

La Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sulle agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie: le problematiche comunitarie, processuali e sostanziali.

di Lorenzo DEL FEDERICO

di prossima pubblicazione in “Rivista di diritto tributario”

Corte di Cassazione, sez. trib., ord. 23.3.2004- 30.4.2004, n. 8319; Pres. Altieri; rel Di Blasi

Fondazioni bancarie- Agevolazioni fiscali - Compatibilità comunitaria – Profili controversi - Decisione Commissione Europea 22.8.2002, C. 3118/2002 – Dubbi di validità- Rinvio pregiudiziale ex art. 234 Tratt. CE – Questioni di interpretazione e di validità.

Fondazioni bancarie- Regime ex L. n. 218/1990, D. Lvo n. 356/1990 e D. Lvo n. 153/1999- Rilevante presenza sul mercato- Disciplina comunitaria in materia di concorrenza - Applicabilità- Questione pregiudiziale interpretativa.

Fondazioni bancarie- Agevolazioni fiscali – Aiuti di Stato vietati ex artt. 87 e 88 Tratt. CE - Configurabilità - Questione pregiudiziale interpretativa.

Fondazioni bancarie- Agevolazioni fiscali – Imposizione diretta sui dividendi- Aiuti di Stato vietati - Configurabilità - Questione pregiudiziale interpretativa.

Fondazioni bancarie- Agevolazioni fiscali - Aiuti di Stato vietati - Configurabilità - Decisione Commissione Europea 22.8.2002, C. 3118/2002 – Questione pregiudiziale di validità.

Fondazioni bancarie- Agevolazioni fiscali - Regime applicabile ai soli enti nazionali – Divieto di discriminazione – Libertà di stabilimento- Libertà di circolazione dei capitali – Violazione – Configurabilità - Questione pregiudiziale interpretativa.

Poiché le particolari questioni sollevate in relazione alla compatibilità del regime fiscale delle fondazioni bancarie col diritto comunitario non hanno trovato specifiche risposte nella giurisprudenza comunitaria e, d'altra parte, sussistono fondati dubbi

circa la validità della decisione della Commissione 22.8.2002, C. 3118/2002, ai sensi dell'art. 234 Tratt. CE vengono sottoposte alla Corte di Giustizia CE, le seguenti domande pregiudiziali di interpretazione e di validità:

-a) se una serie di soggetti (c.d. fondazioni bancarie), creati in base alla legge n. 218 del 1990 ed al d.l.vo n. 356 del 1990 e succ. modif., per essere titolari di partecipazioni di controllo di società esercenti attività bancaria e per amministrare tali partecipazioni, in relazione ad una quota assai rilevante dei soggetti operanti sul mercato, con devoluzione a questi degli utili delle imprese controllate, debbano ritenersi sottoposti - anche quando agli stessi vengano affidati compiti di utilità sociale - alla disciplina comunitaria in materia di concorrenza; se, con riguardo alla disciplina introdotta col d.l.vo n. 153 del 1999, la possibilità offerta a tali enti di destinare il ricavato della dismissione di tali partecipazioni all'acquisto e gestione di rilevanti partecipazioni in altre imprese anche bancarie, e anche il controllo in imprese non bancarie, per diverse finalità, tra cui quella dello sviluppo economico del sistema, costituisca del pari esercizio d'impresa, ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza;

-b) se, in conseguenza, tali enti - nella disciplina contenuta nella legge n. 218 del 1990 e nel d.l.vo n. 356 del 1990 e succ. modif., nonché nella riforma di cui alla legge n. 461 del 1998 e d.l.vo n. 153 del 1999 - siano sottoposti alla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato (artt. 87 - 88 Tratt. CE), in relazione ad un regime fiscale di favore di cui siano destinatari;

-c) se, in caso di risposta affermativa al precedente quesito, il regime di imposizione diretta agevolata sui dividendi percepiti, in contestazione nella presente causa, costituisca o meno un aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 87 Tratt. CE;

-d) sempre nel caso di risposta affermativa al quesito di cui alla lettera b), se sia valida, sotto i profili di legittimità e di difetto e/o insufficienza della motivazione evidenziati nella presente ordinanza, la decisione della Commissione Europea 22.8.2002, C. 3118/2002, con la quale è stata ritenuta inapplicabile la disciplina sugli aiuti di Stato alle fondazioni di origine bancaria;

-e) a prescindere dall'applicabilità della disciplina in materia di aiuti di Stato, se il riconoscimento di un regime fiscale più favorevole sulla distribuzione degli utili delle imprese bancarie conferitarie, esclusivamente nazionali, controllate dalle fondazioni, e da queste percepiti, ovvero delle imprese le cui partecipazioni fossero acquistate col ricavato della dismissione delle partecipazioni in società bancarie conferitarie, costituisca una discriminazione delle imprese partecipate nei confronti delle altre imprese operanti nel mercato di riferimento e, nel contempo, una violazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione del capitali, in relazione agli artt. 12, 43 e seg., 56 e seg. Tratt. CE.

* La presente nota è destinata ad essere pubblicata nel prossimo numero della Rivista di Diritto Tributario

La Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sulle agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie: le problematiche comunitarie, processuali e sostanziali.

-Premessa –1) Le agevolazioni fiscali per i redditi delle fondazioni bancarie. –2) Gli orientamenti della Corte di Cassazione. –3) Il problema della compatibilità comunitaria: la posizione della Commissione Europea. –4) Le residue riserve della Corte di Cassazione ed il rinvio pregiudiziale. - 4.1) segue: l'efficacia diretta delle norme del Trattato in tema di aiuti di Stato, i poteri della Commissione Europea, l'esperibilità del rinvio pregiudiziale per questioni interpretative. -4.2) segue: gli argomenti a sostegno delle questioni pregiudiziali interpretative.–5) Il tentativo di superare i limiti derivanti dalla definitività della decisione della Commissione Europea. –6) I nuovi profili di incompatibilità comunitaria. -Conclusioni

-Premessa.

La sezione tributaria della Corte di Cassazione ha sollevato d'ufficio una serie di questioni sulla compatibilità comunitaria delle agevolazioni tributarie a favore delle fondazioni bancarie, mostrandosi per un verso rassegnata al recepimento dell'orientamento che riconosce spettanti tali agevolazioni secondo la nostra legislazione nazionale, ma per altro verso restia ad ammettere la compatibilità del regime agevolativo con l'ordinamento comunitario, e ciò nonostante la decisione della Commissione Europea 22.8.2002, C. 3118/2002, con la quale è già stata ritenuta inapplicabile la disciplina restrittiva in materia di aiuti di Stato¹.

L'ordinanza di rinvio pregiudiziale ex art. 234 Tratt. CE risulta quantomai complessa ed articolata, presentando alcuni punti critici che suscitano profonde perplessità, in particolare per quanto attiene al tentativo di aggiramento della decisione Commissione Europea, ma al tempo stesso mostrando l'acquisita consapevolezza della dimensione comunitaria della fiscalità, in sintonia con un trend ormai inarrestabile, particolarmente incisivo in tema di aiuti di stato fiscali e, più in generale di regimi di favore incompatibili con il diritto comunitario (ad es. sotto il profilo del divieto di discriminazione)².

¹ In G.U.C.E. 01/03/2003, n. L 055, 56.

² L'ordinanza è stata totalmente criticata da LAROMA JEZZI, Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa tra diritto tributario e diritto comunitario della concorrenza, in Rass. Trib., 2004, 1073, e PROVAGGI, Rinvia alla Corte di giustizia la decisione sulla natura delle fondazioni bancarie, in Corr. trib., 2004, 2377; viceversa, per quanto si avrà modo di esporre, emergono diversi profili di condivisibile perplessità sul regime fiscale delle fondazioni bancarie, soprattutto alla luce dei più recenti interventi legislativi.

A prescindere dalle delicate questioni giuridiche sollevate, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale si colloca nelle more del deposito della sentenza delle Sezioni Unite in tema di agevolazioni fiscali per le fondazioni bancarie³, finendo con il condizionare radicalmente l'epilogo della vexata quaestio, rimesso ormai al giudizio della Corte di Giustizia CE.

Proprio in ragione dell'ormai delineatosi orientamento della Corte di Cassazione favorevole al riconoscimento delle agevolazioni tributarie alle fondazioni bancarie – pur mancando ancora il definitivo avallo delle Sezioni Unite- e dell'ampio e motivato inquadramento comunitario della problematica, su cui si basa l'ordinanza di rinvio, le considerazioni che seguono saranno incentrate sui profili comunitari, processuali e sostanziali, piuttosto che sulle tematiche di diritto interno, ormai già da tempo adeguatamente esaminate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

-1) Le agevolazioni fiscali per i redditi delle fondazioni bancarie.

Come è noto l'istituzione delle fondazioni bancarie è stata giustificata con l'esigenza di ristrutturare il settore bancario italiano, tradizionalmente caratterizzato dalla presenza di enti bancari di diritto pubblico, di varia natura, tra i quali rivestivano un ruolo di particolare rilievo le casse di risparmio.

Il riassetto ha preso le mosse dalla legge delega 30.7.1990, n. 218 (c.d. legge Amato), cui ha fatto seguito il D.Lgs. 20.11.1990, n. 356⁴.

Tale intervento era basato su alcuni passaggi fondamentali: -il conferimento, da parte degli enti pubblici, dell'azienda bancaria in società per azioni di nuova costituzione o già esistenti; la previsione di limiti e vincoli per gli enti pubblici conferenti, che dovevano perseguire fini di interesse pubblico e di utilità sociale, amministrare le partecipazioni nella società bancaria per azioni conferitaria finché ne erano titolari, con divieto di esercitare direttamente l'impresa bancaria e di acquisire partecipazioni di controllo in altre imprese bancarie o finanziarie diverse dalla conferitaria, costituire una riserva finalizzata alla sottoscrizione di aumenti di capitale delle società conferitarie con una quota prefissata dei proventi derivanti dalle partecipazioni ecc.

³ Rimessione disposta con l'ordinanza 14.8.2002, n. 12217.

⁴ La bibliografia in argomento è vastissima, per i fondamentali contributi attinenti alla fase iniziale della vicenda v.: BANCA D'ITALIA, La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio, in Quad. ricerc. giur., 1992; A.B.I., La ristrutturazione degli enti pubblici creditizi, Roma 1991; AA. VV., La legge 30 luglio 1990, n. 218. Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle Banche del Monte, a cura dell'A.C.R.I., Roma, 1991; PORZIO, Appunti sulla legge Amato, in Riv. soc., 1991, 804; P. RESCIGNO, La fondazione ed i gruppi bancari, in Banca, impr. E soc., 1992, III, 394; AA. VV., Dall'ente pubblico alla società per azioni, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1993; COSTI, Le banche ai privati le fondazioni alla società civile, in Delta, 1994, 14; e per i profili tributari: FANTOZZI, Prime esperienze tributarie nell'applicazione della legge Amato, retro, 1991, I, 462; GALLO, La natura ai fini fiscali dell'ente che ha conferito ad una s.p.a. la propria azienda creditizia, ibidem, 1991, I, 537; PAPARELLA, Profili tributari delle operazioni societarie disciplinate dalla legge Amato, Milano 1993.

Gli enti pubblici conferenti hanno assunto la denominazione di fondazioni, cui la prevalente dottrina ha riconosciuto natura di enti non commerciali, con tutto quanto ne consegue sul piano civilistico e fiscale. In particolare tali fondazioni si configuravano come meri *rentiers*, risultando insussistente qualsivoglia funzione di direzione o di gestione delle società bancarie conferitarie⁵.

In una seconda fase il sistema bancario pubblico è stato investito da un successivo intervento riformatore ad opera della legge delega 23.12.1998, n. 461 e quindi del D.Lgs. 17.5.1999, n. 153⁶, secondo cui gli enti conferenti: -sono vincolati a scopi esclusivi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico; -operano secondo principi di economicità, e possono acquisire partecipazioni strumentali ai fini statuari, esclusivamente nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie sociali deboli; -possono emettere titoli di debito convertibili in azioni ordinarie delle società bancarie conferitarie; -possono subire la perdita, ai fini tributari, della qualifica di ente non commerciale, qualora, decorsi quattro anni dalla data di entrata in vigore del decreto (15.6.1999)⁷, risulti ancora posseduta una partecipazione di controllo nella società conferitaria.

Il D.Lgs. n. 153/1999 ha poi espressamente contemplato specifiche agevolazioni fiscali in materia di imposte dirette ed indirette, sia nei confronti degli enti conferenti, sia nei confronti delle società bancarie conferitarie, allo scopo di favorire le operazioni di ristrutturazione dei gruppi bancari⁸.

In particolare, per quanto oggetto dell'ordinanza in esame, l'art. 12, 2 co., D. Lgs. cit. ha espressamente esteso alle fondazioni bancarie l'agevolazione della riduzione alla metà dell'IRPEG ex art. 6 D.P.R. n. 601/1973, che peraltro la dottrina riteneva già in precedenza applicabile alle fondazioni bancarie⁹.

⁵ V. ad es. CASSESE, Le ristrutturazioni delle banche pubbliche e gli enti conferenti, in AA. VV., La legge 30 luglio 1990, n. 218 cit., 37; COSTI, Le banche ai privati le fondazioni alla società civile cit., 14; GALANTI, Appunti sugli enti conferenti, in Banca, borsa e tit. cred., 1993, 63.

⁶ Per l'inquadramento del complessivo riassetto del settore v.: AA. VV., Le fondazioni bancarie: dalla L. n. 218/1990 al D.Lgs. n. 153/1999, a cura di F. Capriglione e S. Amorosino, Padova 1999; AA. VV., Le fondazioni bancarie- Un patrimonio alla ricerca di uno scopo, Roma 1999; BRESCIA MORRA, Le società per azioni bancarie: proprietà e gestione, Milano 2000; CLARICH-PISANESCHI, Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non profit, Bologna, 2001.

⁷ Termine poi prorogato al 31.12.2005 ex D.L. 24.6.2003, n. 143, conv. con L. 1.8.2003, n. 212. Sui recenti interventi legislativi in materia di fondazioni bancarie, e sulle relative implicazioni fiscali, v. G. NAPOLI- OLIVIERO- M. NAPOLI, Il regime civilistico e fiscale delle fondazioni di origine bancaria alla luce della "riforma tremonti", in Rass. Trib., 2004, 77.

⁸ Per un esauriente quadro generale v. FICARI, Il regime fiscale delle fondazioni bancarie e lo schema di legge delega, in Rass. Trib., 1998, 913; ID., La disciplina fiscale delle attività delle fondazioni bancarie, in Riv. dir. trib., 1999, I, 775.

⁹ Sulle agevolazioni tributarie a favore delle fondazioni bancarie, oltre ai lavori citati alle note precedenti, v. in particolare: NUZZO, Agevolazioni fiscali e fondazioni bancarie: gestione del patrimonio e scopi perseguiti, in Rass. Trib., 1997, 429; ID., Fondazioni bancarie: possesso di partecipazioni di maggioranza ed attività commerciale, ibidem, 1997, 1042; P. ROSSI, Sull'applicabilità dell'agevolazione prevista dall'art. 6 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, alle Casse di Risparmio conferenti le aziende bancarie, retro, 1997, I, 74; MERCURIO, Appunti in tema di

E' appena il caso di rammentare che, secondo gran parte della giurisprudenza e della dottrina, tale norma avrebbe natura interpretativa, giacché prevede espressamente l'applicazione del regime agevolativo <<alle fondazioni non aventi natura di enti commerciali che abbiano perseguito prevalentemente fini di interesse pubblico e di utilità sociale nei settori indicati nell'articolo 12 del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, e successive modificazioni>>, donde l'applicazione anche agli enti conferenti ex D. Lgs. n. 356/1990, e quindi ai risalenti periodi d'imposta¹⁰.

Per quanto riguarda l'esenzione dalla ritenuta sui dividendi percepiti dalle società partecipate, ex art. 10 bis L. 29.12.1962, n. 1745¹¹, tale beneficio era applicabile alle fondazioni bancarie, in ragione della riduzione dell'IRPEG alla metà¹², prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 153/1999, in via interpretativa, stante la natura di tali enti, e dopo l'entrata in vigore del citato decreto anche in virtù dell'esplicitato regime di riduzione ex art. 12.

Le fondazioni che hanno adeguato i propri statuti alle disposizioni di cui al D. Lgs. n. 153/1999 sono qualificate dall'art. 12¹³ come enti non commerciali ai fini dell'art. 87,

fondazioni bancarie, in *Dir. prat. trib.*, 1997, I, 912; ID., *Brevi note sul regime fiscale delle fondazioni bancarie*, ibidem, I, 1999, 1221; FICARI, *La necessità di distinguere fra oggetto e scopo nella tassazione agevolata degli utili distribuiti alla fondazione bancaria*, in *Rass. Trib.*, 1998, 79; PROTO, *Beneficiari della riduzione Irpeg e fondazioni bancarie*, ibidem, 1999, 613; ID., *Ancora sull'applicabilità dell'esonero dalla ritenuta sui dividendi alle fondazioni bancarie*, ibidem, 2000, 232.

¹⁰ Tale profilo è stato ampiamente trattato dalla dottrina e dalla giurisprudenza posteriori al D. Lgs. n. 153/1999, prevalentemente orientate per la natura interpretativa dell'art. 12, 2 co., cit. Tuttavia, clamorosamente, l'art. 2 del D. L. 12.7.2004, n. 168, conv. con la L. 30.7.2004, n. 191, ha abrogato ex abrupto il secondo comma del suddetto art. 12, ponendo problematiche ermeneutiche di straordinaria complessità (sui limiti alla retroattività della legge tributaria v. da ultimo il profondo contributo di MASTROIACOVO, *I limiti alla retroattività nel diritto tributario*, Milano, 2004, che privilegia la prospettiva dell'interpretazione e della sindacabilità in base al parametro della ragionevolezza -op cit., 113 e seg., 170 e seg.).

¹¹ L'ordinanza qualifica tale ritenuta come ritenuta a titolo d'imposta, mentre si tratta di ritenuta a titolo d'acconto, come è bene evidenziare, ancorché ai fini del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia la questione non sia decisiva.

Sul punto, alquanto pacifico, v. soprattutto il contributo fortemente polemico di GALEOTTI FLORI, *Fondazioni bancarie. La ritenuta sui dividendi distribuiti dalla società conferitaria dell'azienda bancaria è a titolo di acconto e non a titolo di imposta, come erroneamente ritenuto dalla Cassazione* (ordinanza n. 8319/2004), in *Fisco*, 2004, 10838; per la natura a titolo di acconto della ritenuta in questione v. altresì: LAROMA JEZZI, *Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa cit.*, 1076-1077; PROVAGGI, *Rinviata alla Corte di giustizia la decisione sulla natura delle fondazioni cit.*, 2381-2382, cui si rinvia anche per i profili applicativi.

¹² Per l'applicabilità dell'esonero, ex art. 10 bis, ai soggetti cui spetta la riduzione alla metà dell'IRPEG è pacificamente orientata anche la prassi amministrativa, v. ad es.: Min. Fin. risoluzione 22.6.1976, n. 11/379; Min. Fin. circolare 26.6.1998, n. 168/E.

¹³ Sulla natura giuridica di tale qualificazione e sulle sue implicazioni ai fini della compatibilità comunitaria del particolare regime in esame v. infra § 6.

1 co., lett. c del T.U.I.R. n. 917/1986 (ora art. 72), per cui ad esse si applica il regime di tassazione isolata dei singoli redditi posseduti¹⁴, a norma degli artt. 145 e seg.

-2) Gli orientamenti della Corte di Cassazione.

La sezione tributaria si mostra rassegnata al recepimento dell'orientamento che riconosce spettanti le suindicate agevolazioni secondo la nostra legislazione nazionale, tant'è che per far valere le sue residue riserve si è trovata costretta a sollevare d'ufficio una variegata serie di questioni di legittimità comunitaria, giungendo addirittura a confutare l'ormai definitiva decisione della Commissione Europea 22.8.2002, C. 3118/2002, con la quale era già stata esclusa la configurabilità di aiuti di Stato fiscali in favore delle fondazioni bancarie.

Invero ormai l'originario contrasto giurisprudenziale sulla natura commerciale o non commerciale delle fondazioni bancarie parrebbe superato.

L'ordinanza 14.8.2002, n. 12217, con la quale la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è stata infatti seguita da diverse sentenze della sezione tributaria favorevoli alle ragioni delle fondazioni bancarie (17.12.2003, n. 19365; 18.12.2003, n. 19445; 9.1.2004, n. 129).

In precedenza la sola Cass., sez. trib., 20.11.2001, n. 14574, aveva evidenziato l'irrilevanza, ai fini del regime agevolativo, dei compiti sociali e culturali, una volta acclarato che le fondazioni bancarie ben possono, in base al loro statuto giuridico, agire sul mercato in concorrenza con le altre imprese¹⁵.

Viceversa Cass., sez. trib., 9.5.2002, n. 6607¹⁶, ha aperto la strada per al prevalente orientamento secondo cui la natura non commerciale dell'ente non viene meno in dipendenza della gestione delle partecipazioni in imprese bancarie, trattandosi soltanto di uno strumento per procurarsi i mezzi finanziari indispensabili per l'esercizio delle finalità sociali e culturali proprie dell'ente stesso.

-3) Il problema della compatibilità comunitaria: la posizione della Commissione Europea.

¹⁴ Le implicazioni di tale regime sono molteplici e variegate, per quanto riguarda i profili vantaggiosi si consideri ad es. che sul capital gain si applica l'imposta sostitutiva di cui al D. Lgs. 21.11.1997, n. 461 (12,5 o 27%) in luogo dell'IRPEG ad aliquota ordinaria (ora IRES al 34%).

¹⁵ In Boll. Trib., 2002, 388, con nota critica di FICARI, Sul fatale errore della Cassazione nell'individuazione dell'utilità sociale dello scopo e della non commercialità dell'attività di godimento di partecipazione da parte delle fondazioni bancarie. La tesi dell'inapplicabilità alle fondazioni bancarie della riduzione IRPEG ex art. 6, D.P.R. n. 601/1973 è stata puntualizzata nel parere del Consiglio di Stato 24.10.1995, sez. III, n. 103/95, poi prontamente recepito dalla circolare ministeriale 4.10.1996, n. 238/E, entrambi in Rass. Trib., 1997, con nota critica di NUZZO, Agevolazioni fiscali e fondazioni bancarie cit..

¹⁶ In Rass. Trib., 2002, 1025, con nota adesiva di RUSSO- LAROMA JEZZI, Il revirement della Cassazione sul regime fiscale delle fondazioni bancarie: spunti per una riflessione a tutto campo, cui si rinvia anche per la compiuta ricostruzione della complessa vicenda.

Puntualmente l'ordinanza di rinvio pregiudiziale ha evidenziato l'esistenza di un netto contrasto tra le posizioni assunte dal Governo italiano in sede comunitaria e quelle fatte proprie dall'Amministrazione finanziaria nel contenzioso tributario nazionale in tema di agevolazioni per i redditi delle fondazioni bancarie; <<mentre nelle controversie instaurate dinanzi alle giurisdizioni nazionali la difesa dell'Amministrazione finanziaria ha costantemente sostenuto la natura commerciale delle fondazioni bancarie, e quindi la loro soggezione al regime fiscale ordinario, nella procedura iniziata dalla Commissione Europea, ai sensi dell'art. 88 del Trattato CE, per verificare la compatibilità col mercato comune del regime fiscale agevolato quale aiuto di Stato, il Governo italiano ha sostenuto (capo IV della decisione finale C (2002) 3118 del 22 agosto 2002) che le fondazioni non possono essere considerate "imprese" ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza>>.

Orbene, la Corte pur essendo pienamente consapevole della decisione della Commissione Europea 22.8.2002, tende a contestarla e superarla in via incidentale, ponendo delicate problematiche comunitarie di ordine processuale e sostanziale.

E' quindi opportuno evidenziare i tratti salienti della decisione della Commissione, prima di vagliarne la tenuta sotto i colpi dell'ordinanza di rinvio.

La Commissione ha ritenuto che per le fondazioni bancarie l'attività di gestione del proprio patrimonio e di utilizzazione del reddito che ne deriva per l'erogazione di contributi ad enti senza scopo di lucro, operanti per scopi di utilità sociale non è un'attività economica; pertanto tali enti non sono qualificabili come imprese ai sensi dell'art. 87, par. 1, Tratt. CE.

Conseguentemente la Commissione ha ritenuto che:

-non costituiscono aiuto di Stato la riduzione alla metà dell'IRPEG, (artt. 12, 2 co., D.Lgs. n. 153/1999 ed art. 6, D.P.R. n. 601/1973), l'esenzione delle plusvalenze da cessione delle partecipazioni nella società bancaria conferitaria (art. 13 D.Lgs. cit.), la neutralizzazione fiscale delle assegnazioni in retrocessione dalle società conferitarie alle fondazioni bancarie dei beni e delle partecipazioni non strumentali oggetto del risalente conferimento (artt. 14, 1 co., e 16, 4 e 5 co.), la completa neutralizzazione fiscale del trasferimento delle quote di partecipazione al capitale della Banca d'Italia (art. 27, 2 co.);

-non costituiscono aiuto di Stato neanche le analoghe misure di favore previste per le società conferitarie che non esercitano attività bancaria, non offrono alcun servizio a terzi e sono interamente possedute da fondazioni¹⁷, e specificamente l'esenzione delle

¹⁷ Si tratta delle società conferitarie costituite in base alla legge 30.7.1990, n. 218, alle quali le fondazioni hanno conferito le loro partecipazioni in società bancarie. Ove tali società esercitino attività bancaria la Commissione ha ritenuto che le agevolazioni debbano configurarsi come illegittimi aiuti di stato fiscali (dec. 11.12.2001, C 2001/3955). Viceversa ove le società conferitarie non esercitino attività bancaria e siano interamente possedute da fondazioni, esse si limitano ad amministrare i cespiti finanziari delle fondazioni, non offrendo alcun servizio a terzi; ne consegue che per tali società conferitarie le agevolazioni in questione si risolvono nella sostanza in un beneficio per le fondazioni, donde, secondo la Commissione, l'inapplicabilità del divieto di aiuti di Stato.

plusvalenze da cessione delle partecipazioni nella società bancaria conferitaria (art. 13), la neutralizzazione fiscale delle assegnazioni in retrocessione dalle società conferitarie alle fondazioni bancarie dei beni e delle partecipazioni non strumentali oggetto del risalente conferimento (art. 16, 6 co.), la cessione diretta equiparata alle assegnazioni in retrocessione (artt. 14, 1 co., e 17);

- viceversa, qualora le fondazioni intervengano direttamente in un'attività economica nella quale sono presenti scambi tra Stati membri - ancorché nei settori nei quali la legge riconosce questa possibilità - qualsiasi agevolazione fiscale che possa andare a beneficio di tali attività è atta a costituire aiuto di Stato e deve quindi essere notificata ai sensi dell'art. 88, par. 3;

- inoltre, poiché la maggioranza dei componenti dell'organo di indirizzo delle fondazioni è designata dagli enti locali, i pubblici poteri controllano le loro risorse e l'uso delle medesime, pertanto qualsiasi erogazione, da parte delle fondazioni, di fondi o altre forme di sostegno ad imprese è atta a costituire un aiuto di Stato nella misura in cui falsa o minaccia di falsare la concorrenza e incide sugli scambi tra Stati membri; ne consegue che anche tali aiuti devono essere notificati ex art. 88, par. 3;

- infine ogniquale volta le società conferitarie offrono servizi a terzi, qualsiasi agevolazione fiscale di cui esse beneficino è atta a costituire aiuto di Stato e deve essere notificata ai sensi dell'art. 88, par. 3.

L'intervento della Commissione è risultato comunque particolarmente incisivo in tema di agevolazioni a favore delle banche ed in particolare delle società conferitarie esercenti attività bancaria, coinvolte nella complessa vicenda della genesi delle fondazioni.

Infatti nella parallela decisione 11.12.2001, C 2001/3955, la Commissione ha ritenuto tali agevolazioni quali aiuti incompatibili con l'art. 88, par. 3, giacché atti ad assicurare un vantaggio alle banche <<consentendo loro di aumentare la propria dimensione e di beneficiare di economie di scala ad un costo inferiore>>. Conseguentemente la Commissione ha ritenuto incompatibile con il mercato comune gli aiuti di cui al D. Lgs. n. 153/1999, e specificamente per le società conferitarie esercenti attività bancaria: -la neutralizzazione fiscale delle assegnazioni dei beni e delle partecipazioni non strumentali oggetto del risalente conferimento (artt. 14, 1 co., e 16, 3 e 5 co.); -la completa neutralizzazione fiscale del trasferimento delle quote di partecipazione al capitale della Banca d'Italia (art. 27, 2 co.)¹⁸; per le banche tout court: -la tassazione IRPEG ad aliquota ridotta del 12,50% per il reddito delle banche interessate da fusioni o scissione, ovvero destinatarie di conferimenti, finalizzate a realizzare operazioni di concentrazione (art. 22, 1 co.), ancorché non strutturale (art. 23, 1 co.); -i regimi agevolativi ai fini delle imposte indirette, per le fusioni, le scissioni, i conferimenti e le cessioni di aziende poste in essere nell'ambito di operazioni di ristrutturazione (art. 24, 1 co.).

¹⁸ Tuttavia la stessa Commissione ha precisato che le agevolazioni ex art. 27, 2 co., non costituiscono aiuti di Stato nella misura in cui la duplice operazione, costituita dall'attribuzione delle quote di partecipazione al capitale della Banca d'Italia alla società conferitaria e dal successivo trasferimento alla fondazione, non produca effetti sul bilancio della società conferitaria.

A norma dell'art. 14 del Regolamento CE 22.3.1999, n. 659 (recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Tratt. CE), la Commissione ha infine dichiarato che l'Italia era tenuta a sopprimere il regime dei censurati aiuti, e ad adottare tutti i provvedimenti necessari per recuperare dai beneficiari gli aiuti concessi e già posti illegalmente a loro disposizione.; il recupero doveva <<essere eseguito senza indugio secondo le procedure del diritto interno, a condizione che queste consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione>>.

L'intervento di recupero di tali aiuti è stato attuato mediante il D. L. 24.12.2002, n. 282, conv. con L. 21.2.2003, n. 27, recante "Disposizioni urgenti in materia di adempimenti comunitari e fiscali, di riscossione e di procedure di contabilità", il cui art. 1, "Completamento degli adempimenti comunitari a seguito di condanna per aiuti di Stato", recita <<1. In ulteriore attuazione della decisione della Commissione delle Comunità europee dell'11 dicembre 2001, relativa al regime di aiuti di Stato che l'Italia ha reso disponibile in favore delle banche, e fermo quanto disposto dall'articolo 5 del decreto-legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 giugno 2002, n. 112, le banche effettuano, entro la data del 31 dicembre 2002, il versamento di un importo corrispondente alle imposte non corrisposte in conseguenza del predetto regime e relative ai periodi di imposta nei quali tale regime e' stato fruito, nonché degli interessi sull'importo dovuto, calcolati nella misura del 5,5 per cento annuo per il periodo intercorrente fra la data in cui il regime di aiuti è divenuto disponibile per ciascuna banca e la data di effettivo versamento. In caso di mancato versamento entro il 31 dicembre 2002, dal 1 gennaio 2003 è dovuta, oltre agli interessi, una sanzione pari allo 0,5 per cento per semestre o sua frazione, calcolata sulle somme di cui al periodo precedente. 2. Per la riscossione coattiva delle somme di cui al comma 1, effettuata ai sensi dell'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, provvede il Ministero dell'economia e delle finanze -Dipartimento del tesoro, avvalendosi dell'Agenzia delle entrate>>.

Tali modalità di recupero suscitano profonde perplessità, giacché, secondo il cit. art. 14 del Regolamento CE, puntualmente invocato dalla Commissione, <<il recupero va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione>> (3 co.). Pertanto, lo Stato italiano avrebbe dovuto utilizzare le normali procedure tributarie, essendo ammessa l'emanazione di norme speciali soltanto laddove le procedure preesistenti non siano tali da assicurare l'immediata ed effettiva esecuzione della decisione della Commissione. In ogni caso qualsiasi contestazione dovrà essere portata alla cognizione del giudice tributario in ragione della ormai raggiunta generalità della sua giurisdizione, a nulla rilevando la peculiarità delle procedure di recupero, l'illegittimità comunitaria, la disapplicabilità delle norme nazionali, la carenza di potere ecc., per poter sottrarre la controversia alla cognizione delle Commissioni Tributarie.

Più in generale, a parte il punto fermo della giurisdizione tributaria, in assenza di norme ad hoc (quali quelle suindicate) il recupero degli aiuti di Stato fiscali non potrà

che dar luogo a controversie sulle agevolazioni ed esenzioni, pur sempre riconducibili ad uno degli atti <<la cui emanazione è prevista dalle singole leggi d'imposta all'esito dei procedimenti di controllo rivolti alla rettifica dell'imponibile o alla riliquidazione dell'imposta; pertanto si tratterà, comunque, di un atto rientrante nel catalogo degli atti impugnabili previsti dall'art. 19 del D. Lgs. n. 546/1992>>¹⁹.

-4) Le residue riserve della Corte di Cassazione ed il rinvio pregiudiziale.

Nell'ordinanza di rinvio la sezione tributaria della Corte di Cassazione mostra una particolare sensibilità al tema della compatibilità comunitaria delle agevolazioni fiscali per i redditi delle fondazioni bancarie, giungendo a sollevare d'ufficio questioni pregiudiziali di interpretazione di norme comunitarie e di validità della decisione della Commissione 22.8.2002.

Il primo passaggio significativo attiene alla rilevabilità d'ufficio delle questioni pregiudiziali interpretative e di validità ex art. 234 Tratt. CE, degno di particolare attenzione ove si consideri il contrasto tra le posizioni assunte dal Governo italiano in sede comunitaria e quelle fatte proprie dall'Amministrazione finanziaria nel contenzioso tributario nazionale.

Sul punto l'ordinanza è pienamente condivisibile.

Infatti, come è noto, nella procedura ex art. 234 Tratt. CE si istituisce un rapporto istituzionale unicamente fra organi giurisdizionali; la domanda pregiudiziale è posta dal giudice nazionale e non dalle parti del processo dinanzi ad esso pendente; donde la rilevabilità anche d'ufficio delle questioni comunitarie²⁰, giacché l'uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario non rientra nella disponibilità delle parti. L'ordinanza della sezione tributaria, a conforto della rilevabilità d'ufficio, cita alcune note sentenze della Corte di Giustizia che hanno affermato il più generale principio secondo cui il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma processuale nazionale che vieti al giudice nazionale di valutare d'ufficio la legittimità di un provvedimento amministrativo, ovvero la compatibilità di una norma nazionale, con una norma comunitaria, nel caso in cui quest'ultima non sia stata invocata entro un breve termine di decadenza²¹.

¹⁹ Così RUSSO, Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale, in *Rass. Trib.*, 2003, 350-351; in senso analogo, anche sulla base del Regolamento CE n. 659/1999 e del parallelismo con la problematica del rimborso dei tributi incompatibili con l'ordinamento comunitario, v. altresì DEL FEDERICO, Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio della prospettiva italiana, ed. provv., Pescara, 2003, 198-199.

²⁰ V. ad es. Corte Giust. 16.6.1981, causa 126/80, *Salonia*, in *Racc.*, 1563.

²¹ Si tratta delle sentenze Seduta Plenaria, *Peterbroeck*, 14.12.1995, causa C-312/93 (in *Racc.* 1995, I, 4599, e *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 688), e Seduta Plenaria, *van Schijndel*, 14.12.1995, cause riun. C-430 e C-431/93, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1289, con nota adesiva di CARANTA, Impulso di parte e iniziativa del giudice nell'applicazione del diritto comunitario; in chiave critica v. tuttavia BARBIERI, Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 692 e seg.; ID., Poteri dei giudici nazionali e situazioni soggettive di diritto comunitario,

Va incidentalmente evidenziato che tale orientamento si spinge ben oltre la tematica della rilevanza d'ufficio, giungendo a ritenere inapplicabile il termine decadenziale d'impugnazione del provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto comunitario, questione di fondamentale importanza in tutti i giudizi di tipo impugnatorio, e quindi anche in quello tributario²². La notazione incidentale è giustificata non soltanto dallo specifico rinvio a taluni precedenti della Corte di Giustizia, ma anche dal quel passaggio dell'ordinanza (par. 2.6), in cui la sezione tributaria della Corte di Cassazione fa riferimento ad <<un regime di invalidità degli atti giuridici>> emessi in contrasto con il diritto comunitario, tale da comportare non solo la <<disapplicazione delle norme di legge>>, ma <<anche degli atti amministrativi...>> che su di esse si sono basati (lo spunto riguarda gli aiuti di stato fiscali, ma è evidente che ridonda più in generale sul regime di tutti gli atti impositivi).

Comunque, a prescindere da tali più ampie e problematiche aperture, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si è ormai consolidata nel ritenere che il giudice nazionale, in ossequio ai principi del primato e dell'effettività del diritto comunitario, deve verificare la compatibilità del diritto interno con le norme comunitarie, dando a queste ultime applicazione anche d'ufficio; con la conseguenza che nel giudizio di legittimità, il predetto controllo di compatibilità non è condizionato dalla deduzione di uno specifico motivo e le relative questioni possono essere conosciute anche d'ufficio, purché l'applicazione del diritto interno sia ancora controversa, costituendo oggetto del dibattito introdotto con i motivi di ricorso²³.

- 4.1) segue: l'efficacia diretta delle norme del Trattato in tema di aiuti di Stato, i poteri della Commissione Europea, l'eseribilità del rinvio pregiudiziale per questioni interpretative.

I paragrafi 2.6, 2.7, 3.3 - 3.6, e 3.8 dell'ordinanza di rinvio sono incentrati sull'efficacia diretta delle norme del Trattato CE, sulle asserite carenze della decisione della Commissione 22.8.2002, C. 3118/2002, e sulla praticabilità del rinvio

ibidem, 1997, 144 e seg.; tale orientamento giurisprudenziale è stato ribadito dalla recente sentenza Santex, 27.2.2003, causa C-327/2000, in Foro Amm. C.d.S., 2003, 431

²² Sugli atti impositivi viziati per violazione del diritto comunitario, e sull'impatto di tali pronunce della Corte di Giustizia rispetto alle peculiarità del processo tributario, sia consentito rinviare a DEL FEDERICO, Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea cit., 240 e seg.

²³ In tal senso ex multis: Cass., sez. trib., 9.6.2000, n. 7909, in Giur. imp. 2000, 1348; Cass., sez. trib., n. 17564/2002; Cass., sez. trib., 28.3.2003, n. 4702; Cass., sez. trib., 28.3.2003, n. 4703, in Fisco, 2003, 2987; Cass., sez. trib., 14.5.2004, n. 9242; per la dottrina v. favorevolmente GALLO, L'applicazione d'ufficio del diritto comunitario da parte del giudice nazionale nel processo tributario e nel giudizio di Cassazione, in Rass. Trib., 2003, 311 e seg., il quale invoca al riguardo il principio iura novit curia, di cui all'art. 113 C.P.C., chiarendo che l'applicabilità d'ufficio opera sia nel processo tributario di merito, sia nel giudizio di legittimità dinanzi alla Corte di Cassazione (op. cit., 315-316); in senso analogo, ed anche per un più ampio inquadramento del tema, v. altresì DEL FEDERICO, Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea cit., 254-255.

ex art. 234, per la questione di validità avente ad oggetto la suddetta decisione della Commissione.

Per quanto riguarda il punctum dolens del tentativo di superare la definitività della decisione 22.8.2002, C. 3118/2002, v. infra § 5, qui sembra opportuno soffermarsi sull'efficacia diretta delle norme del Trattato in tema di aiuti di Stato.

Secondo autorevole dottrina la dichiarazione di illegittimità dell'aiuto di Stato da parte del giudice nazionale, ed il conseguenziale recupero da parte delle autorità fiscali, sarebbe concepibile soltanto successivamente alla decisione della Commissione Europea che ha accertato l'incompatibilità comunitaria dell'aiuto²⁴.

Una soluzione del genere potrebbe apparire confliggente con i fondamentali principi del primato e dell'effettività del diritto comunitario, per cui si potrebbe ipotizzare l'immediata rilevabilità dell'incompatibilità dell'aiuto fiscale, anche da parte dell'Amministrazione, a prescindere da una apposita decisione della Commissione²⁵.

La questione risulta quantomai complessa e delicata, sia in ragione della difficoltà di raccordare la pregressa giurisprudenza comunitaria con la nuova disciplina introdotta dal Regolamento CE 22.3.1999, n. 659/1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 (ex art. 88) del Trattato CE, sia in ragione della ambigua distinzione tra aiuti illegali ed aiuti abusivi (a tacer poi dell'intricato regime transitorio)²⁶.

Tuttavia sembra preferibile la tesi che incardina il recupero alla decisione della Commissione, non soltanto per esigenze di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei singoli, ma anche per la natura del potere attribuito alla Commissione in materia di aiuti di stato, sussistendo margini di discrezionalità tanto ampi²⁷ da configurare una vera e propria riserva di amministrazione.

²⁴ In tal senso RUSSO, Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari cit., 350, e LAROMA JEZZI, Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa cit., 1082-1088 (è curioso osservare come tali autori, schierati su posizioni radicalmente dichiarativiste, nel dibattito nazionale sull'oggetto del processo tributario e sulla natura degli atti impositivi, giungano a recuperare, ai fini del tema in esame, il classico schema norma-potere-fatto, caro alla dottrina costitutivista e più in generale a tutti coloro che valorizzano la natura provvedimentale degli atti impositivi).

Per un interessante caso di diretta applicazione nell'ordinamento italiano di una decisione della Commissione Europea in tema di aiuti di Stato fiscali v. Cass. 10.12.2002, n. 17564, in Rass, Trib., 2003, 1043, con note di LAROMA JEZZI, Principi comunitari e controllo sopranazionale sugli aiuti fiscali, e DORIGO, L'efficacia delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato secondo la Corte di Cassazione: nuovi orizzonti nei rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale, ibidem, 1074 e seg. e 1099 e seg..

²⁵ Per i necessari approfondimenti v.: ORLANDI, Gli aiuti di stato nel diritto comunitario, Napoli, 1995, 81 e seg., 541 e seg.; PINOTTI, Gli aiuti di stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza, Padova, 2000, 116 e seg., 320 e seg.

Per quanto riguarda la specificità degli aiuti di stato fiscali v.: FICHERA, Le agevolazioni fiscali, Padova, 1992; ID., Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario, in Riv. dir. fin., 1998, I, 84 e seg.; SCHON, Taxation and State aid law in the European Union, in Comm. Market Law Review, 1999, 911 e seg.

²⁶ Su tali questioni v. ampiamente PINOTTI, Gli aiuti di stato alle imprese cit., 182 e seg.

²⁷ V. ad es. art. 7, 4 co., del Regolamento n. 659/1999.

Ed invero in tal senso si è già pronunciata la Corte di Giustizia con la sentenza Piaggio, del 17.6.1999, sia pure mediante argomentazioni che necessitano di esser chiarite (v. infra) e comunque ante Reg. n. 659/1999²⁸.

La necessità della decisione trova comunque conforto in numerose norme del Regolamento n. 659/1999, ed in particolare nell'art. 14, dedicato al recupero degli aiuti, che presuppone nelle varie fasi della procedura la sussistenza di una decisione della Commissione.

Dal canto suo la sezione tributaria richiama proprio la sentenza Piaggio del 17.6.1999, C. 295/1997, a sostegno del rinvio alla Corte di Giustizia, nonostante l'intervento della Commissione di cui alla decisione 22.8.2002²⁹. Tuttavia tale sentenza presenta notevoli peculiarità rispetto alla concreta fattispecie: -la misura in esame non era stata notificata alla Commissione pur avendo trovato da tempo ampia applicazione; -la Commissione pur avendo avviato un procedimento ex artt. 92-93 (ora 87-88) Tratt. CE. non aveva ancora emesso una decisione finale, ancorché nella nota istruttoria preliminare avesse palesato profili di tollerabilità ed ammissibilità della misura; -inoltre un operatore economico aveva invocato il divieto di aiuti di Stato per far valere un suo diritto, precluso proprio dalla misura in questione, con immediato vantaggio del beneficiario della stessa e detrimento per colui che aveva attivato l'apposito giudizio dinanzi al giudice nazionale.

Basandosi su tali peculiarità la Corte di Giustizia ha ribadito che nell'ambito di un giudizio ex art. 234 Tratt. CE essa non è competente ad interpretare il diritto nazionale o a statuire sulla compatibilità di un provvedimento nazionale con l'art. 87 Tratt. CE; ma ha poi chiarito che il giudice nazionale, qualora venga adito con una domanda diretta a fargli trarre le conseguenze dalla violazione dell'art. 88, 3 co., ultima frase, Tratt. CE, può chiedere chiarimenti alla Commissione o, in conformità all'art. 234, secondo e terzo comma, CE, può sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale interpretativa, al fine di determinare se i provvedimenti statali di cui trattasi costituiscano aiuti di Stato che avrebbero dovuto essere notificati alla Commissione; conseguentemente, qualora un determinato regime risulti configurabile come aiuto di Stato vietato non potrà essere attuato se non previa notifica alla Commissione e, in caso di notifica, prima di una decisione della Commissione che riconosca la compatibilità del progetto di aiuto con il mercato comune o, se la

²⁸ Si tratta della sentenza Piaggio, 17.6.1999, causa C-295/97 (in Racc., 1999, I, 3735), secondo cui <<30- Per quanto riguarda.. il controllo del rispetto da parte degli Stati membri degli obblighi loro incombenti in forza degli artt. 92 e 93 del Trattato, occorre tener conto dei ruoli complementari e distinti svolti dai giudici nazionali e dalla Commissione, come ricordati dalla Corte nella sentenza 11 luglio 1996, causa C-39/94, SFEI, Racc. pag. I-3547, punti 41 e seguenti). 31- Mentre la valutazione della compatibilità di provvedimenti di aiuto con il mercato comune rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo della Corte, i giudici nazionali provvedono alla salvaguardia dei diritti degli amministratori in caso di inadempimento dell'obbligo di notifica previa degli aiuti di Stato alla Commissione previsto dall'art. 93, n. 3, del Trattato>>.

²⁹ Nel par. 2.7 viene richiamata anche la sentenza Ecotrade, 1.12.1998, causa C-200/97, in Racc. 1998, I, 7907, del tutto analoga alla ben più nota sentenza Piaggio (sulla quale v. infra nel testo).

Commissione non adotta alcuna decisione entro due mesi a decorrere dalla notifica, prima della scadenza di tale termine.

Risulta quindi confermata la riserva di amministrazione in favore della Commissione, ferma restando l'esperibilità del rinvio pregiudiziale interpretativo ai fini dell'accertamento incidentale della natura di aiuto di Stato rispetto al regime in questione, e, in caso affermativo, la declaratoria dell'obbligo di previa notifica, con tutto quanto ne consegue in termini di transitoria inapplicabilità dell'aiuto.

Inoltre, a latere della procedura poi sfociata nella sentenza Piaggio del 17.6.1999, è stato emanato il suindicato Regolamento CE 22.3.1999, n. 659/1999, con il quale sono state riordinate le procedure in materia di aiuti di Stato, anche al fine di superare le risalenti incertezze in tema di aiuti non notificati (artt. 10 e seg., artt. 17 e seg.)³⁰.

Risultano invece scontate, ancorché non del tutto conferenti, le considerazioni, di cui al par. 2.6. dell'ordinanza di rinvio, secondo cui l'efficacia diretta delle norme del Trattato comporta anche quella delle decisioni della Commissione che abbiano dichiarato l'incompatibilità di un aiuto, essendo stata da tempo confutata e superata la tesi dell'esistenza del vincolo soltanto per i destinatari indicati nella decisione; e, per altro verso, che la Commissione è sempre tenuta a dare applicazione alle sentenze della Corte di Giustizia in tema di aiuti di Stato.

-4.2) segue: gli argomenti a sostegno delle questioni pregiudiziali interpretative.

Il nucleo del rinvio per questioni pregiudiziali interpretative è racchiuso in quel passo dell'ordinanza in cui si legge che <<la qualificazione dell'attività di amministrazione delle partecipazioni di controllo, sulle banche conferitarie e su altre imprese, come strumentale (sostenuta in dottrina e in alcune pronunce di questa Corte, sulla base di un'interpretazione del d.l.vo n. 153 del 1999) rispetto all'esercizio di compiti non profit non può eliminare il dato emergente dal sistema, e cioè che i c.d. enti conferenti, qualunque sia la loro forma giuridica e benché privi di scopi di lucro, sia geneticamente che funzionalmente, assolvono al compito di assumere la titolarità e l'amministrazione di un rilevante numero di imprese bancarie, esercitando i poteri di controllo sulle stesse, fra cui la nomina e revoca degli amministratori. Proprio tale funzione... rappresenta incontestabilmente un fattore di possibile turbativa del mercato e dei rapporti intracomunitari, soprattutto se si considera la possibilità, mantenuta dal d.l.vo n. 153/1999, di acquisire partecipazioni anche in altre imprese, ivi comprese quelle bancarie>>; in sostanza pare che <<le fondazioni vivano in una simbiosi giuridica ed economica col sistema bancario pubblico, e non possono, quindi, considerarsi avulse da tale sistema e dal mercato di riferimento, anche se alle stesse sono assegnati, contemporaneamente, compiti nel c.d. terzo settore. Gli enti in

³⁰ Sulle variegate problematiche ante e post Regolamento CE 22.3.1999, n. 659/1999, v. per tutti ORLANDI, Gli aiuti di stato nel diritto comunitario cit., e PINOTTI, Gli aiuti di stato alle imprese cit.

questione adempiono perciò, nel loro complesso, ad una missione di carattere economico...>>³¹.

Si consideri poi il non trascurabile dato quantitativo: dal rapporto ACRI 2003 risulta che il patrimonio contabile delle fondazioni bancarie, al 31.12.2002, ammontava a circa 37 miliardi di euro, senza tener conto, poi, che le partecipazioni vengono normalmente iscritte al valore storico.

L'ordinanza pone a sostegno delle questioni pregiudiziali interpretative molteplici argomenti, in gran parte già esaminati dalla Commissione nella nota decisione 22.8.2002, per cui, stante la riserva di amministrazione (v. retro § 4.1), non possono essere sottoposti al giudizio della Corte di Giustizia mediante rinvio pregiudiziale ex art. 234; si consideri infatti che la decisione della Commissione è diventata definitiva per mancata impugnazione ex art. 230 Tratt. CE (ma sul rinvio per questione pregiudiziale di validità v. infra § 5).

In primo luogo la sezione tributaria, al par. 3.1., censurando apertamente il par. 44 della decisione della Commissione, manifesta le sue ampie riserve sull'utilizzo della nozione di impresa ex art. 4 VI direttiva IVA, 77/388/CEE, al fine di definire l'ambito dei soggetti sottoposti alla disciplina della concorrenza e quindi ai vincoli in materia di aiuti di Stato.

Sul punto l'ordinanza risulta ampiamente motivata, tuttavia il merito della questione è da ritenersi ormai assorbito dalla decisione della Commissione³². Sembra peraltro opportuno evidenziare che il più significativo tra i precedenti invocati, si limita ad evidenziare che <<nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle modalità del suo finanziamento>>³³, salvo poi incentrare l'identificazione dell'attività economica sui consueti e problematici requisiti dell'assenza di obiettivi esclusivamente sociali, dello scopo di lucro, della commercialità nel rapporto tra prestazioni rese e remunerazione ecc. Pertanto la nozione di impresa ai fini dell'IVA costituisce sempre un significativo punto di riferimento.

Nel par. 3.3. l'ordinanza fa poi riferimento ad una significativa posizione assunta dall'Autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato³⁴, che sarebbe stata trascurata dalla Commissione, a proposito dell'eventuale inerzia da parte delle fondazioni nella dismissione delle partecipazioni azionarie, bancarie e non, giacché,

³¹ In tal senso Corte Cost. 16.5.1995, n. 163 (Foro it., 1996, I, 814- in relazione alla disciplina ante D. Lgs. n. 153/1999), cui fa ampio riferimento l'ordinanza della sezione tributaria, che si preoccupa poi di chiarire come non possano assumere rilievo, ai fini della problematica in esame, le due recenti sentenze, della stessa Corte Costituzionale, 29.9.2003, n. 300 e 301 (Foro amm. C.d.S., 2003, 2511 e 2832), giacché per un verso residuano margini di incertezza sull'efficacia retroattiva della nuova disciplina, ma soprattutto non si è ancora verificata la totale dismissione delle partecipazioni delle fondazioni nelle banche conferitarie.

³² A tale questione dedica particolare attenzione LAROMA JEZZI, Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa cit., 1095-1099.

³³ Corte Giust. 16.3.2004, cause riun. C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, Bundesverband, punto 46, in tema di previdenza sociale e casse malattia.

³⁴ Segnalazione 10.12.1999, ex art. 22 L. 287/1990.

nonostante le puntuali previsioni di legge (art. 25, D. Lgs. n. 153/1999), il mantenimento, oltre il periodo transitorio, di importanti partecipazioni azionarie potrebbe risolversi in una turbativa del mercato e della concorrenza.

Viceversa da una attenta lettura della nota decisione del 22.8.2002 risulta che la Commissione fa adeguato riferimento alle osservazioni dell'Autorità nazionale garante della concorrenza, nei punti 9, 21, 30, 33 ecc., ed in particolare laddove rileva che: <<(37) per quanto riguarda in particolare le partecipazioni in banche, le fondazioni bancarie sono autorizzate a conservarle per un periodo di quattro anni a decorrere dall'entrata in vigore del decreto 153/99. La legge 448/01 ha ora determinato che le fondazioni bancarie possono conservare le loro partecipazioni di controllo per un ulteriore periodo di tre anni a condizione che le partecipazioni nelle società bancarie conferitarie siano affidate ad una società di gestione del risparmio (SGR) indipendente. La società di gestione del risparmio eserciterà in nome proprio tutti i diritti spettanti agli azionisti, salvo per quanto riguarda le deliberazioni delle assemblee straordinarie (ossia quelle convocate per approvare modifiche strutturali). L'autorità di vigilanza è chiamata a dettare apposite disposizioni per assicurare che la scelta della società di gestione del risparmio avvenga secondo criteri trasparenti ed equi e siano evitati conflitti di interesse>>; inoltre la Commissione evidenzia che <<(38) per quanto riguarda le altre partecipazioni di controllo non consentite, esse devono essere dismesse entro il termine stabilito dall'autorità di vigilanza e comunque, non oltre il termine di quattro anni dall'entrata in vigore del decreto 153/99. Qualora le fondazioni non rispettino i termini di cui sopra, l'autorità di vigilanza provvede direttamente alla dismissione delle partecipazioni di controllo, anche mediante un apposito commissario>>.

Stanti le specifiche considerazioni svolte dalla Commissione sulla problematica delle dismissioni il rilievo critico della sezione tributaria va verosimilmente inteso nella prospettiva futura dell'inerzia dietro cui potrebbero trincerarsi le fondazioni bancarie, tentando di perpetuare il loro anomalo ruolo originario (come si desume anche dai par. 3.2 e 3.6), mentre, nelle more del regime transitorio, la decisione 22.8.2002 poteva risultare esauriente. Senonché il D.L. 24.6.2003, n. 143, conv. con la L. 1.8.2003, n. 212, non solo ha prorogato al 31.12.2005 il termine assegnato alle ventinove fondazioni bancarie di grandi dimensioni per la dismissione delle partecipazioni, ma è giunto addirittura ad eliminare del tutto tale obbligo per le sessanta fondazioni bancarie di "piccole" dimensioni.

Seguono altri molteplici rilievi critici (par. 3.4- 3-7), che tuttavia possono ritenersi assorbiti nella questione fondamentale della natura e del ruolo delle fondazioni bancarie e dei loro rapporti con le società conferitarie e con le imprese strumentali, si pensi:

- alla rilevanza del compito, per legge attribuito alle fondazioni bancarie, <<dello sviluppo economico del sistema>> (art. 2, 1 co., D. Lgs. cit.);

- alla inesistenza del divieto per quanto attiene le attività di finanziamento, di erogazione o, comunque, di sovvenzione fra le fondazioni bancarie ed altri enti similari, sussistendo tale divieto esclusivamente nei confronti degli enti aventi fini di lucro (art. 3, 2 co., D. Lgs. cit.);

-al peculiare e problematico regime di cui all'art. 12 D.Lgs. cit., secondo il quale la mancata dismissione delle partecipazioni comporta la perdita della qualità non imprenditoriale delle fondazioni; secondo la sezione tributaria sembra <<che il mantenimento generalizzato e in forza di disposizioni normative delle partecipazioni di controllo su imprese bancarie sia considerato dallo stesso legislatore come esercizio d'impresa>>;

-infine alla facoltà per le fondazioni di assumere partecipazioni di controllo in società strumentali al perseguimento dei propri scopi statuari, nonché partecipazioni di minoranza in ogni altra società, comprese le società bancarie (art. 6 D. Lgs. cit.), con conseguenziale turbativa del mercato e della concorrenza, stante il regime di favore di cui godono.

Si tratta di profili di indubbio interesse che tuttavia sono già stati vagliati dalla Commissione, ancorché l'ordinanza ne evidenzia una ben maggiore rilevanza, sia ai fini della questione interpretativa, sia ai fini della questione di validità avente ad oggetto la decisione 22.8.2002.

-5) Il tentativo di superare i limiti derivanti dalla definitività della decisione della Commissione Europea.

Una volta chiarito che sussiste una vera e propria riserva di amministrazione in favore della Commissione, e che l'esperibilità del rinvio pregiudiziale interpretativo ai fini dell'accertamento incidentale della natura di aiuto di Stato può consentire alla Corte di Giustizia di dichiarare l'obbligo di previa notifica, con tutto quanto ne consegue in termini di transitoria inapplicabilità dell'aiuto, ma non le consente di sostituirsi alla Commissione nel decidere il merito del caso controverso (§ 4.1), si tratta ora di esaminare i margini di praticabilità del parallelo rinvio pregiudiziale di validità, avente ad oggetto la decisione della Commissione.

Va chiarito se il rinvio pregiudiziale di validità ex art. 234 può avere per oggetto un atto delle istituzioni comunitarie, nella concreta fattispecie una decisione della Commissione resa ex artt. 87-88, ormai definitivo per omessa impugnazione ex art. 230 Tratt. CE³⁵.

Come è noto il giudice nazionale dinanzi al quale viene incardinata una controversia per la cui soluzione risulta pregiudiziale risolvere una questione sull'interpretazione di una norma comunitaria, o sulla validità di un atto delle istituzioni della Comunità può decidere *incidenter tantum* ovvero, a norma dell'art. 234, può rimettere la questione alla Corte di Giustizia.

Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 è stato concepito in modo tale da fungere da meccanismo di raccordo tra giurisdizioni nazionali e giurisdizione comunitaria³⁶,

³⁵ Sulla rilevanza di tale definitività v. ad es. Corte Giust. 17.12.1965, causa 20/65, Collotti, in Racc., 1963, 873.

³⁶ Risulta quanto mai interessante la "Nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali", a cura della Corte di Giustizia, in Giorn. dir. amm., 1996, 1083, con commento di MANZELLA, Giudice nazionale e diritto comunitario.

creando un circuito di collaborazione fra giudici nazionali e giudice comunitario³⁷. Pertanto tale procedura istituisce un rapporto istituzionale unicamente fra organi giurisdizionali; la domanda pregiudiziale è posta dal giudice nazionale e non dalle parti del processo dinanzi ad esso pendente; la questione comunitaria è rilevabile anche d'ufficio (retro § 4).

La funzione fondamentale del rinvio pregiudiziale è certamente quella di assicurare un'applicazione, del diritto comunitario uniforme in tutti gli Stati membri, così che esso abbia ovunque la stessa efficacia³⁸.

Su di un piano ben diverso si pone l'azione di impugnazione, ex art. 230, volta alla contestazione della legittimità, ed alla richiesta di annullamento, degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie; mediante tale azione il giudice comunitario è chiamato a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione; inoltre qualsiasi privato può proporre, alle stesse condizioni, un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur appearing come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altri privati, lo riguardano direttamente ed individualmente.

I ricorsi di annullamento ex art. 230 devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza.

E' appena il caso di evidenziare che il termine d'impugnazione è di ordine pubblico e né le parti né il giudice possono disporne, giacché è previsto per garantire la chiarezza e la certezza delle situazioni giuridiche ed evitare qualsiasi discriminazione o trattamento arbitrario nell'amministrazione della giustizia³⁹.

Risulta piuttosto evidente che il rinvio pregiudiziale di validità ha un ruolo diverso dal giudizio di annullamento: la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che l'ordinamento comunitario riconosce la facoltà, nell'ambito di un giudizio proposto dinanzi al giudice nazionale contro un provvedimento interno, di natura attuativa, di eccepire l'illegittimità di una decisione della Commissione Europea, sulla quale appunto è basato il provvedimento interno, ma ciò a condizione che il provvedimento interno sia il solo atto direttamente rivolto al singolo⁴⁰.

³⁷ Sul tema v. particolarmente: PESCATORE, Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali, in *Foro it.*, 1986, V, 31 e seg.; MANCINI, L'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra le varie giurisdizioni nazionali e la Corte, in *AA.VV.*, *Diritto comunitario e diritto interno – Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, Roma 1988, 35 e seg.; e soprattutto, per i profili che qui rilevano, ADINOLFI, L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari, Milano, 1997.

³⁸ Corte Giust. 16.1.1974, *Rheinmuhelen*, causa 166/73, punto 2, in *Racc.* 33.

³⁹ In tal senso v. Corte Giust. 15.1.1987, causa 152/85, *Misset/Consiglio*, in *Racc.* 1987, 223, punto 11, e 23.1.1997, causa C-246/95, *Coen*, ibidem, 1997, I, 403, punto 21; nonché Trib. CE. 18.9.1997, cause riun. T-121/96 e T-151/96, *Mutual Aid*, ibidem, 1997, II, 1355, punto 38.

⁴⁰ Corte Giust. 27.9.1983, causa 216/83, *Univ. Hamburg*, in *Racc.*, 1983, 2771, punto 10.

In tale prospettiva sembra opportuno fare un breve cenno all'eccezione di illegittimità dei regolamenti comunitari⁴¹, ex art. 241 Tratt. CE, che non consiste in una vera e propria azione, giacché volta ad ottenere la mera disapplicazione incidentale di un regolamento comunitario nel corso di una causa dinanzi al giudice comunitario⁴². E' stato acutamente evidenziato che l'art. 241 <<costituisce in un certo senso il pendant dell'art. 230... I limiti alla legittimazione dei ricorrenti... sono compensati dall'ampia possibilità di eccepire l'invalidità (derivata) del regolamento nei giudizi relativi a decisioni applicative>>⁴³.

Orbene, con specifico riferimento alla materia degli aiuti di Stato, per quanto riguarda la tematica dei rapporti tra rinvio pregiudiziale per questione di validità ex art. 234 ed azione di annullamento ex art. 230, la Corte di Giustizia ha precisato per un verso che lo Stato membro non può rimettere in discussione la validità di una decisione della quale è destinatario ai sensi dell' art. 93, n. 2 (ora art. 88), dopo la scadenza del termine stabilito dall' art. 173, 3 co., (ora art. 230)⁴⁴, e per altro verso che il giudice nazionale è vincolato da una decisione della Commissione adottata a norma dell' art. 93 (88)⁴⁵.

In base a tali considerazioni si ritiene quindi assolutamente non condivisibile il tentativo della sezione tributaria della Corte di Cassazione, che tenta di superare i limiti derivanti dalla definitività della decisione della Commissione 22.8.2002⁴⁶. Conseguentemente dovrebbero ritenersi inammissibili le questioni incidentali di validità formulate nei confronti di tale decisione, sotto il profilo della violazione di norme e principi circa la definizione di impresa rilevante ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza (par. 3.8, sub a), e sotto il variegato profilo dell'insufficienza e/o carenza della motivazione in merito al particolare ruolo delle fondazioni bancarie (par. 3.4, 3.6, e 3.8, sub b).

⁴¹ Secondo la giurisprudenza comunitaria l'eccezione di legittimità è proponibile anche nei confronti di atti non formalmente qualificati come regolamenti, ma aventi nella sostanza portata generale (v. ad es.: Corte Giust. 18.4.1975, cause riun. 44-46 e 49/74, Acton, in Racc., 383; Trib. CE 26.10.1993, cause riun. T-6 e 52/92, Reinartz, ibidem, 1993, II, 1047).

⁴² L'eccezione di illegittimità si ritiene ammissibile esclusivamente nei giudizi dinanzi al Tribunale ed alla Corte di Giustizia, e non dinanzi ai giudici nazionali, con esclusione anche delle procedure pregiudiziali ex art. 234 (Corte Giust. 14.12.1962, cause riun. 31-33/62, Wohrmann, in Racc., 939; Corte Giust. 9.12.1965, causa 44/65, Hessische Knappschaft, ibidem, 952; SCHERMERS-WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Communities*, The Hague, 2001, 236).

⁴³ CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, vol. V, *Il processo amministrativo*, 4961.

⁴⁴ Corte Giust. 9.3.1994, causa C-188/92, TWD, in Racc., 1994, I, 833, punto 15, sulla scia delle sentenze 12.10.1978, causa 156/77, Commissione/Belgio, ibidem, 1978, 1881, e 10.6.1993, causa C-183/91, Commissione/Grecia, ibidem, 1993, I, 3131. L'esigenza sottesa a tale costante giurisprudenza è quella di evitare che i termini di ricorso, intesi a preservare la certezza del diritto, siano aggirati, e che gli atti comunitari produttivi di effetti giuridici possano essere rimessi in discussione all'infinito.

⁴⁵ Sentenza TWD cit., punti 25- 26; in prospettiva critica v. tuttavia ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità cit.*, 220.

⁴⁶ In senso analogo v. le stringenti argomentazioni di LAROMA JEZZI, *Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa cit.*, 1088-1095.

Viceversa risulta particolarmente apprezzabile la censura attinente al profilo dell'insufficienza e/o carenza della motivazione <<per non avere la Commissione svolto alcuna indagine sull'attività delle fondazioni bancarie volta all'acquisizione e alla gestione di partecipazioni in altre imprese diverse dalla banca conferitaria>> (par. 3.8, sub c). Tuttavia il pregio di tale rilievo emerge sul piano sostanziale, ferma restando l'inammissibilità della questione pregiudiziale di validità.

-6) I nuovi profili di incompatibilità comunitaria.

Prima di esaminare alcuni nuovi profili di incompatibilità comunitaria originalmente ed acutamente rilevati dall'ordinanza di rinvio sembra opportuno meditare sull'appena evidenziata censura.

Dalla decisione 22.8.2002 risulta che la Commissione in merito all'attività delle fondazioni bancarie volta all'acquisizione ed alla gestione di partecipazioni in altre imprese, diverse dalla banca conferitaria, ha omesso qualsivoglia istruttoria e/o riscontro rispetto alla mere dichiarazioni informative resa dalle autorità italiane (punti 48-54).

Ciononostante la Commissione in linea di principio ha assunto una posizione piuttosto rigorosa laddove ha affermato che <<qualora le fondazioni intervengano direttamente in un'attività economica nella quale sono presenti scambi tra Stati membri - anche se nei settori nei quali la legge dà ad esse questa possibilità - qualsiasi agevolazione fiscale che possa andare a beneficio di tali attività è atta a costituire aiuto di Stato e deve in tal caso essere notificata ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE>> (art. 3, 1 parte del dispositivo).

Come è noto le fondazioni bancarie non sono autorizzate a detenere partecipazioni di controllo in imprese, né possono finanziare in alcun modo attività commerciali, salvo che nelle circostanze specificate dalla legge, come nel caso delle fondazioni che esercitano direttamente un'attività nei così detti settori rilevanti o che controllano imprese strumentali operanti in tali settori (artt. 2 e 3, D. Lgs. n. 153/1999). Peraltro, secondo la Commissione, <<nella maggior parte dei settori indicati dalla legge - istruzione, cultura, sanità, conservazione, ricerca scientifica e assistenza alle categorie sociali deboli - è possibile incontrare operatori che esercitano un'attività simile per scopi di lucro>>, pertanto <<...la presenza diretta delle fondazioni o la possibilità che esse hanno di controllare delle imprese è potenzialmente in grado di falsare la concorrenza e la loro attività non può essere interamente sottratta al controllo del rispetto delle regole di concorrenza. Ciò non significa che tutte le attività esercitate nei "settori rilevanti" siano di "natura economica". Analogamente, alcune delle attività - pur essendo "economiche" - potrebbero non essere in grado di influire sul commercio tra Stati membri. L'esatta qualificazione delle attività ai fini del controllo degli aiuti di Stato può essere stabilita solo caso per caso>>.

Ciò posto sul piano giuridico, in via di fatto la Commissione si è poi limitata ad evidenziare che <<le autorità italiane hanno dichiarato che per il momento nessuna delle fondazioni si è avvalsa della possibilità prevista dalla legge di esercitare

direttamente un'attività nei "settori rilevanti". Risulterebbe quindi che nessuna delle fondazioni possa essere qualificata come "impresa" ai fini dell'articolo 87, paragrafo 1, in virtù delle attività svolte direttamente nei "settori rilevanti"... Quanto alla possibilità di acquisire il controllo di imprese strumentali, questa non conferirebbe alle fondazioni la qualità di imprese nella misura in cui non implica una diretta partecipazione delle fondazioni stesse all'attività dell'impresa controllata... le fondazioni bancarie che non intervengono direttamente in attività nei "settori rilevanti" non sono imprese ai fini dell'articolo 87, paragrafo 1. Le fondazioni vanno invece considerate come imprese quando intervengono direttamente in attività, pur se nei "settori rilevanti", che abbiano natura economica>>.

E' quindi evidente che sul punto la pronuncia del 22.8.2002 è da intendersi ab origine come decisione di censura virtuale delle misure previste dalla legislazione italiana⁴⁷, ancorché, di fatto, tali misure risultassero all'epoca inattuate, fermo restando l'obbligo di notifica ex art. 88 par. 3, per le misure successivamente poste in essere, con necessità di apposito e specifico vaglio da parte della Commissione.

Tanto premesso, ferma restando l'inammissibilità della questione pregiudiziale di validità (v. retro), l'ordinanza di rinvio risulta inconferente, giacché sollecita l'intervento della Corte di Giustizia su vicende già dalla Commissione ritenute virtualmente ascrivibili al regime degli aiuti di Stato; inoltre il giudizio pendente dinanzi la Corte di Cassazione sembra circoscritto all'applicabilità dell'esenzione dalla ritenuta sui dividendi percepiti dalle società partecipate, ex art. 10 bis L. n. 1745/1962, cui parrebbe del tutto estranea la problematica dell'attività delle fondazioni bancarie volta all'acquisizione e alla gestione di partecipazioni in altre imprese diverse dalla banca conferitaria.

Ciononostante, sul piano sostanziale la problematica riguarda un evidente punto critico della legislazione italiana in materia di fondazioni bancarie⁴⁸, tale da richiedere particolare attenzione da parte della Commissione, anche in ragione dell'assenza di un'adeguata istruttoria svolta a supporto della decisione 22.8.2002.

Tuttavia, invece che mediante un arduo rinvio pregiudiziale di validità, la sezione tributaria avrebbe potuto sollecitare la Commissione mediante una richiesta di chiarimenti⁴⁹, in conformità con il principio affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Piaggio del 17.6.1999⁵⁰.

⁴⁷ In tale ordine di idee si colloca ad es. PALUMBO, Fondazioni bancarie. Contrasto con la normativa comunitaria e disapplicabilità d'ufficio da parte del giudice nazionale, in Fisco, 2003, 5665.

⁴⁸ Degna di nota la segnalazione, da parte dell'ordinanza, dell'esigenza di <<una verifica su tale problema, considerando recenti e significativi episodi, quali l'assunzione, da parte di un numero rilevante di fondazioni (65), di un'importante quota di partecipazioni (il 30% del capitale totale, per un valore complessivo di 1 miliardo e 50 milioni di euro) della Cassa Depositi e Prestiti, struttura che opera attualmente nel mercato del credito, a seguito della recente trasformazione in società per azioni>>.

⁴⁹ Del resto se la decisione emessa si è basata su determinanti informazioni inesatte fornite nel corso del procedimento, la Commissione può revocarla ex art. 9 Regolamento CE n. 659/1999, fermo restando che la Commissione esamina senza indugio le informazioni di cui sia eventualmente

In termini analoghi si pone il rilievo critico della sezione tributaria in ordine alla possibile inerzia, da parte delle fondazioni, nella dismissione delle partecipazioni azionarie, bancarie e non, in violazione delle puntuali previsioni di legge; questione che comunque assume nuova fisionomia, giacché il regime transitorio già esaminato dalla Commissione è stato alterato da alcuni recenti interventi legislativi (v. § 4.2 e poi le Conclusioni).

Particolare attenzione meritano infine alcuni nuovi profili di incompatibilità comunitaria incentrati sulla violazione del principio di non discriminazione (art. 12, Tratt. CE) e più specificamente sui principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali (artt. 43 e seg., artt. 56 e seg. Tratt. CE).

Secondo l'ordinanza di rinvio, a prescindere dalla natura delle fondazioni bancarie, <<lo speciale regime fiscale accordato ad una determinata categoria di soggetti in relazione al reddito conseguito attraverso i dividendi erogati dalle imprese bancarie conferitarie, con cui i soggetti in questione mantengono un rapporto istituzionale, comporta come inevitabile conseguenza una discriminazione dello status delle banche, solo nazionali, controllate dalle fondazioni, nei confronti di tutte le altre, in quanto queste ultime vedono colpita alla fonte, e in misura rilevante, l'erogazione dei dividendi>>. La <<tassazione più favorevole sui dividendi erogati da imprese esclusivamente nazionali, appartenenti ad una determinata categoria, e cioè comprendente soltanto quelle controllate dalle fondazioni bancarie, rispetto a quella praticata sui dividendi erogati da altre società bancarie, comporta una violazione del principio di non discriminazione... nei confronti, oltre che dei soggetti titolari dei diritti di partecipazione, sulle stesse imprese, con ulteriore ricaduta sfavorevole sui principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali...>> (par. 3.9).

In sostanza, pur escludendo che le fondazioni bancarie possano essere qualificate come imprese ai sensi e per gli effetti degli artt. 87 ed 88 Tratt. CE, si potrebbe configurare una violazione del principio di non discriminazione e dei corollari principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, rispetto ai quali il rinvio alla Corte di Giustizia non dovrebbe subire limiti e/o condizionamenti di sorta in dipendenza della decisione 22.8.2002, ovvero, più in generale, della riserva di amministrazione in favore della Commissione in materia di aiuti di Stato (retro § 4.1). Lo spunto è quantomai suggestivo giacché la giurisprudenza comunitaria interviene con sempre maggiore decisione a salvaguardia delle libertà fondamentali a nulla

venuta in possesso, in merito a presunti aiuti illegali, da qualsiasi fonte provengano (art. 10 Reg. cit.).

⁵⁰ Secondo la sentenza Piaggio, fermo restando che la valutazione della compatibilità di provvedimenti di aiuto con il mercato comune rientra nella competenza esclusiva della Commissione, e che i giudici nazionali provvedono alla salvaguardia dei diritti degli amministrati in caso di inadempimento dell'obbligo di notifica previa degli aiuti di Stato alla Commissione, <<32-...per essere in grado di determinare se un provvedimento statale adottato nell'inosservanza del procedimento di controllo previo stabilito dall'art. 93, n. 3, del Trattato dovesse o meno esservi soggetto, un giudice nazionale può trovarsi ad interpretare la nozione di aiuto ai sensi dell'art. 92 del Trattato>> e <<qualora... nutra dubbi sulla qualifica di aiuto di Stato... può chiedere alla Commissione chiarimenti su questo punto o... sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 92 del Trattato...>>.

valendo l'utilizzo di meccanismi fiscali, laddove questi producano comunque effetti discriminatori.

Infatti, se è vero che allo stato attuale la materia delle imposte dirette non rientra, in quanto tale, nella competenza delle istituzioni comunitarie, ciò non toglie che gli Stati membri siano tenuti ad esercitare la propria sovranità fiscale nel pieno rispetto dell'ordinamento comunitario e quindi delle libertà fondamentali da esso garantite⁵¹.

Ai nostri fini assume particolare rilievo il principio di libertà di stabilimento ex art. 52 Tratt. CE, che implica per tutti i cittadini comunitari l'accesso alle attività economiche (non subordinate) ed il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di aziende secondo quanto prevedono le leggi del paese di stabilimento per i loro cittadini⁵².

Orbene è vero che nell'ambito del settore bancario italiano le fondazioni godono per la loro peculiare natura giuridica di una posizione di vantaggio, cui consegue anche uno "speciale" regime tributario, posizione che risulta altresì privilegiata per le banche controllate dalle fondazioni, a discapito di tutte le altre banche, sia nazionali, sia provenienti da altri Stati membri. Ed è altrettanto vero che per una banca proveniente da altro Stato membro non è possibile accedere de plano al tale posizione di vantaggio.

Tuttavia lo speciale regime, anche tributario, di cui godono le fondazioni, per un verso si giustifica in ragione del complessivo disegno di privatizzazione, razionalizzazione e concentrazione delle imprese bancarie italiane, della peculiare fase transitoria di riassetto, per la quale sono previsti ben precisi limiti temporali, e della natura pubblicistica degli originari enti bancari e delle fondazioni stesse; per altro verso tale regime risulta sul piano tributario meno "speciale" di quanto possa apparire prima facie.

A proposito dei principi di non discriminazione e di libertà di stabilimento va poi evidenziato che il regime delle fondazioni bancarie e delle banche da esse controllate è differenziato anche rispetto al regime delle altre banche italiane, che si trovano in

⁵¹ Tra le tante sentenze della Corte di Giustizia v. in particolare: 14.2.1995, causa C-279/93, Schumacker, in Racc., I, 225, punto 21; 16.7.1998, causa C-264/96, ICI, ibidem, I, 4695I, punto 19; 21.11.2002, causa C-436/00, X e Y, ibidem, I, 10829, punto 32. Per la rilevanza tributaria di tale principio v.: SACCHETTO, I divieti di discriminazione contenuti nell'art. 95 CEE. L'evoluzione dell'interpretazione della Corte di Giustizia CEE e l'applicazione nell'ordinamento italiano, in Dir. prat. trib., 1984, I, 497 e seg.; ADONNINO, Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità, in Riv. dir. fin., 1993, I, 65 e seg.; F. AMATUCCI, Il principio di non discriminazione fiscale, Padova 1998, 103 e seg.; WOUTERS, The principle of non discrimination in European Community Law, in EC Tax Review, 1999, 98 e seg.; BIZIOLI, Evoluzione del diritto di stabilimento nella giurisprudenza in materia fiscale della Corte di giustizia, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1999, 381 e seg.; MELIS, Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee, in Rass. Trib., 2000, 1151 e seg.

⁵² Oltre alle sentenze citate alla nota precedente v. ad es.: Corte Giust.: 28.1.1986, causa 270/83, Commissione/Francia, in Racc. 273; Corte Giust. 29.4.1999, causa C-311/97, Royal Bank of Scotland, ibidem, I, 2651; Corte Giust. 13.4.2000, causa C-251/98, Baars, ibidem, I, 2787.

situazione pienamente omogenea rispetto alle banche provenienti da altri Stati membri.

Inoltre la Corte di Giustizia ha più volte ammesso limitazioni alla libertà di stabilimento laddove lo Stato membro persegue uno scopo legittimo, compatibile con i Trattati e giustificato da ragioni imperative di interesse generale⁵³, e sembra proprio che il complessivo disegno di privatizzazione, razionalizzazione e concentrazione delle imprese bancarie italiane, sia pure limitatamente al peculiare regime transitorio delle fondazioni bancarie, possa rispondere a tali requisiti.

Quanto alla specialità del regime tributario è stato evidenziato che il riconoscimento ex lege della qualifica di enti non commerciali alle fondazioni bancarie, alle condizioni e con i limiti di cui al D. Lgs. n. 153/1999, <<rappresenta la conferma, data per via legislativa, di quanto già rilevato dalla giurisprudenza e dalla dottrina in merito alla natura degli enti in questione>>; anzi, l'art. 12, D. Lgs. cit., avrebbe introdotto requisiti di maggior rigore rispetto alla normale categoria degli enti non commerciali, facendo derivare la perdita della qualifica non soltanto dallo svolgimento in via prevalente di un'attività commerciale (il che è del tutto normale), ma anche dalla mancata dismissione delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie, o dalla permanenza della titolarità (sempre successivamente al 31.12.2005) di diritti reali su beni immobili diversi da quelli strumentali per le attività esercitate direttamente o tramite imprese strumentali in misura superiore al 10 per cento del patrimonio.

In tale ottica il riconoscimento dell'agevolazione dell'IRPEG (ora IRES) al 50% ex art. 6 D.P.R. n. 601/1973, si configura come <<regime fiscale generale sottratto all'imperio dell'art. 87 del Trattato. Poiché infatti la riduzione... è destinata indistintamente agli enti... che svolgono senza fine di lucro attività di assistenza, beneficenza, promozione culturale eccetera, l'agevolazione... partecipa della natura del sistema fiscale, nel cui ambito ben si giustifica, anche nell'ottica comunitaria, che taluni settori... vengano, purché in modo indifferenziato, incentivati tramite agevolazioni od esenzioni...>>⁵⁴.

Viceversa altra parte della dottrina, con il conforto della relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 153/1999, ritiene che l'art. 12 abbia introdotto innovativamente un regime di esclusione legale della commercialità delle fondazioni bancarie⁵⁵, nel senso che, limitatamente al periodo transitorio, e cioè sino al 31.12.2005, le fondazioni dovrebbero comunque (anche in assenza dei requisiti ordinari) essere qualificate come enti non commerciali, anche laddove, in base all'art.

⁵³ Anche in tale ipotesi, però, la legislazione nazionale deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo (Corte Giust.: 15.5.1997, causa C-250/95, *Futura Participations e Singer*, in Racc., I, 2471, punti 26 e 31; 21.11.2002, *X e Y* cit., punto 49).

⁵⁴ Si tratta della nota posizione di RUSSO- LAROMA JEZZI, *Il revirement della Cassazione sul regime fiscale delle fondazioni bancarie* cit., 1050-1052.

⁵⁵ FICARI, *Aspetti fiscali del regime giuridico delle fondazioni*, in AA. VV., *Le fondazioni bancarie- Un patrimonio alla ricerca di uno scopo* cit., 170; MERCURIO, *Brevi note sul regime fiscale delle fondazioni* cit., 1224.

111 bis TUIR n. 917/1986, la loro attività principale dovesse in concreto atteggiarsi come commerciale, donde l'indubbia configurabilità della misura in esame come vero e proprio aiuto di Stato fiscale⁵⁶.

-Conclusioni

La complessità delle suindicate problematiche giustifica il cautelativo approccio comunitario della sezione tributaria della Corte di Cassazione, ancorché non si condividano le critiche formulate dall'ordinanza nei confronti della Commissione Europea ed i rilievi in merito all'agevolazione della riduzione alla metà dell'IRPEG ex art. 6 D.P.R. n. 601/1973, ed all'esonero dalla ritenuta sui dividendi ex art. 10 bis n. 1745/1962.

E' vero che la Commissione non si è pronunciata sul problema dell'esonero dalla ritenuta⁵⁷, tuttavia –una volta superata l'impasse circa la qualificazione, come ritenuta d'acconto e non d'imposta (v. retro) - risulta trattarsi di istituto di natura procedimentale⁵⁸, la cui applicabilità è comunque conseguenziale rispetto al riconoscimento dell'agevolazione IRPEG ex art. 6 cit.

In ogni caso piuttosto che seguire la strada del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, la sezione tributaria avrebbe potuto sollecitare la Commissione mediante una richiesta di chiarimenti.

⁵⁶ Interpretazione questa consentita dalla lettera della norma, ed avvalorata dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo, ma respinta da coloro che tendono a ricondurre il regime delle fondazioni bancarie nell'ordinario regime tributario degli enti non commerciali, e che al riguardo optano per una sorta di interpretazione adeguatrice (v. in tal senso RUSSO- LAROMA JEZZI, Il revirement della Cassazione sul regime fiscale delle fondazioni bancarie cit., 1051, nota 17, i quali precisano che <<se una norma è passibile di più significati, di cui uno soltanto consente di postularne la conformità ai precetti di grado superiore, è ad esso che bisogna dare la preferenza>>).

⁵⁷ Osserva PROVAGGI, Rinvia alla Corte di giustizia la decisione sulla natura delle fondazioni cit., 2381, che <<il sistema della ritenuta, a titolo di acconto, ha avuto effetto... solo fino al 30.6.1998. Infatti, dopo tale data è stata eliminata la ritenuta sui dividendi, ad eccezione di alcune ipotesi, fra le quali non rientravano le fondazioni bancarie. E' quindi logico che la Commissione UE non abbia considerato... la disposizione de qua>> (si tratta dell'intervento legislativo di cui all'art. 12, 4 co., D. Lgs. 21.11.1997, n. 461).

⁵⁸ Ove si ritenesse trattarsi di ritenuta a titolo di imposta (il che tuttavia è da eludere) risulterebbe rafforzata la questione di compatibilità comunitaria, emergendo quei profili sostanziali viceversa estranei al sistema delle ritenute a titolo di acconto; tuttavia in astratto, prescindendo dal tema delle fondazioni bancarie, rispetto alla ritenuta a titolo di acconto, l'esonero potrebbe configurare un aiuto di stato dal punto di vista del differimento temporale del versamento del tributo (in tal senso BALLARINO, Manuale di diritto dell'Unione Europea, Padova 2001, 511, che richiama la prassi comunitaria; *contra* LAROMA JEZZI, Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa cit., 1077, secondo cui se a titolo di acconto la ritenuta <<non può ontologicamente costituire un aiuto di stato>>).

Parrebbero poi superabili i profili di incompatibilità comunitaria, del regime fiscale delle fondazioni bancarie, incentrati sui principi di non discriminazione e di libertà di stabilimento.

Viceversa risultano acuti e preganti i rilievi incentrati: -sulla rilevanza economica dell'attività delle fondazioni bancarie volta all'acquisizione e alla gestione di partecipazioni in altre imprese diverse dalla banca conferitaria; - sulla possibile inerzia, da parte delle fondazioni, nella dismissione delle partecipazioni azionarie, bancarie e non.

La particolare cautela comunitaria mostrata dalla sezione tributaria si spiega anche in ragione dei pasticci legislativi cui si sta assistendo. Si ricorda infatti che il D.L. n. 143/2003, conv. con la L. n. 212/2003, per un verso (art. 4, 1 co.) ha prorogato al 31.12.2005 il termine assegnato alle fondazioni bancarie di grandi dimensioni per la dismissione delle partecipazioni ex art. 12, 3 co., D. Lgs. n. 153/1999, e per altro verso (art. 4, 4 co.) ha del tutto eliminato tale obbligo per le fondazioni bancarie di "piccole" dimensioni (60 su 89), sovrapponendosi così al già permissivo regime di cui alla legge 28.12.2001, n. 448 (art. 11) ed alla legge 27.12.2002, n. 289 (art. 80, comma 20), che avevano, a loro volta, attenuato le previsioni del decreto legislativo del 1999.

Infine, sorprendentemente, l'art. 2 del D. L. n. 168/2004, conv. con la L. n. 191/2004, ha abrogato il secondo comma dell'art. 12 D. Lgs. n. 153/1999, che contemplava espressamente l'applicabilità alle fondazioni bancarie dell'art. 6 D.P.R. n. 601/1973, e che veniva ritenuto dai più norma di natura interpretativa (v. retro § 1). E' verosimile che tale inatteso intervento legislativo abbia risentito delle sollecitazioni comunitarie espresse dall'ordinanza di rinvio (non si spiegherebbe altrimenti l'uso del decreto legge).

Emergono peraltro profonde perplessità in merito alla conferenza dei suindicati rilievi rispetto al giudizio de quo, esclusivamente incentrato sulla spettanza dell'esonero della ritenuta ex art. 10 bis.

Si deve tuttavia ricordare che in ragione del meccanismo del rinvio pregiudiziale, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte di Giustizia, questa può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di un testo comunitario, sulla base dei fatti indicati dal giudice rimettente. Pertanto è precluso alla Corte di Giustizia, e riservato al giudice nazionale, l'accertamento della necessità di una decisione pregiudiziale ed il giudizio sulla pertinenza della questione oggetto del rinvio⁵⁹.

Certo è che, pur a prescindere dall'improbabile sentenza di "accoglimento" della Corte di Giustizia, la sezione tributaria della Corte di Cassazione, stante la sua attenta vigilanza sulla salvaguardia del diritto comunitario, ha riaperto il dibattito sulle agevolazioni fiscali in favore delle fondazioni bancarie, finendo con il sollecitare (in

⁵⁹ Giurisprudenza pacifica, v. fra le tante Corte Giust.: 16.13.1978, causa 104/77, Oehlschlaeger, in Racc. 791, punto 4; 29.4.1982, causa 17/81, Pabst & Richarz, ibidem, 1331, punto 12; 5.10.1988, causa 247/86, Alsatel, ibidem, pag. 5987, punto 8; 27.10.1993, causa C-127/92, Enderby, ibidem, I-5535, punto 10.

un modo o nell'altro) un nuovo intervento della Commissione Europea, questa volta, in ragione dei recenti pasticci legislativi, ben più problematico rispetto al precedente.

Lorenzo del Federico

Ordinario di Diritto Tributario
Facoltà di Economia
Università di Chieti- Pescara