppo economico sia destinata alle Regioni che conseguono obiettivi di riequilibrio del disavanzo finanziario del settore sanitario, fa espresso riferimento al carattere “premiale” di questo parametro, stabilisce che l’entità delle risorse sia determinata per ciascuna regione (articolo 51, d.l. n. 269/2003, convertito in legge, senza modificazioni su questo punto, dalla legge n. 320/2003).

Dunque, non solo il riconoscimento costituzionale dell’autonomia finanziaria dei soggetti pubblici non comporta il loro pareggiamento (che sarebbe, d’altronde, impossibile, data la condizione reale differenziata in cui versano), ma ha anche rilievo ai fini della determinazione dei criteri in base ai quali realizzare la perequazione.

4.1. *Lo Stato e il “potere della borsa”*

Al mutamento intervenuto nei criteri della perequazione corrisponde anche un cambiamento del ruolo dello Stato. È un principio generale, nel nuovo Titolo V della Costituzione, che lo Stato abbia potestà legislative e, soprattutto, amministrative limitate. Non sono pochi coloro i quali ne hanno tratto l’idea che il ruolo dello Stato sia recessivo anche in ambito finanziario. Certamente, nel nuovo assetto istituzionale non potrebbe ammettersi la preponderanza del finanziamento statale, che in passato raccoglieva circa l’80% delle entrate complessive ⁽¹⁴⁾.

Eppure, ove si considerino gli istituti positivi, per come essi si configurano nella realtà effettuale, è agevole rendersi conto del fatto che il ruolo dello Stato è tutt’altro che marginale. Esso

(14) R. PEREZ, *La finanza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 662.

mantiene la potestà esclusiva di legiferare in materia di “perequazione delle risorse finanziarie” (articolo 117, comma 2, lettera e)), oltre che in tema di istituzione del fondo perequativo (e, può aggiungersi, di determinazione dei livelli essenziali di assistenza). Ha anche, al di là dei limiti derivanti dal principio di sussidiarietà, compiti di amministrazione diretta: oltre alla gestione del fondo perequativo (per la quale sono ipotizzabili forme di coinvolgimento delle Regioni), destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali. Dunque, anche a prescindere dal ruolo che lo Stato riveste in quanto garante ultimo dell’osservanza delle regole relative al contenuto essenziale dei diritti civili e sociali (incluso l’esercizio dei poteri sostitutivi previsti dall’articolo 120), esso conserva un rilevante “potere della borsa”.

Questo potere, ovviamente, è tanto più rilevante, in quanto le Regioni e gli enti locali abbiano una modesta capacità fiscale, donde la necessità di completare e integrare le garanzie relative ai modi di esercizio del potere, come si dirà tra breve.

Non bisogna dimenticare, peraltro, che tuttora le Regioni e gli enti locali in quanto tali continuano ad agire come veri e propri “clienti” dello Stato. Non a caso, essi persistono nel reputare necessari organismi come l’Associazione nazionale dei Comuni d’Italia (ANCI), l’Unione delle Province italiane (UPI) e la Conferenza delle Regioni, che agiscono come *lobbies* nei confronti dello Stato, chiedendo maggiori finanziamenti, minori oneri fiscali, sostegno presso altre istituzioni (UE). L’autonomia, insomma, consiste ancora e sempre nel chiedere più soldi.

4.2. *Le carenze della normazione amministrativa*

Considerato per quello che l’insieme dei rapporti finanziari tra il potere centrale e quelli locali realmente è (anziché per quello che taluni lo vagheggiano), per poter funzionare esso deve rispettare alcune condizioni minime, oggi non adeguatamente rispettate.

La prima riguarda la disciplina giuridica della perequazione. Il confronto con l'assetto costituzionale tedesco fa comprendere quanto sia necessaria e urgente l'emanazione della legge statale sulla perequazione delle risorse finanziarie e sull'apposito fondo. Non si tratta soltanto di adempiere un dovere costituzionale, ma anche di stabilire norme di tipo complementare, rilevanti ai fini del giudizio sulle leggi spettante alla Corte costituzionale. Una legge di questo tipo, infatti, agirebbe in funzione legittimante, nei confronti dei precetti di tipo applicativo che il CIPE è competente ad adottare, servirebbe a disciplinarne le modalità di azione, potrebbe prevedere verificazioni appropriate. Varrebbe, altresì, a definire più compiutamente i margini entro i quali le regioni possono agire.

La seconda condizione affinché l'ordinamento della finanza possa funzionare in modo soddisfacente riguarda la pubblicità. Potrebbe obiettarsi che, oggi, non vi è carenza, bensì eccesso di informazioni. Ma vi è scarsità di informazioni e conoscenze relative alla ripartizione dei mezzi finanziari, al loro impiego, ai risultati conseguiti grazie ad essi. Proprio perché il nuovo assetto costituzionale attribuisce autonomia agli enti esponenziali delle collettività locali, essi debbono risponderne, prima di tutto dinanzi al proprio elettorato e, inoltre, al Parlamento. Occorrono, dunque, analisi comparate dei costi e dei rendimenti delle politiche pubbliche, tali da realizzare la trasparenza della finanza, oggi insufficiente.

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 pronunciarsi 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 ri elabora 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, reinterpretabile 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 equilibri 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 dismettano, 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. sent. 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 statuario – 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 riforma si 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.

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'articolato 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 “riletura 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 dismettano, 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. sent. 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.

Roberto Bin

Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Ferrara

Massimo Carli

Professore straordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Firenze

Sandro De Götzen

Ricercatore confermato di diritto amministrativo nell'Università di Trieste

Giacinto Della Cananea

Professore straordinario di diritto amministrativo nell'Università Federico II di Napoli

Tania Groppi

Professore ordinario di istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena

Marco Lombardi

Presidente della Commissione Statuto, Regione Emilia-Romagna

Fabrizio Matteucci

Vicepresidente della Commissione Statuto, Regione Emilia-Romagna

Francesco Merloni

Professore ordinario di istituzioni di diritto amministrativo nell'Università di Perugia

Andrea Morrone

Professore associato di diritto costituzionale nell'Università di Bologna

Paolo Zanca

Vicepresidente della Commissione Statuto, Regione Emilia-Romagna

La Rivista inaugura il suo ventiseiesimo anno di vita aprendo un dibattito sullo Statuto dell'Emilia-Romagna e sui compiti di attuazione che attendono gli organi regionali dopo le elezioni. Roberto Bin firma l'editoriale, Marco Lombardi, Fabrizio Matteucci e Paolo Zanca individuano le linee di fondo che hanno ispirato il procedimento statutario. Massimo Carli illustra i (nuovi) principi statutari e le disposizioni che regolano la partecipazione, Andrea Morrone il sistema delle fonti regionali, Tania Groppi gli organi di garanzia statutaria e Francesco Merloni i rapporti tra Regione ed enti locali.

Nella consueta sezione dedicata agli approfondimenti, Giacinto della Cananea si occupa dell'art. 119 Cost. e delle sue implicazioni in merito agli istituti di perequazione e Sandro De Götzen si sofferma sulla disciplina delle fondazioni bancarie.