

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER IL LAZIO

SEZIONE III

Ricorso n. R.G. 11053/02

SECONDO ATTO DI MOTIVI AGGIUNTI

Nell'interesse della Fondazione Monte dei Paschi di Siena, in persona del suo Presidente legale rappresentante *pro tempore* Avv. Giuseppe Mussari, rappresentata e difesa nel corso del presente giudizio, congiuntamente e disgiuntamente tra loro, dal Prof. Avv. Pietro Rescigno e dal Prof. Avv. Luisa Torchia ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio legale della "Prof. Avv. Luisa Torchia ed altri s.t.p.", alla via Sannio n. 65, giusta procura speciale del 15 ottobre 2002 a rogito del Notaio Riccardo Coppini di Siena ed avente rep. N. 36705, già depositata in atti

CONTRO

il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro legale rappresentante *pro tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato, alla via dei Portoghesi n. 12,

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIVA

della lettera del Direttore generale del Dipartimento del Tesoro, uff. IV, prot. n. 35166, recante data del 20 dicembre 2002, avente ad oggetto "*Ordinaria amministrazione e documento programmatico previsionale*".

FATTO

La Fondazione Monte dei Paschi di Siena ha impugnato con il ricorso 11053/2002 innanzi a codesto Ecc.mo Tar il d.m. n.217/2002, regolamento di attuazione dell'art.11 della legge n.448/2001 e, mediante proposizione di

motivi aggiunti, la lettera del Ministero dell'economia e delle finanze del 23.10.2002 sul documento programmatico previsionale. Con ordinanza n.6863/2002 codesto Ecc.mo Tar ha sospeso l'efficacia degli articoli 7 e 9 del regolamento e la lettera del 23.10.2002, sollevando contestualmente, con separata ordinanza in pari data, la questione di legittimità costituzionale in ordine ad alcuni articoli del d.lgs. n.153/1999 e dell'art.11 della legge n.448/2001.

L'amministrazione ha appellato l'ordinanza dinanzi al Consiglio di Stato e ha, nel frattempo, inviato a tutte le fondazioni e all'Acri la lettera impugnata con i presenti motivi aggiunti, con la quale si prospetta una interpretazione del tutto infondata degli effetti dell'ordinanza di sospensione e si reitera l'imposizione di obblighi e divieti alle fondazioni su una materia che è già stata oggetto di un giudizio nel corso del quale l'amministrazione è risultata, nella misura della concessa misura cautelare, soccombente e con un tipo di atto che è già stato giudicato da questo Ecc.mo Tar inidoneo a fornire indirizzi, e tantomeno prescrizioni, alla ricorrente Fondazione. L'atto risulta, inoltre, del tutto intempestivo, in quanto la ricorrente Fondazione ha già approvato il documento programmatico previsionale entro il termine previsto dalla legge (all. 1), secondo le disposizioni dell'art.28 del d.lgs. n.153/1999 e l'amministrazione intende paralizzare l'esecuzione del documento stesso, sulla base di una definizione dell'attività di ordinaria amministrazione che contrasta con le norme del codice civile e con consolidati orientamenti giurisprudenziali e che è già stata ritenuta illegittima da codesto Ecc.mo Tar, che ha sospeso, con ordinanza n.6872/2002 una precedente "circolare" dell'amministrazione proprio in materia di ordinaria amministrazione. Il Ministero dell'economia e

delle finanze ha quindi, prima cercato di sottrarsi al giudizio di codesto Tar, anticipando l'attuazione della legge e dell'impugnato regolamento con la lettera del 23 ottobre 2002 (anch'essa sospesa), e ora cerca di prescindere dalle misure cautelari concesse nel corso del giudizio, ignorandone gli effetti e pretendendo comunque di imporre alla fondazione limiti, obblighi e divieti che il giudice ha già ritenuto illegittimi.

La lettera del Ministero dell'economia e delle finanze del 20.12.2002 è dunque illegittima per i seguenti motivi di

DIRITTO

1. Elusione dell'ordinanza cautelare n.6863/2002 e contrasto con l'incidente di costituzionalità. Inapplicabilità del limite dell'ordinaria amministrazione a seguito della sospensione dell'efficacia del d.m. n.217/2002.

La lettera qui impugnata trova con ogni evidenza le proprie ragioni nella volontà dell'amministrazione di non rispettare e di non dare esecuzione alle misure già prese da codesto Ecc.mo Tar in ordine alla legittimità del d.m. n.217/2002 e della precedente lettera del 23.10.2002. Le misure cautelari disposte con l'ordinanza n.6863/2002 hanno come effetto, infatti, la sospensione dell'efficacia di disposizioni regolamentari e di "indirizzi" sospetti di illegittimità sia per vizi propri, sia in ragione della rilevanza e fondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata in ordine alle norme primarie sulla base delle quali gli atti amministrativi sono stati adottati. L'amministrazione cerca, con la lettera qui impugnata, di aggirare ed eludere l'effetto sospensivo dell'efficacia e di imporre nuovamente alla Fondazione alcuni obblighi e divieti in ordine all'ordinaria amministrazione e al documento

programmatico previsionale che risultano sospesi per effetto delle concesse misure cautelari.

Tale comportamento non solo configura una patente violazione dell'obbligo incombente sull'amministrazione di rispettare e dare esecuzione alle decisioni del giudice, ma si pone altresì in diretto contrasto con la decisione di sollevare la questione di legittimità costituzionale di alcune norme, con conseguente sospensione del processo sino alla decisione della Corte costituzionale. La stessa logica e struttura dell'incidente di costituzionalità, per come sono definite nel nostro ordinamento, impongono che il giudizio della Corte non venga reso inutile o comunque svuotato di rilevanza mediante tentativi surrettizi di applicare comunque, nel caso concreto oggetto del giudizio sospeso, le norme sospette di incostituzionalità: tanto più quando, proprio per evitare che il diritto assistito dal *fumus boni iuris* subisca un pregiudizio irreparabile, il giudice *a quo* abbia concesso apposita misura cautelare. La misura cautelare è, quindi, in questo caso, strumentale all'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte ed è finalizzata a mantenere una situazione e un assetto degli interessi rispetto al quale sia utile e rilevante il giudizio della Corte costituzionale. L'utilità e la rilevanza della decisione della Corte potrebbero essere, invece, posti nel nulla nel caso in cui si desse applicazione proprio alla norma sospetta di incostituzionalità ed è proprio questo che l'amministrazione fa con la lettera del 20 dicembre 2002, ignorando volutamente gli effetti dell'ordinanza di sospensione e dando applicazione a norme rispetto alle quali è stato ritenuto fondato il dubbio di costituzionalità. Sarebbe davvero paradossale se, a seguito dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale e della conseguente

sospensione del processo, i ricorrenti fossero costretti ad attendere il giudizio costituzionale, mentre l'amministrazione si ritiene libera di agire come se il giudizio di costituzionalità non fosse pendente.

La stessa amministrazione è del resto costretta, per sostenere la possibilità di reiterare gli obblighi e i divieti, già sospesi, in ordine all'ordinaria amministrazione delle fondazioni e al documento programmatico previsionale, ad una peculiare ricostruzione, in base alla quale i provvedimenti ministeriali sospesi sarebbero stati adottati *"nell'esclusivo interesse delle fondazioni"* e la loro sospensione consentirebbe la diretta attuazione della disposizione contenuta nell'art.11, comma 14 della legge n.448/2001 in ordine al limite dell'ordinaria amministrazione. Ora, anche a prescindere dall'assurdità della pretesa dell'amministrazione di interpretare l'interesse della Fondazione meglio, e anzi contro, la Fondazione stessa, il richiamo alla norma legislativa non ha affatto l'effetto che l'amministrazione sembra attribuirgli e anzi una piana lettura della norma in questione conduce a conclusioni del tutto opposte.

La legge prevede, infatti, che le disposizioni dell'art.11 trovino attuazione mediante un regolamento emanato dall'autorità di vigilanza e che, entro 90 giorni dall'emanazione del regolamento, le fondazioni adeguino i propri statuti e, conseguentemente, ricostituiscano gli organi. Fino alla ricostituzione degli organi, prevede ancora la legge, *"le fondazioni, in assenza di espressa autorizzazione dell'Autorità di vigilanza, limitano la propria attività all'ordinaria amministrazione, nella quale è ricompresa l'esecuzione dei progetti di erogazione già approvati"*. Il limite dell'ordinaria amministrazione era quindi posto in relazione ad una specifica e circoscritta fase transitoria, provocata dall'obbligo per le fondazioni di adeguare i propri statuti al

regolamento e di ricostituire gli organi. Ma questi due obblighi sono esattamente fra quelli la cui efficacia è stata sospesa da codesto Ecc.mo Tar con l'ordinanza 6863/2002, di modo che la ricorrente Fondazione non è più oggi obbligata né ad adeguare il proprio statuto, né a ricostituire gli organi. Lo statuto è quindi pienamente vigente e gli organi in carica sono nel pieno dei loro poteri, non sussistendo più le condizioni della fase transitoria che giustificavano, nella legge, il limite dell'ordinaria amministrazione. Tale limite aveva infatti come presupposto un processo di attuazione dell'art.11 della legge n.448/2002 rimesso ad un apposito regolamento e questo regolamento è stato, nel corso di questo giudizio, sospeso proprio con riferimento alle norme che stabilivano l'obbligo di provvedere, entro determinate scadenze, all'adeguamento degli statuti e alla ricostituzione degli organi e proprio perché, come si evince con chiarezza dalla motivazione dell'ordinanza, dall'imposizione di scadenze temporali assai ristrette derivava un danno irreparabile per la fondazione. Una volta sospeso l'obbligo di rispettare quelle scadenze, anche l'obbligo di rispettare il limite dell'ordinaria amministrazione rimane privo di ogni presupposto e non potendo più inserirsi nel processo di attuazione al quale era finalizzato, diviene inapplicabile.

Del tutto infondata è, inoltre, anche la pretesa dell'amministrazione di imporre la conformità del documento programmatico previsionale "*alle disposizioni del D.M. 2.8.2002, n.217, non sospese, che possono essere attuate anche in assenza di modifica statutaria*". Non è chiaro, infatti, di quali disposizioni si tratti, mentre è evidente che la Fondazione non potrebbe comunque, con il documento programmatico previsionale, prendere decisioni o prevedere attività che non siano conformi allo statuto oggi vigente, mentre, per altro verso, è

evidente che la sospensione dell'efficacia dell'art.9 del regolamento ha l'effetto di paralizzare l'attuazione dello stesso regolamento, attuazione che passa necessariamente per la modifica dello statuto.

2. Illegittimità per carenza di potere e incompetenza e per violazione dell'art.10, comma 3 del d.lgs. n.153/1999. Illegittimità e insussistenza di poteri autorizzatori in ordine al documento programmatico previsionale in capo all'amministrazione.

L'atto qui impugnato presenta gli stessi vizi di legittimità già prospettati, nel corso di questo stesso giudizio, nei confronti della lettera del ministero dell'economia e delle finanze del 23 ottobre 2002, sospesa con l'ordinanza n.6863/2002. L'atto si presenta, infatti, con i caratteri formali di una "lettera", a firma del Direttore generale posto a capo del Dipartimento del Tesoro, indirizzata a tutte le fondazioni e all'Acri e non contiene alcuna autoqualificazione formale. La lettera contiene, però, una serie di prescrizioni, obblighi e divieti che restringono in modo del tutto illegittimo l'operatività della ricorrente Fondazione e le provocano danni gravi e irreparabili, senza che sia possibile rinvenire, nell'ordinamento, alcuna norma che attribuisca al ministero dell'economia e delle finanze il potere di fornire indicazioni – che l'amministrazione vorrebbe vincolanti per la Fondazione – in ordine alla redazione del documento programmatico previsionale e tantomeno un potere che si possa esercitare con un atto atipico e innominato come la lettera qui impugnata.

E' opportuno ricordare nuovamente, come si è già fatto nel primo atto di motivi aggiunti con i quali si è impugnata l'analoga lettera del 23.10.2002, che l'obbligo per le fondazioni di adottare il documento programmatico

previsionale ogni anno, entro il mese di ottobre, discende dall' *"Atto di indirizzo a carattere generale in materia di adeguamento degli statuti delle fondazioni alle disposizioni della legge 23 dicembre 1998, n.461 e del decreto legislativo 17 maggio 1999, n.153"*, emanato dal Ministro del Tesoro il 5 agosto 1999. Tale obbligo è stabilito, si legge nello stesso Atto di indirizzo, *"nell'esercizio dei poteri di cui all'art.28, c.5 del d.lgs n.153"* . L'art.28, c.5 del d.lgs. n.153/1999 prevede: *"L'Autorità di vigilanza emana, ai sensi dell'articolo 10, comma 3, lettera e), le disposizioni transitorie in materia di bilanci idonee ad assicurare l'ordinato passaggio al nuovo ordinamento previsto dal presente decreto"*.

Occorre ribadire, qui, per un verso, che lo stesso art.10, comma 3, lett.e) è stato ritenuto sospetto di incostituzionalità, da codesto Ecc.mo Tar, proprio nella parte in cui configura un potere di indirizzo non previsto dalla legge di delega e, per altro verso, che il potere di dettare disposizioni transitorie in materia di bilanci, previsto dall'articolo 28, comma 5 del d.lgs. n.153/1999, è stato già esercitato dall'Autorità di vigilanza con l'Atto di indirizzo del 5 agosto 1999 con riferimento appunto all'emanazione di disposizioni transitorie, volte ad assicurare il passaggio dal vecchio al nuovo ordinamento, di modo che non sussiste la possibilità di reiterare l'esercizio di tale potere dopo che il passaggio dal vecchio al nuovo ordinamento sia stato compiuto, perché verrebbe a mancare proprio il fine che giustifica l'esercizio stesso del potere. In nessuna disposizione di legge, poi, è dato di trovare alcun riferimento al potere dell'amministrazione di autorizzare o controllare il documento programmatico previsionale, rispetto al quale l'unico obbligo previsto dalla legge a carico della Fondazione è un obbligo di trasmissione all'Autorità di vigilanza entro 15

giorni dall'adozione: e l'amministrazione non ha mai, sinora, formato osservazioni e tantomeno controlli o verifiche sui documenti inviati.

L'atto si rivela quindi illegittimo per carezza di potere, in quanto l'amministrazione non è abilitata dalla legge a porre condizioni, né ad espletare controlli e verifiche di conformità in relazione al documento programmatico previsionale.

Per mero tuziorismo difensivo, si rileva come anche nel caso in cui si ritenesse sussistente in capo all'amministrazione la possibilità di dettare regole e effettuare verifiche nella materia in oggetto, è certo che tali regole andrebbero poste con un atto di indirizzo, a firma del Ministro, e nel rispetto del procedimento previsto dall'art.10, comma 3, per l'emanazione degli atti di indirizzo. L'atto impugnato è invece sottoscritto dal Direttore del Dipartimento del tesoro ed è quindi affetto, sotto questo profilo dal vizio di incompetenza.

Tale incompetenza si configura, inoltre, come incompetenza assoluta, in quanto il principio di distinzione fra politica e amministrazione, così spesso ribadito da leggi recenti e qualificato come principio generale dell'ordinamento dalla Corte costituzionale, prescrive che i poteri attribuiti al ministro e i poteri attribuiti al dirigente amministrativo siano nettamente distinti e non fungibili, di modo che come il ministro non può adottare atti amministrativi puntuali, né sostituirsi al dirigente nella sua attività, così il dirigente amministrativo non può in alcun caso adottare indirizzi o direttive riservate al Ministro, in ragione della diversa legittimazione che l'indirizzo politico e l'attività amministrativa hanno nel nostro ordinamento, con la conseguente distinzione di regole, atti e apparati.

Sempre nel caso in cui si accedesse alla tesi, qui contestata, per cui la lettera del 20.12.2002 avrebbe la natura di atto di indirizzo, è necessario rilevare come siano state violate proprio le norme dell'art.10, comma 3, lett. e) che prevedono un apposito procedimento per l'emanazione degli atti di indirizzo e, all'interno di tale procedimento, prescrivono come obbligatoria la consultazione delle organizzazioni rappresentative delle fondazioni: tale obbligo è stato con ogni evidenza violato, anzi ignorato dall'amministrazione, configurandosi così per l'atto qui impugnato lo stesso vizio di illegittimità che codesto Ecc.mo Tar ha già ritenuto sussistente per la precedente lettera del 23.10.2002 e sufficiente a giustificare la sospensione dell'atto. Anche sotto questo profilo la lettera del 20.12.2002 è quindi illegittima e va conseguentemente sospesa.

3. Infondatezza dell'interpretazione restrittiva dell'ordinaria amministrazione. Contraddittorietà nella previsione di autorizzazioni distinte per l'esecuzione del documento programmatico previsionale e per l'esecuzione di singoli interventi.

La nozione di ordinaria amministrazione a cui la lettera sembra adeguarsi, nel qualificare come attività di amministrazione straordinaria il documento programmatico previsionale, non trova alcuna base nel sistema delle persone giuridiche, ove la qualificazione dell'attività alla stregua di quel criterio va compiuto con riguardo alla natura ed alle finalità dell'ente, al di fuori di ogni meccanica applicazione dei risalenti principi (del resto sottoposti anch'essi a rilettura e revisione) in materia di persone fisiche legalmente incapaci o limitatamente capaci di agire.

Del criterio distintivo, che solo per ragioni storiche è positivamente enunciato per le persone fisiche in ordine alla relazione corrente tra l'incapace o il

soggetto limitatamente capace e chi abbia il potere di rappresentanza o assistenza, occorre sottolineare intanto il carattere di relatività, che risulta già dall'indicazione non tassativa degli atti ascrivibili alla straordinaria amministrazione (v. l'art.320 e, come isolato esempio di classificazione di atti a quella stregua, l'art.1572 in materia di locazione). Può invero giungersi, per una determinata operazione economica, a qualifiche diverse in ragione della natura dei beni e delle dimensioni del patrimonio a cui l'atto si riferisce. La dottrina civilistica, del resto, e proprio con riguardo all'uso che della distinzione si fa negli statuti delle persone giuridiche con riguardo alla competenza degli organi, avverte che il regime della potestà dei genitori, della tutela e della curatela fornisce un indice che non va trascurato, ma che fuori dell'area delle persone fisiche si rende necessario un giudizio in termini adeguati alla esigenza di speditezza e congruità delle decisioni, da rapportare all'effettiva incidenza dell'atto sul patrimonio.

Coerente con tale impostazione appare l'indirizzo della Cassazione, a cui ha aderito il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, sentenza n.1336/2001), che attribuisce natura di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione solo agli atti suscettibili di incidere in modo rilevante sulla struttura e sulla consistenza del patrimonio o del soggetto, mentre qualifica come atti rientranti nell'ordinaria amministrazione, tutti gli atti volti alla conservazione, alla fruttificazione e al miglioramento del patrimonio e al conseguimento dello scopo o dell'oggetto sociale del soggetto (e.g.: Cass. civ., sez. I, 18 giugno 1987, n.5353; Cass. civ., sez. I, 12 marzo 1994, n.2430; Cass. civ., sez. I, 9 novembre 1994, n.9296; Cass. civ., sez. I, 4 maggio 1995, n.4856; Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1997, n.10229; Cass. civ., sez. I, 26 agosto 1998, n.8472), così come ancora dal

Consiglio di Stato si è affermata l'appartenenza concettuale e pratica all'amministrazione ordinaria degli atti "adottati in attuazione di precisi obblighi imposti dalla legge" (Cons., Stato, sez. IV, n.5757/2002), come è a dire del documento programmatico previsionale che le fondazioni sono tenute ad approvare annualmente e, conseguentemente, della sua esecuzione.

La lettera impugnata sembra ferma all'antiquata concezione degli atti di ordinaria amministrazione visti come meramente conservativi del patrimonio, di guisa che dovrebbe considerarsi di straordinaria amministrazione ogni atto di natura dispositiva. Un siffatto modo di chiudere la realtà economica in arcaici modelli appare superato nella stessa giurisprudenza relativa ai minori di età, agli interdetti ed agli inabilitati, in virtù della elementare considerazione delle esigenze di una gestione del patrimonio che sia diretta alla produzione di utilità e perciò non possa fermarsi ad una statica contemplazione. Decisiva rimane in ogni caso la considerazione che per le persone fisiche incapaci il regime di amministrazione del patrimonio è dettato sul presupposto della temporaneità della situazione, come è di sicura evidenza per la minore età a cui la disciplina legale direttamente si riferisce. Applicare alle persone giuridiche analoghi criteri restrittivi significa trascurare che per la persona giuridica, dal momento della costituzione e per tutta la durata dell'ente, è l'attività preordinata al perseguimento dei fini la giustificazione stessa del riconoscimento e dell'attribuzione di una piena capacità di agire."

E' da rilevare, la contraddittorietà delle prescrizioni contenute nella lettera, ove si prevedono addirittura molteplici autorizzazioni: una prima, riferita all'esecuzione del documento programmatico previsionale e successive autorizzazioni riferite all'esecuzione dei singoli interventi che non siano

riconducibili all'ordinaria amministrazione, senza che sia chiarito come si possa distinguere fra interventi riconducibili all'ordinaria amministrazione e interventi che eccedono l'ordinaria amministrazione. La prima autorizzazione è quindi, con ogni evidenza, inutile, se poi occorre richiedere "apposita autorizzazione" per i singoli interventi e se la relazione di questi interventi rispetto all'ordinaria amministrazione deve essere valutata caso per caso, anche dopo l'eventuale autorizzazione all'esecuzione del documento programmatico previsionale. Si palesa così l'intento effettivo dell'amministrazione, che è quello di sottoporre l'attività della Fondazione ad un controllo intrusivo e illegittimo, senza alcuna base normativa, privo di regole e di canoni di esercizio, esercitabile anzi secondo l'arbitrio dell'amministrazione stessa.

Sulla richiesta misura cautelare

Per quanto concerne la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*, si rinvia alle argomentazioni contenute nei motivi sopra riportati

Per quanto riguarda la sussistenza del *periculum in mora* è del tutto evidente che la Fondazione si troverebbe, ove l'atto impugnato non venisse sospeso, nella condizione di non poter svolgere gli interventi previsti nel documento programmatico previsionale per l'anno 2003, a fronte dei quali sussistono, peraltro, anche legittime aspettative di terzi. Nessun pregiudizio deriverebbe invece all'amministrazione e all'interesse pubblico dalla concessione della misura cautelare.

Tutto quanto ciò premesso in fatto e ritenuto in diritto, la Fondazione Monte dei Paschi di Siena, in persona del suo Presidente legale rappresentante *pro tempore*, come in epigrafe rappresentata e difesa, nonché elettivamente domiciliata formula le seguenti

CONCLUSIONI

voglia l'Ecc.mo TAR adito accogliere il ricorso di cui in epigrafe e per l'effetto annullare, previa sospensione della sua efficacia, la lettera del Ministero dell'Economia e delle Finanze, datata 20 dicembre 2002, avente ad oggetto *“Ordinaria amministrazione e documento programmatico previsionale”*

Ai sensi di quanto prescritto dall'art. 9 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, si dichiara che il presente ricorso non comporta un aumento del valore del giudizio già instaurato.

Con vittoria di spese, competenze e onorari di giudizio.

Roma, 14 gennaio 2003

Prof. Avv. Pietro Rescigno

Prof. Avv. Luisa Torchia

Relata di notifica:

Io sottoscritto Assistente UNEP addetto all'Ufficio Unico Notifiche della Corte di Appello di Roma, ad istanza di chi come in atti, ho notificato il presente ricorso al Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro legale rappresentante *pro tempore*, domiciliato *ex lege* in Roma, presso l'Avvocatura generale dello Stato, Via dei Portoghesi n. 12, ivi recandomi e consegnandone copia a mani di: