



**IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE COME LIMITE AL POTERE
NORMATIVO REGIONALE :
IL CASO DELLE FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA**

di

Sergio Foà

(Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Torino)

8 gennaio 2004

1. Con sentenza 24-29 settembre 2003 n. 300 la Corte costituzionale torna ad esaminare la disciplina legislativa dedicata alle fondazioni di origine bancaria, pronunciandosi in particolare - con dispositivo di rigetto - sulle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002)*, sollevate in via principale da quattro regioni ordinarie per asserita violazione dell'art. 117, terzo, quarto e sesto comma della Costituzione.

Per comprendere l'esatta portata dell'intervento della Corte, è bene leggere la sentenza congiuntamente alla successiva pronuncia adottata nella stessa data, con la quale il Giudice delle leggi, in particolare, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, della stessa legge n. 448 del 2001, limitatamente alle parole «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»; nonché dell'art. 11, comma 4, primo periodo, della stessa legge, nella parte in cui prevede nella composizione dell'organo di indirizzo delle fondazioni «una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'articolo 114 della Costituzione, idonea a rifletterne le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione», anziché «una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali»¹.

Le due pronunce, diversamente originate (ricorso in via principale, la prima; in via incidentale, la seconda), sono accomunate da un importante intento esegetico, nello sforzo di

¹ Per un commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 301 del 2003, cfr. C. PAGOTTO, *La Corte costituzionale "disegna" le nuove fondazioni bancarie*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/file/fondazionibancarie.html>

chiarire, in primo luogo, quale configurazione giuridica sia attribuibile alle fondazioni di origine bancaria dopo la citata riforma legislativa e, in secondo luogo, a quale materia del catalogo costituzionale corrisponda la loro disciplina, per le evidenti ricadute sulla ripartizione di competenze - legislative e regolamentari - tra Stato e regioni. La determinazione del grado di autonomia, statutaria e gestionale, delle stesse fondazioni, è considerata inoltre presupposto necessario per valutare la legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che assegnano alla legge statale, modificabile con regolamento dell'Autorità di vigilanza, l'individuazione del loro ambito di attività.

Se si muove dal primo giudizio instaurato, si nota la ricorrenza di due fondamentali argomentazioni sostenute dalle regioni : anzitutto la materia di riferimento, che corrisponderebbe alle “casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale”, cioè ad una materia assegnata alla legislazione regionale concorrente ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.; inoltre gli ambiti di attività assegnati dal legislatore statale alle fondazioni, i c.d. “settori ammessi”, che rientrerebbero in larga parte tra le materie di competenza, concorrente o addirittura esclusiva, del legislatore regionale. Lo Stato ha eccepito la riconduzione della materia in esame alla “tutela del risparmio e mercati finanziari” (art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.), ed in via alternativa ha identificato le fondazioni di origine bancaria come “enti pubblici nazionali” (art. 117, secondo comma, lett. g) Cost.), tutte materie di competenza esclusiva statale, laddove anche la disciplina dei settori ammessi avrebbe asseritamente rispettato il riparto di competenza per materie previsto dalla Costituzione.

A ben vedere, il giudizio sulla fondatezza di entrambe le argomentazioni addotte dalle regioni ricorrenti o sulla fondatezza delle eccezioni statali doveva basarsi sulla verifica della attuale natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria e sulla evoluzione del loro rapporto con il settore del credito.

Nel passaggio decisivo della motivazione (punto 5 in diritto), la Corte eloquentemente afferma : *“Tutte le censure si basano sul presupposto che le fondazioni di origine bancaria siano tuttora soggetti caratterizzati dall'appartenenza all'organizzazione del credito e del risparmio. Tale presupposto non è oggi più sostenibile, tenuto conto degli sviluppi della legislazione in materia a partire dal 1990”*.

Evidentemente solo la ricostruzione della disciplina legislativa di riferimento e del relativo processo di attuazione può far comprendere se si sia realizzata una effettiva trasformazione giuridica delle fondazioni e se sia stata conseguita la totale separazione funzionale dall'attività creditizia che originariamente le caratterizzava.

Già il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, con parere 1 luglio 2002 n. 1354/2002, reso sullo schema di decreto del Ministero dell'economia e delle finanze recante "Regolamento ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, in materia di disciplina delle fondazioni bancarie", aveva chiarito che l'art. 11 della legge n. 448 del 2001, cit., deve essere letto e valutato nel "contesto ordinamentale in cui è calato": difatti, l'articolo in questione "non ha integralmente sostituito la normativa precedente con una del tutto nuova e autonoma ma ha apportato modifiche parziali, seppure indubbiamente significative, seguendo la tecnica della novella, alla precedente disciplina". In base alle argomentazioni del Consiglio di Stato, le innovazioni introdotte dalla legge n. 448 del 2001, cit., anche alla luce dei lavori parlamentari che ne hanno accompagnato l'attuale formulazione, vanno interpretate in una visione "di sistema", in armonia con le parti non modificate del quadro ordinamentale su cui la legge ha inciso, tenendo presente, oltre al dettato delle norme del decreto legislativo n. 153 del 1999 rimaste inalterate (su cui *infra*), l'intera evoluzione storica della disciplina delle fondazioni bancarie.

A tale primo ordine di considerazioni, che la Corte pare riprendere nell'iter argomentativo (punti 5, 6.1, 6.2 e 6.3 in diritto), si può aggiungere l'importanza di un altro suggerimento avanzato dal Consiglio di Stato con lo stesso parere richiamato: la necessità di una lettura aggiornata della disciplina in esame alla luce della sopravvenuta riforma del Titolo V della Costituzione ed in particolare "sul ruolo dell'autonomia privata e delle formazioni sociali nel nostro ordinamento derivanti, in particolare, dall'introduzione del principio di cd. sussidiarietà orizzontale di cui al nuovo testo dell'articolo 118, ultimo comma, Cost."

Nella ricostruzione storica, destinata ad avere indubbi riflessi sulla classificazione dogmatica, si può ricordare che solo in una minoranza di casi la costituzione delle casse di risparmio è discesa da un'iniziativa mista pubblico-privata o dall'iniziativa esclusiva di un pubblico potere : la gran parte dei casi è stata espressione dell'iniziativa privata.

Anche l'attività delle casse di risparmio in origine sfuggiva ad un sicuro inquadramento tra le categorie tradizionali : era diversa sia dall'attività bancaria in senso stretto (perché fondata su capitali raccolti da iniziali sottoscrittori e accresciuti dal pubblico attraverso depositi non costituiti per fini speculativi; mentre l'attività bancaria aveva una caratterizzazione marcatamente commerciale, con impieghi speculativi) ed era diversa anche dall'attività di assistenza e di beneficenza propriamente detta, consistente nella elargizione di beni indirizzata gratuitamente verso i ceti più umili, mentre nel caso delle casse di risparmio la beneficenza consisteva in un intervento nel credito, per favorire la formazione e la raccolta

del piccolo risparmio popolare e formare una garanzia che altrimenti non sarebbe stata possibile per la conservazione e la remunerazione di quel risparmio.

L'originaria previsione statutaria delle Casse e degli istituti di credito di diritto pubblico era strettamente legata all'attività di carattere bancario, ma con il tempo l'erogazione a scopo di utilità sociale si era ridotta ad una mera beneficenza di parte degli utili conseguiti e non accantonati. Così la letteratura giusprivatistica aveva prospettato una dicotomia tra enti di pubblica utilità ed enti con scopi egoistici, anche se ideali, laddove per il riconoscimento dei primi si sarebbe mantenuto il controllo dell'autorità governativa; per i secondi, sarebbe stato sufficiente un riconoscimento di natura tecnica da parte dell'autorità giudiziaria, in seguito ad un controllo sulla liceità dello scopo, sulla non contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume².

È utile ricordare che la trasformazione in senso pubblicistico delle casse di risparmio avviene a partire dalla legislazione dello Stato unitario, in un contesto cui appartiene anche la riforma crispiña delle Istituzioni di assistenza e beneficenza (IPAB), che aveva assoggettato le c.d. opere pie al regime degli enti pubblici : la prima disciplina unitaria del fenomeno (legge 15 luglio 1888, n. 5546) optava per la qualificazione come "enti morali" delle istituzioni in esame, in tal modo accostandole agli enti pubblici, senza però necessariamente identificarle con essi.

Come ricorda il Consiglio di Stato nel richiamato parere n. 1354/2002, la tendenza alla pubblicizzazione ha trovato conferma nella legislazione degli anni '20-'40 del secolo scorso: come noto, il t.u. 25 aprile 1929, n. 967 per le casse di risparmio e la legislazione degli anni 1936-1938 per le banche hanno legittimato in modo organico una diffusa presenza pubblica nell'economia.

Nel corso degli anni sono stati adottati altri argomenti a sostegno della natura pubblica degli enti in esame : l'identificazione del patrimonio delle fondazioni come "bene comune che nasce dall'apporto di una moltitudine di persone che, nel tempo, con i loro risparmi e/o con la loro attività finanziata dalle casse hanno consentito agli accorti amministratori di accrescerne la consistenza"; l'entità della massa finanziaria che tali fondazioni si trovano a gestire, sicché ogni intervento economico assurgerebbe per sé stesso a fatto sociale; oltre alla necessità di assicurare adeguata protezione agli interessi antagonisti degli utenti e dei consumatori.

Sul punto è bene ripercorrere in breve la costruzione teorica degli "indici di pubblicità".

² P. RESCIGNO, *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, 500 ss.

2. Ritornano utili al riguardo le tradizionali elaborazioni teoriche sulla c.d. “amministrazione sociale” intesa come amministrazione “proveniente dalla libera iniziativa delle forze sociali” e ricondotta ad una nozione di amministrazione “in senso larghissimo e non proprio”, che includeva nella nozione “gli stabilimenti autonomi autorizzati dalla legge, posti sotto la sorveglianza ed anche sotto la tutela delle autorità pubbliche e diretti a scopi di beneficenza, di istruzione, di commercio o di industria aventi certi privilegi o diritti che la legge specialmente attribuisce loro (...)”³.

All’inizio del secolo scorso si rilevava la coincidenza tra enti pubblici e soggetti che erogavano un servizio pubblico⁴, ma tale classificazione era calata in un contesto nel quale ogni attività amministrativa in senso proprio si limitava ad una funzione di polizia, diretta a prevenire i pericoli contro l’incolumità sociale⁵. Allorquando si è sviluppata nello Stato un’altra “specie di funzioni (...) diretta a promuovere l’incremento del benessere della società”, non è stato più possibile definire il servizio pubblico in ragione della sua natura intrinseca, potendo gli stessi scopi essere perseguiti da privati o da pubbliche autorità nel campo sociale⁶.

In tale contesto era emersa la questione della riconducibilità dei c.d. “corpi morali” al regime di diritto pubblico e, se da un lato si era riconosciuto che “tutti i corpi morali vivono in ultima analisi sotto un regime di diritto pubblico, perché il loro riconoscimento è ispirato a concetti di interesse pubblico”, dall’altro si era ritenuto “esagerato affermare che ogni volta che vi è questo interesse di natura ideale o altruistica, vi è un ente pubblico in tutta la estensione del termine, paragonabile allo Stato od agli enti autarchici territoriali, poiché in tal modo si giungerebbe ad un *assorbimento troppo grande del diritto privato nel pubblico*, che nell’attuale momento storico non è giustificato”⁷.

Così proprio le fondazioni a scopo di risparmio, di credito o di previdenza destavano “gravi dubbi se esse dalla pura sfera del diritto privato non trapassino in quella del pubblico”, posto che le stesse “ottenuto il guadagno, o ne formano una massa di rispetto per garantire sempre meglio coloro che ricorrono ai loro servizi, o ne destinano l’eccedenza ad altri scopi di

³ Cfr. già L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1892, 174 ss.; nonché G. VACCHELLI, *Il Comune nel diritto pubblico moderno*, Roma, 1890, 101 s., spec. 125 ss.; per una ricostruzione C. BERSANI, *Lo Stato e il pluralismo nell’Italia contemporanea*, Torino, 1995, 3 ss.).

⁴ SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, terza edizione, 1912, 176 ss.; nella dottrina francese M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, X ediz., 1921, 303 ss.

⁵ Cfr. S. FOÀ, *Sicurezza pubblica (ad vocem)*, in *Digesto IV, Disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1998, 127 ss.

⁶ C. VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Francia e in Italia*, Modena, 1928, 18 ss.

⁷ C. VITTA, *loc. cit.*, ma anche 5 ss.

pubblica utilità⁸. La prospettata teoria riteneva pubblico ogni ente che fosse costituito dallo Stato o “munito di poteri di imperio verso i terzi”, o ancora assoggettato a “continua vigilanza od a coattiva fusione o trasformazione”⁹.

Invero, come veniva del resto ammesso dalla stessa dottrina, era tuttavia il fine perseguito a stabilire il discrimine, ed infatti, a fronte della eccezione che si poteva muovere al requisito della soggezione alla vigilanza statale, si replicava che, sebbene questa operasse anche nei confronti delle persone private, in tali casi, a differenza di quanto avveniva riguardo agli enti pubblici, essa aveva un contenuto molto ristretto, posto che “le funzioni dell’ente privato sono diverse da quelle dell’ente pubblico”¹⁰.

La perdurante attualità di tali considerazioni consente di comprendere le peculiarità del successivo processo di privatizzazione, avviato verso la fine del XX secolo, che ha interessato lo stesso settore della raccolta del risparmio e dell’esercizio del credito.

Come puntualmente ricorda il Consiglio di Stato (punto II. 2.3 del parere n. 1354/2002, cit.) lo “sdoppiamento tra la valenza pubblicistica e quella privatistica della medesima attività”, che in passato ha accelerato, se non determinato, l’attrazione della raccolta del risparmio e dell’esercizio del credito in un apposito ordinamento pubblicistico di settore, ha fatto anche sì “*che il processo di privatizzazione abbia seguito in senso inverso lo stesso percorso, nel senso che non si è avuto un ritorno alla disciplina civilistica tout court: il legislatore continua ad assegnare il dovuto rilievo agli aspetti che sono propri delle attività destinate a soddisfare peculiari interessi collettivi, pur ritenendoli compatibili con l’abbandono del regime pubblicistico in favore di una disciplina di diritto privato*”.

Con la sentenza in esame, la Corte costituzionale non pare mostrarsi così sensibile a tali peculiarità, dovendo soprattutto argomentare l’avvenuto completamento del processo di privatizzazione delle fondazioni di origine bancaria, per poterle ricondurre alla materia “ordinamento civile” di competenza esclusiva del legislatore statale.

Merita invece particolare attenzione, proprio per comprendere le conclusioni della Corte, il processo di trasformazione del settore di riferimento avviato lo scorso decennio : in primo luogo con legge 30 luglio 1990, n. 218 (*Disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico*) e successivo decreto

⁸ C. VITTA, *op. ult. cit.*, 23 s.

⁹ Si ricordano le fondamentali pagine di O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 341 s.; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 88.

¹⁰ C. VITTA, *op. ult. cit.*, 33; ID., *Note sul concetto di persona giuridica pubblica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1933, I, 41 ss.

legislativo 20 novembre 1990, n. 356 (*Disposizioni per la ristrutturazione e per la disciplina del gruppo creditizio*), che hanno disposto la trasformazione delle banche pubbliche in società per azioni e scorporato l'azienda bancaria dagli originari enti creditizi, scindendo questi ultimi in due soggetti: gli «enti conferenti» e le «società per azioni conferitarie». In quel quadro la funzione principale affidata agli enti conferenti era amministrare la partecipazione azionaria nella banca conferitaria, più che agire nel campo dell'utilità sociale¹¹.

Con legge 23 dicembre 1998, n. 461 (*Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria*), e conseguente decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 (*Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1998, n. 461*), gli originari enti conferenti – quali enti pubblici gestori della partecipazione al capitale delle società conferitarie – sono stati trasformati, dal momento dell'approvazione delle modifiche statutarie rese necessarie per l'adeguamento alle nuove disposizioni, in «fondazioni», «persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale» che «perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti» (art. 2 del d. lgs. n. 153 del 1999, cit.). Se tale riforma ha inteso trasformare le fondazioni in soggetti operanti nel mondo del *non profit*, è tuttavia rimasta una certa vocazione economica nella loro attività (purché nell'ambito degli scopi non di lucro): l'articolo 2, comma 1, del d. lgs. n. 153 del 1999, cit., afferma infatti che le fondazioni possono perseguire anche scopi “*di promozione dello sviluppo economico*” secondo quanto previsto dai rispettivi statuti, in coerenza con l'originaria natura delle casse di risparmio; inoltre, esse possono realizzare i propri scopi

¹¹ In tali termini anche il parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, n. 1354/2002 cit.; cfr. inoltre M. CLARICH, *Le fondazioni bancarie tra regole di diritto privato e disciplina del procedimento amministrativo*, in *Bancaria*, 1996, 22 ss.; F. MERUSI, *Natura, funzionamento e obiettivi delle fondazioni*, in *Il risparmio*, 1994, 84 ss.; ID., *Sulla natura giuridica dei c.d. enti - fondazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 500 ss.; ID., *Metamorfosi degli enti pubblici creditizi*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1993, I, 1 ss.; F. CUOCOLO, *Aspetti giuridici delle fondazioni di Casse di Risparmio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 356 ss.; D. LUCARINI ORTOLANI, *Privatizzazione e fondazione bancaria*, in *Foro it.*, 1995, V, 120 ss.; T.S. MUSUMECI, *Pubblico e privato nelle trasformazioni bancarie*, Padova, 1992, 158 ss., spec. 162 ss.; S. AMOROSINO, F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, Padova, 1999, *passim*. Cfr. inoltre Corte cost., sentenze nn. 500 del 1993 e 163 del 1995, rispettivamente in *Giur. it.*, 1994, I, 322 ss., e in *Foro it.*, I, 1996, 814 ss., ed *ivi* (816 ss.) il commento di G. PONZANELLI.

anche in modo imprenditoriale (attraverso imprese *“direttamente strumentali ai fini statutari”* ex articolo 3, comma 1, d. lgs. n. 153 del 1999, cit.).

La permanenza di un “legame istituzionale ancora saldo con le società bancarie conferitarie” ha sollecitato l’ennesima riforma, dettata dal censurato art. 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448.

Per effetto di tale ultima disposizione, è stata mantenuta l’opzione legislativa generale della appartenenza della materia al diritto privato, ancorché “speciale”, e non al diritto pubblico : così la rubrica dell’articolo 2 della legge di delega n. 461 del 1998, che recita: *“regime civilistico degli enti”*, e poi nello stesso articolo 2, comma 1, lett. 1), della legge n. 461 del 1998, cit., e nell’articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 153 del 1999, cit., ove si afferma il principio secondo cui le fondazioni sono *“persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale”*.

Infine, la *“piena autonomia statutaria”* delle fondazioni è stata ribadita anche dalla legge 15 giugno 2002, n. 112 di conversione del decreto legge 15 aprile 2002, n. 63, che all’articolo 5 ha affermato trattarsi di un *“regime giuridico privatistico speciale rispetto a quello delle altre fondazioni, in quanto ordinato per legge”* in funzione di una serie di profili specificati dalla stessa legge (tra cui la particolare operatività, la struttura organizzativa, lo specifico regime di professionalità e di incompatibilità, i criteri obbligatori di gestione del patrimonio, etc.).

Sulla base di tale processo di trasformazione, la Corte ha desunto l’avvenuto perfezionamento del regime giuridico di diritto privato, assumendo la riconduzione della materia in esame all’ “ordinamento civile”. Né rileverebbero in senso contrario le precedenti pronunce dello stesso Giudice delle leggi nn. 341 e 342 del 2001, che avevano ravvisato la permanenza di un “vincolo genetico e funzionale” che legava l’ente pubblico conferente alla società bancaria, posto che tali sentenze “cadevano nel mezzo” del periodo transitorio previsto dalla legge per il completamento delle operazioni di ristrutturazione bancaria e che tale periodo è ormai terminato (punto 6.3 in diritto). Al riguardo si possono condividere le osservazioni critiche già formulate in dottrina, che ricordano il mancato perfezionamento del processo di dismissione, mentre la “transitoria” vigilanza ministeriale continua ad essere esercitata e le fondazioni di origine bancaria possono ancora partecipare al capitale della Banca d’Italia, ex art. 27 decreto legislativo n. 153 del 1999, cit.; possibilità utilizzata nella precedente sentenza n. 341 del 2001 della Corte costituzionale proprio come argomento *ad*

adiuvandum della “non completa definitiva separazione dal settore bancario-creditizio delle fondazioni” (punto 7 del *considerato in diritto*)¹².

Assunta dunque la definizione delle fondazioni quali persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; il riconoscimento del carattere dell'utilità sociale agli scopi da esse perseguiti; nonché la precisazione, contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera a), della legge n. 461 del 1998, che, quali che siano le attività effettivamente svolte dalle fondazioni, «restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni», innanzitutto agli enti pubblici, la Corte colloca – anche in considerazione di quanto dispone ora l'art. 118, quarto comma, della Costituzione – le fondazioni di origine bancaria tra i soggetti dell'organizzazione delle «libertà sociali», non delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere.

Ciò perché le fondazioni di origine bancaria e le loro attività non possono più rientrare “in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo” (punto 7 in diritto).

La nozione di “libertà sociale”, in una con l'individuazione dei confini della relativa tutela, era già stata utilizzata dalla Corte nella sentenza 9-12 marzo 1998, n. 50, relativa alla legittimità costituzionale di una legge regionale recante *Disciplina delle attività delle agenzie di viaggio e turismo*. In quell'occasione, la Corte ha affermato che “*La libertà sociale dei cittadini non comporta il diritto di compiere qualsiasi attività; e così, se svolta con continuità e con finalità lucrativa, l'organizzazione di gite o di viaggi turistici è qualificabile come attività economica e, in quanto tale, soggiace ai limiti dell'art. 41 della Costituzione e delle leggi che vi danno attuazione. Per simili attività, la previsione di un'autorizzazione e l'imposizione di ragionevoli vincoli a tutela dell'interesse pubblico è coerente col regime costituzionale dell'iniziativa economica privata. Ma, nella previsione dell'impugnato articolo, tale limite opera per qualsiasi attività di organizzazione di viaggio, anche se svolta episodicamente e senza finalità di profitto. La pretesa di voler assoggettare ad autorizzazione anche queste attività contrasta con il principio di libertà sociale*”.

Già in quella accezione, il punto cruciale era rappresentato dall'individuazione del “grado di compressione” che era possibile imprimere all'autonomia privata per la protezione di esigenze collettive perseguite dalla libera iniziativa privata, senza che ciò si traducesse in uno stravolgimento della sua stessa nozione e del suo nucleo essenziale, che la Carta

¹² M. COSULICH, *La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria nel quadro del nuovo titolo V della Costituzione (note a margine delle sentenze n. 300 e n. 301 del 2003)*, in *Amministrazione in cammino*, 2003.

Costituzionale ha da ultimo inteso preservare soprattutto con le modifiche introdotte agli articoli 117 e 118 Cost.

Se si ha riguardo alla “misura” dell’intervento pubblico, è sostenibile che essa deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, come pare desumersi dalle stesse argomentazioni della Corte costituzionale.

Il cenno alla disposizione costituzionale dell’ art. 118, quarto comma, sviluppa inoltre le argomentazioni già avanzate dal Consiglio di Stato nel richiamato parere sul regolamento adottato ex art. 11 della legge n. 448 del 2001, cit., a mente del quale *“Il riconoscimento della portata innovativa della nuova norma costituzionale dispiega significative conseguenze anche con riferimento al Titolo I della Costituzione e, in particolare, alle norme di ordine sostanziale che disciplinano le guarentigie dei cittadini – singoli e associati – nei confronti dei pubblici poteri. Ciò muta la stessa nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione dei bisogni individuali (art. 41 Cost.), ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per "attività strumentali" mediante le quali si persegue la realizzazione delle "utilità generali", così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi.*

Il principio della sussidiarietà orizzontale introdotto dall’ultimo comma dell’articolo 118 Cost. produce implicazioni non meno rilevanti in tema di formazioni sociali, consentendo una lettura evolutiva dell’articolo 18 Cost. che vada oltre la letterale protezione, nei limiti del lecito, dei "fini" perseguiti dalle formazioni sociali e che consenta di sottolineare quel "valore aggiunto" che, rispetto ai singoli, esse sono in grado di produrre mediante il potenziamento e la previsione di organizzazioni articolate e complesse, capaci di avvalersi dell’apporto diretto e/o indiretto degli associati o di terzi, per l’affermazione dei valori collettivi di cui si fanno portatrici.

Naturalmente, resta pur sempre nell’autonomia del legislatore accompagnare l’attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale con l’individuazione di strumenti di vigilanza e di controllo. Tale prospettiva appare confermata, nella materia in esame, dalla recente legge n. 112 del 2002, che rende esplicita l’esistenza di un "regime giuridico privatistico speciale"” (punti II.3.2 e 3.3 del parere n. 1354/2002, cit.)¹³.

¹³ In dottrina, L. ANTONINI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare state a welfare society*, in Riv. dir. fin., 2000, I, 99; P. DURET, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in Jus, 2000, 95.

3. A ben vedere, tale ordine di considerazioni trova un significativo precedente nella nota sentenza della Corte Costituzionale 7 aprile 1988, n. 396, sulle IPAB, dalla quale si poteva già desumere che lo Stato ed ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal “sociale” e si impegnano direttamente per la realizzazione di quelle che sulla base di tale parametro sono avvertite come utilità collettive, come esigenze proprie della comunità di cui fanno parte¹⁴.

Ad un primo esame si potrebbe additare il caso delle IPAB proprio come esempio, oggi di interesse per le fondazioni di origine bancaria, dell’attrazione variabile di un determinato settore sociale ora nell’ambito pubblico ora in quello privato, per effetto di una significativa alternanza delle scelte del legislatore, che dovrebbero essere guidate dal rispetto della “situazione sociale” di riferimento, come la stessa Corte costituzionale aveva affermato nella sentenza n. 396 del 1988, cit. (punto 6 in diritto¹⁵).

Se si pensa alla *ratio* della l. 17 luglio 1890, n. 6972 (c.d. legge Crispi), che aveva disciplinato le Istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza, emerge che essa non rappresentò una vera pubblicizzazione del settore della beneficenza e in un secondo momento dell’assistenza, ma comportò la creazione progressiva di strumenti statali di “beneficenza legale” e la predisposizione di forme di controllo e di disciplina uniforme nella beneficenza di origine privata. Così tra la fine ‘800 e l’inizio ‘900 si evidenziava che l’assunzione da parte delle I.p.a.b. della personalità giuridica pubblica era finalizzata allo scopo di “mettere il Governo in grado di assicurare che la personalità giuridica della nuova istituzione (...) non

¹⁴ Prospetta un’analogia tra la sentenza annotata e la citata sentenza n. 396 del 1988, 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/eb3003012003.htm, 7 ottobre 2003.

¹⁵ In dottrina, sul “caso Ipad”, L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 446; E. FERRARI, in *Le Regioni*, 1988, 1331; G.M. SARACCO, in *Foro it.*, 1989, I, 46; U. DE SIERVO, *Le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994; C. CARDIA, *Assistenza e beneficenza - diritto amministrativo, ad vocem*, in *Enc. giur.*, Roma, Vol. III, 1988. Cfr. inoltre G. PASTORI, *Prospettive di riforma dell’ordinamento delle IPAB*, in *Le Regioni*, 1996, 1041 ss. Recentemente, sui tratti caratterizzanti gli enti pubblici, M.L. SCHIAVANO, *L’espansione degli enti pubblici in relazione allo sviluppo delle funzioni pubbliche*, in R. FERRARA - S. SICARDI (a cura di), *op. ult. cit.*, 341 ss., ed ivi richiami bibliografici. Sulla distinzione tra ente pubblico e privato, riferita ad un differente contesto ordinamentale, già G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 365 ss. Più recentemente, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, *passim*, e il volume collettaneo a cura di V. CERULLI IRELLI, *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit.).

solo era realmente di beneficenza, ma che inoltre contribuiva alla soddisfazione di un interesse pubblico armonizzante con l'indirizzo generale della beneficenza"¹⁶. Interessanti, per comprendere la *ratio* di quell'intervento legislativo, le pronunce giurisprudenziali del periodo¹⁷.

Di conseguenza, nel tempo, alla legge stessa sono stati assoggettati non solo enti che, in quanto erogatori di servizi pubblici, avrebbero potuto aspirare a pieno titolo alla qualificazione di enti pubblici, ma anche organizzazioni espressive dell'autonomia dei privati, che hanno conservato caratteri propri dell'organizzazione civile anche dopo la loro formale pubblicizzazione¹⁸.

E proprio di tali enti la Corte costituzionale ha acclarato la natura privata, sollecitandone una regolazione privatistica, che potrebbe rispondere al modello delle fondazioni ed in genere a quello delle organizzazioni "non profit"¹⁹. Il legislatore ha così ammesso la possibilità della trasformazione delle I.pa.b. in associazioni o fondazioni di diritto privato. Di particolare interesse, al riguardo, gli "indici" per il riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato contenuti nel d.P.C.M. 16 febbraio 1990, recante *Direttiva alle regioni in materia di riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato alle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza a carattere regionale ed infraregionale*.

¹⁶ S. D'AMELIO, *Contributo alla dottrina sulla definizione e classificazione delle istituzioni pubbliche di beneficenza*, in *Foro It.*, 1907, I, 1068; ID., *Brevi osservazioni su carattere di pubblicità degli enti autarchici istituzionali di beneficenza*, in *Riv. beni pubbl.*, 1908, 337 ss.; F. SCADUTO, *Fondazioni private di culto trasformabili?*, in *Riv. pratica*, 1903, 337 ss.; L. RATTO, *Natura giuridica delle fondazioni per l'istruzione superiore*, in *Legge*, 1893, 714 ss.

¹⁷ C. Napoli, 13 aprile 1907, Collegi riuniti c. Casa incurabili, in *Riv. critica*, 1907, 47 ss., secondo cui non vi è ente morale di beneficenza se non dove vi ha una persona giuridica, cioè una "proprietà pubblica", avulsa dal capo dei singoli e attribuita a quello della collettività, che si chiama "il pubblico". Si veda anche Cons. Stato, sezione V, 14 aprile 1909, Comune di Parma c. Congr. Carità Parma, in *Giust. amm.*, 1909, 215 ss., secondo cui per la forma e per i modi con i quali alla gestione di un lascito possa essere applicabile la legge sulle istituzioni pubbliche di beneficenza è pregiudiziale la questione se una istituzione sia di pubblica beneficenza: per risolvere la questione il criterio decisivo è l'intendimento del fondatore o il fine della disposizione testamentaria. Per Consiglio di Stato, sez. IV, 5 aprile 1909, Amiotti c. Ministero Interno e Congr. Carità Brescia, in *Municipio It.*, 1909, 292 ss., in una pia fondazione non può ravvisarsi un'istituzione di pubblica beneficenza se manchi il requisito della perpetuità

¹⁸ G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 268, nota come "sia stato assai poco modificato il regime giuridico di alcune associazioni di assistenza alle quali si è sottratta la natura pubblica".

¹⁹ A. AMBROSI, *La problematica sopravvivenza delle IPAB tra pubblico, privato e privato - sociale*, in *Le Regioni*, 1996, 1049 ss., spec. 1064; F. PAISIO, *Ipab: natura pubblica e privata nel quadro del vigente ordinamento giuridico*, in *Trib. amm. reg.*, 1998, II, 123; prima della sentenza della Corte n. 396 del 1988, cit., A. AMORTH, S. BARTOLE, F. MERUSI, G. PASTORI E U. POTOTSCHNIG, *Impressioni sulla sentenza concernente le Ipab (Nota a Corte cost., 30 luglio 1981, n. 173, Opera pia fondaz. Rhodense c. Com. Rho)*, in *Regioni*, 1981, 1325 ss.

Il processo di convergenza e di uniformazione dell'azione sociale pubblica e di quella privata nel settore dei servizi sociali, è oggi formalizzato dalla l. 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, e dal d. lgs. 4 maggio 2001, n. 207, recante *“Riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza, a norma dell’art. 10 della legge 8 novembre 2000, n. 328”*.

A livello generale, dunque anche per le fondazioni di origine bancaria, resta aperto il problema del vincolo genetico con i “preesistenti enti pubblici” da cui gli enti “privatizzati” o “riprivatizzati” traggono origine: tornando alla sentenza annotata, sul punto appare interessante la censura sollevata dalla Regione Emilia - Romagna (punto 5.3. in fatto), secondo cui le fondazioni *“(…) non sono entità create dalla legge utilizzando patrimoni privati, ma sono il portato di scelte legislative di modificazione del regime giuridico di preesistenti enti pubblici, il che rende pienamente legittimo che la legge regoli i fini, l'organizzazione e l'utilizzazione del patrimonio di queste strutture, appunto per la loro derivazione da enti di natura pubblicistica”*. Secondo la Regione ricorrente, ciò sarebbe coerente con una *“visione sostanziale del problema, come del resto su una valutazione di sostanza si fondano, da un lato, la giurisprudenza costituzionale – così, nella questione della natura delle IPAB (sentenza n. 396 del 1988) – e, dall'altro, la normativa comunitaria – nella definizione di «organismo di diritto pubblico» ai fini della disciplina degli appalti pubblici”*.

Come si è anticipato, la sintetica argomentazione della Corte circa l'avvenuto completamento del processo di trasformazione in soggetti di diritto privato non pare esaustiva, specie a fronte della permanenza di alcuni legami delle fondazioni con il settore bancario-creditizio, sicché anche la riconduzione alle “libertà sociali”, come appena individuate, avrebbe richiesto una motivazione più approfondita.

Quanto ai criteri utilizzati per la definizione di “organismo di diritto pubblico” in materia di appalti pubblici, per “snidare la pubblicità reale” di organismi formalmente privati, si può notare una loro vicinanza sostanziale ai criteri che all’inizio del ‘900 servivano a definire il carattere pubblico dell’ente²⁰. Premesso che il richiamo di tali criteri può servire solo per ricordare che esiste una tendenza generale, del legislatore e dell’interprete, a ricercare indici “sostanziali” per classificare la natura giuridica dei destinatari di differenti discipline normative, nel caso di specie gli indici che avrebbero potuto assumere utilità, per poter accogliere le censure sollevate dalle regioni ricorrenti, sarebbero discesi dall’accertamento

²⁰ E. CASSETTA, S. FOÀ, *Pubblica amministrazione, ad vocem*, in *Digesto IV, Disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 436 ss.; da ultimo D. CASALINI, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione* in house, Napoli, 2003, 16 ss., ed ivi aggiornati riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

della permanenza di quel vincolo genetico con il settore bancario creditizio, che per contro la Corte ha ritenuto essersi “spezzato” nel rispetto dei tempi previsti dal legislatore.