

Le sentenze sulle fondazioni bancarie tra attese e sorprese: considerazioni sulla dinamica delle fonti del diritto

di Enzo Balboni

1.- Con due lunghe sentenze, nn. 300 e 301/2003, la Corte costituzionale si pronuncia (non solo, ma principalmente) sulla discussa riforma Tremonti delle fondazioni bancarie, attuata con l'art. 11 l. 28.12.2001, n. 448 (finanziaria 2002).

Il senso ultimo delle decisioni della Corte pare riassumibile nell'affermazione che le fondazioni bancarie, nella configurazione legislativa derivante dalla riforma del '98-'99 (l. 23.12.1998, n. 461 e d.lgs. 17.5.1999, n. 153), sono soggetti di carattere essenzialmente privato, non più qualificabili come 'enti creditizi', istituzionalmente dedite a compiti di utilità sociale che devono essere comunque tenuti distinti dalle funzioni pubbliche in senso stretto.

Il nucleo essenziale della decisione è proprio questo: «La loro definizione quali persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; il riconoscimento del carattere dell'utilità sociale degli scopi da esse perseguiti; la precisazione... che, quali che siano le attività effettivamente scelte dalle fondazioni, “restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni”, innanzitutto gli enti pubblici, collocano – 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”» (sent. n. 300, Considerato in diritto, § 7).

Sulla base di questa affermazione, la Corte, da un lato, ritiene che esse rientrino nell'ambito dell'«ordinamento civile», di esclusiva spettanza della potestà legislativa statale (sent. n. 300); dall'altro, vede la caducazione di diverse norme della riforma Tremonti tese a limitare l'autonomia delle fondazioni, a porle sotto il sostanziale indirizzo e controllo delle autonomie territoriali ed a convogliare le loro risorse verso finalità determinate, almeno in parte, dai poteri pubblici (sent. n. 301).

In poche parole: viene dalla Corte riproposta la soluzione già prospettata nel «caso Ipab», in cui si riafferma il principio per cui la natura privata di un ente vieta che esso sia sottoposto a forme invasive di direzione statale, consentendo al massimo un'attività pubblicistica di coordinamento, la cui incisività è assai minore.

Che questo sarebbe stato l'esito del giudizio, era stato anticipato da numerosi commentatori (cfr. gli interventi di Bassanini, Clarich-Pisaneschi e Torchia ora in www.astrid-online.it e destinati a «Il Ponte»): la riforma Tremonti, che «ha gelato il sangue di chi credeva che altri interventi legislativi sarebbero stati giustificati solo come evoluzione e correzione in senso privatistico ed autonomista del modello precedente» (Clarich-Pisaneschi), era totalmente in contrasto con i principi costituzionali che già furono applicati nella nota sent. n. 396/1988, con il principio di sussidiarietà orizzontale (che d'altronde quella risalente sentenza sembrava avere anticipato), e addirittura contro l'insieme delle fonti primarie sopra richiamate, che non venivano abrogate, ma piuttosto infiltrate da una serie di previsioni del tutto estranee al *corpus* normativo organico previgente.

Questa intuizione era stata presente non solo al TAR del Lazio, le cui numerose ed accurate ordinanze hanno dato l'occasione per la sent. n. 301, ma anche alla Sezione atti normativi del Consiglio di Stato, che con il parere 1.7.2002, n. 1354, nell'esaminare lo schema di regolamento attuativo della riforma, aveva sostanzialmente messo a fuoco il nucleo delle argomentazioni oggi fatte proprie dal Giudice delle Leggi (cfr. sul punto il mio *Le fondazioni bancarie: verso un nuovo "caso IPAB"?*, ancora in www.astrid-online.it).

2.- Ritengo però che altri passaggi di queste decisioni debbano essere subito segnalati, al di là del tema – pur di grande consistenza ed attualità – delle fondazioni bancarie e, più in generale, della sussidiarietà orizzontale.

D'altronde, data l'importanza e la complessità del tema, molti erano i profili portati all'attenzione della Corte, in una fase in cui tutte le categorie del diritto regionale, e molte di quelle del diritto costituzionale, sono in via di riassetto.

Al § 5 del Considerato in diritto della sent. n. 301, la Corte costituzionale prende una posizione molto netta sul fenomeno della delegificazione. L'art. 11, co. 1, della legge n. 448, dopo un lungo elenco di quattro gruppi di settori in cui è ammessa l'attività delle fondazioni, si chiude con la seguente frase: «I settori indicati possono essere modificati con regolamento dell'Autorità di vigilanza da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400». L'Autorità in questione è, per ora, il Ministero dell'Economia – che, nel corso della XIV Legislatura, si è visto riconoscere una serie di nuovi poteri, anche congiuntamente ad altri Ministeri, di ampiezza sconcertante.

Il rimettente riteneva (cfr. Ritenuto in fatto, § 1.B) che tale previsione contrastasse con l'art. 70 Cost., «comportando una delegificazione ad opera di una fonte secondaria diversa dai regolamenti cosiddetti di delegificazione, espressamente contemplati dall'art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988»

La Corte, lapidariamente, 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 costituzionali evocati dal ricorrente».

Se ben si intende il denso e ponderato fraseggio della sentenza, la Corte dichiara incostituzionale la norma primaria di delegificazione a causa dell'omissione dei criteri e principi fondamentali di disciplina della materia affidata alla potestà normativa amministrativa. Non sembra, infatti, che si sia inteso scorgere alcun problema nella natura ministeriale, e non governativa, del regolamento.

La formulazione della norma si prestava a ciò, nella sua sostanziale carenza di indicazioni: eppure la Corte non tenta nemmeno un'operazione che essa frequentemente ha eseguito in altri casi, in tema di sindacato ex art. 76 Cost., e cioè l'interpretazione adeguatrice della legge di abilitazione, magari alla luce del contesto normativo complessivo, tesa a salvarne la legittimità (cfr. sul punto, tra i molti, E. Malfatti, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino 1999, 48 ss.).

3.- Inoltre, in molti punti della sentenza la Corte sceglie di dare interpretazioni anche piuttosto creative della legge, allo scopo di non dichiararne l'incostituzionalità, secondo il ben noto canone dell'interpretazione conservativa *secundum Constitutionem*.

Così accade, nell'esegesi dell'art. 11, per:

- il comma 3, nella parte in cui dispone che le fondazioni assicurano «singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse»; secondo la Corte questo non vuol dire che le fondazioni siano parte di un sistema unitario, perché tale norma è «una mera indicazione di carattere generale, priva, in quanto tale, di carattere vincolante»;
- il comma 4, laddove afferma sì che gli enti territoriali esprimono negli organi direttivi delle fondazioni una propria «rappresentanza»: ma di quest'ultimo termine la legge fa un uso «all'evidenza atecnico»;
- l'ultimo periodo del comma 4, che nel disciplinare la posizione dei singoli amministratori fa «salvo quanto al comma precedente», ove si menzionano gli amministratori di estrazione territoriale: ma non per sottrarre questi ultimi al regime generale, bensì «al di là delle sue espressioni letterali» e «nel senso, del tutto generico, confermativo della vigenza della (disciplina contenuta nella) prima parte della norma»;
- i commi 7 e 11, che la Corte interpreta in modo da restringere la loro portata normativa, basandosi sulla *ratio* perseguita dal legislatore (ma anche da quello del '99).

Pare evidente che queste (asserite) interpretazioni adeguate non siano molto differenti dalle dichiarazioni di incostituzionalità totale o *in parte qua*: e se in alcuni casi l'interpretazione ha carattere soltanto restrittivo (che aggiunge requisiti alla fattispecie, per rendere più specifico l'ambito di applicazione della norma), in altri – e la Corte pare avvedersene – si giunge sino ad una sostanziale *interpretatio abrogans* (ciò che normalmente si ritiene al di fuori dell'ermeneutica giuridica).

In realtà, dunque, la Corte procede alla complessiva riscrittura di una legge intera, il cui peccato originale ed irrimediabile resta quello di aver voluto lasciare formalmente immutati i principi di base sulle fondazioni bancarie, pervertendone però il lineare disegno con una serie di regole sostanzialmente distorti.

4.- Le osservazioni svolte, dunque, ci permettono di scorgere – al di là del tema specifico delle due decisioni – il modo in cui la Corte affronta uno stile legislativo, per così dire, disinvolto, che avanza nel tessuto normativo “a strappi”, mediante ampie deleghe all'Esecutivo e senza curarsi della coerenza sistematica dell'ordinamento.

La Corte pone dunque mano a diverse tecniche decisorie, per mettere ordine in un quadro sconquassato e, nel fare ciò, impartisce al Legislatore una vera e propria lezione (implicita) su come le leggi andrebbero scritte e sul quel che può accadere quando i nuovi atti normativi intaccano la coerenza del sistema complessivo e lasciano sostanzialmente unica arbitra dei successivi sviluppi una potestà regolamentare, che ormai di secondario ha soltanto la qualità formale (ma trova un valido argine nell'attività consultiva e giurisdizionale dei giudici amministrativi).

Al di là delle fondazioni bancarie, dunque, queste sentenze – e soprattutto la sent. n. 301 – mettono a fuoco alcuni significativi momenti di patologia della dinamica delle fonti del diritto (inequivocabile sintomo, questo, di analoghe tensioni nella forma di governo) e costituiscono un chiaro esempio dei differenti rimedi disponibili per ricondurre queste vicende alla fisiologia della democrazia parlamentare in uno Stato costituzionale.