

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER IL LAZIO
RICORSO**

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

- ricorrente -

CONTRO

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

- resistente -

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIVA

del decreto ministeriale 2 agosto 2002, n. 217, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 1 ottobre 2002, recante "*Regolamento ai sensi dell'articolo 11, comma 14, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, in materia di disciplina delle fondazioni bancarie*", nonché di tutti gli atti ad esso presupposti, connessi e conseguenti, se lesivi.

FATTO

La Fondazione Monte dei Paschi di Siena è una fondazione di diritto privato ai sensi della legge 23 dicembre 1998, n. 461 e del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, avendo adottato il proprio Statuto, approvato dall'Autorità di vigilanza, in ottemperanza alle norme di legge, in data 8 maggio 2001 e avendo successivamente costituito i propri organi di indirizzo e di amministrazione secondo le disposizioni dello Statuto, in data 31 agosto 2001.

Lo Statuto della Fondazione Monte dei Paschi di Siena, i suoi organi e i suoi programmi di attività sono ora cancellati e posti nel nulla dal decreto ministeriale 2 agosto 2002, n. 217 che, in applicazione dell'art.11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, ridefinisce le attività della fondazione, determina la composizione degli organi di indirizzo, introduce nuovi requisiti di professionalità ed onorabilità, stabilisce nuove incompatibilità, introduce una nuova disciplina della partecipazione bancaria di controllo, impone l'obbligo di affidare la partecipazione bancaria di controllo ad una s.g.r., impone la revisione dello Statuto, impone la decadenza dell'organo di indirizzo e di quello di amministrazione e limita l'attività della fondazione all'ordinaria amministrazione.

Il regolamento in questione, che è un regolamento ministeriale adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, in attuazione delle disposizioni dell'art. 11 della legge n. 448/2001, è profondamente lesivo dei diritti e degli interessi della Fondazione Monte dei Paschi di Siena ed è affetto da illegittimità derivata per illegittimità costituzionale dell'art. 11 della legge n.

448/2002 e da vizi di illegittimità propri, per i quali la Fondazione Monte dei Paschi di Siena chiede che esso sia annullato, previa sospensione, per i seguenti motivi di

DIRITTO

1. Illegittimità derivata dell'intero regolamento, per l'illegittimità costituzionale dell'articolo 11 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, per la violazione degli articoli 2, 18 e 41 della Costituzione.

Alla analitica denuncia dei motivi di illegittimità del regolamento dettato col d.m. n. 217/2002 – derivata, in ragione della incostituzionalità dell'art. 11 della legge n. 448/2002, e diretta, per intrinseci vizi propri – sembra opportuno premettere alcune brevi considerazioni, riprese e sviluppate nel ricorso, circa la natura delle fondazioni di origine bancaria. Le censure possono in effetti ricondursi, al di là dei profili specifici volta a volta messi in luce, ad un generale fraintendimento dell'indole e delle finalità di un istituto che il legislatore inequivocabilmente e ripetutamente ha provveduto a collocare nel novero delle persone giuridiche private. L'appartenenza alla categoria storica e positiva si traduce nel riconoscimento e nella garanzia dell'autonomia dei privati dal momento costitutivo e per l'intero svolgimento dell'attività dell'ente; con riguardo alle fonti regolatrici del fenomeno si risolve nella sicura appartenenza all'ordinamento civile che costituisce materia riservata all'esclusiva competenza legislativa statale, allo Stato rimanendo altresì riservata la potestà regolamentare.

Si è parlato di fondazioni di origine bancaria, ritenendo l'espressione (della quale si farà uso anche in séguito) come la più corretta, ove si tenga conto della iniziale propensione del legislatore ad evitare il puntuale richiamo alla fondazione e la preferenza accordate a formule neutre che rispecchiavano semplicemente il contenuto dell'operazione imposta (dove le formule “ente conferente” e “società conferitaria”). Si è compiuta dagli interpreti la precisa individuazione della figura nei termini dell'istituto della fondazione, che del resto rappresenta la forma giuridica più perfetta di patrimonio destinato ad uno scopo ed elevato alla dignità di soggetto di diritto. Si è altresì ritenuto che l'intervento nel settore, pur se nato dal particolare disegno politico di realizzare la scissione tra esercizio dell'attività bancaria e titolarità facente capo ad enti con finalità altruistiche, poteva servire a realizzare la riscoperta e la rivalutazione di un istituto – quale era la fondazione – emarginato e costretto in limitati confini dal disegno dello Stato liberale prima, e più tardi dello Stato autoritario, di avversione ai corpi sociali intermedi e di attribuzione allo Stato della cura di ogni interesse collettivo di generale rilievo. La disciplina settoriale è sembrata utile, d'altro canto, come una anticipazione delle linee della riforma, largamente auspicata, del regime delle persone giuridiche private, da realizzare con una coerenza ed una compiutezza idonee a superare il carattere episodico ed estemporaneo di isolati interventi legislativi.

La disciplina della particolare materia, anche a prescindere dai più ampi programmi ed obiettivi di cui si è fatto cenno, è intanto informata all'enunciazione costante della natura di persone giuridiche private, dotate di

piena autonomia statutaria e gestionale, degli enti di cui ci occupiamo: forma giuridica che si attinge al compimento degli oneri e delle formalità previste nelle varie fonti e nelle successive fasi della regolamentazione intervenuta a partire dal 1990.

Il discorso sulle modalità costitutive, che nella fondazione tipica rinvia all'atto di privata autonomia consegnato al negozio di fondazione (logicamente distinto, anche quando è contemporaneo e contestuale, dall'atto di dotazione), nel caso delle fondazioni di origine bancarie deve registrare una più complessa fattispecie, che tuttavia non si compone ed ancor meno si esaurisce in un intervento autoritativo esterno alla volontà privata. E del resto non è senza significato, nella prospettiva storica rilevante per la concreta realtà giuridica, che all'origine degli enti in parola generalmente si riscontri un atto di autonomia negoziale di soggetti privati, nella forma dell'accordo associativo o della destinazione unilaterale (del tutto compatibile con una pluralità dei soggetti) di beni ad uno scopo di utilità collettiva.

Vuol dirsi, in sostanza, che le fondazioni di origine bancaria appartengono al diritto privato già in ragione del modo in cui vennero ad esistenza, e che tuttavia è in ogni caso decisiva, anche a ravvisarne la fonte in una più articolata fattispecie (produttiva o, meglio, ricognitiva di un preesistente dato), la circostanza che la legge le abbia espressamente inquadrato tra le persone giuridiche private, dalla qualifica facendo discendere, o meglio col ravvisarne la sostanza nella piena autonomia statutaria e gestionale.

Da una siffatta qualificazione, che la legge Ciampi connette al momento in cui si completa l'apposito procedimento previsto, deriva l'estraneità di ogni elemento pubblicistico, e quindi di interventi e controlli limitativi dell'autonomia negoziale incompatibili col regime di diritto privato comune a cui le fondazioni sono sottoposte. D'altro canto la qualificazione pubblicistica era legata all'esercizio dell'attività bancaria, in quei termini configurata dalla giurisprudenza muovendo dagli anni '30: si comprende perciò che la stessa qualifica ricorra nella legge 281/1990, ma al fine di giustificare e di attuare il programma di progressiva dismissione, con l'affidare intanto all'ente pubblico la funzione di holding al fine di gestire la partecipazione, ed in vista dell'esito finale di riservare agli enti conferenti la qualificazione di persone giuridiche private (che rappresenta, come si è detto, un ritorno alle origini, immune da contaminazioni o sovrapposizioni che pur sarebbero state compatibili con la struttura e la funzione delle fondazioni, come dimostra l'esistenza di fondazioni-imprese e di fondazioni "portatrici" di imprese).

La "specialità", ove voglia usarsi un vocabolo che ne metta in luce i peculiari caratteri, non può risolversi in un regime idoneo a sopprimere od a ledere gravemente l'autonomia di cui gli enti sono dotati alla stregua del diritto privato comune. Deve anzi ritenersi, in via di principio, che la specialità giustifica una regolamentazione meno rigorosa, preordinata ad allargare, e non già a ridurre, gli spazi dell'autonomia privata che costituisce il principio informatore ed allo stesso tempo il limite a cui devono adeguarsi gli interventi legislativi.

Nel presente ricorso un esame dettagliato sarà condotto con riguardo agli elementi tipici della fondazione, che la consolidata esperienza, le radici storiche della figura, la disciplina positiva ravvisano nello scopo, nel patrimonio, negli organi, al controllo pubblico assegnando finalità rigorosamente delimitate che attengono al perseguimento dei fini, all'adeguatezza, conservazione ed uso dei beni, al corretto adempimento delle funzioni amministrative.

Deve qui rammentarsi che ogni pretesa di inserire nella vita e nell'attività di "speciali" fondazioni (quali si possono definire le fondazioni di origine bancaria) fonti regolative eteronome, estranee al generale regime civilistico dell'istituto, contrasta col carattere, legislativamente dichiarato, di persone giuridiche private, come tali inserite e rette dall'ordinamento civile rimesso alla esclusiva competenza statale. La sede propria della materia, pur in presenza di talune previsioni superate e di un'attitudine scarsamente "pluralista" del legislatore dell'epoca, rimane il codice civile (del resto in più punti della disciplina delle persone giuridiche depurato ora di talune anacronistiche incrostazioni).

Alle materie del codice civile, ed in particolare a quella delle persone giuridiche private, mal si addice la stessa tecnica "regolamentare", al fine di integrarne il regime; e del resto non è senza significato che proprio nella materia che ci interessa, allo scopo di apprestare gli strumenti di concreto compimento delle modalità costitutive e di funzionamento degli enti privati, il codice civile si sia servito delle disposizioni di attuazione del codice civile (che assieme alle norme transitorie ne arricchiscono il tessuto).

Non va d'altra parte trascurato, prima di procedere alla enumerazione e critica dei vizi del regolamento, che le fondazioni di origine bancarie soffrono già, rispetto al diritto privato comune delle fondazioni, di gravi eccezioni al principio della generale capacità delle persone giuridiche che contrassegna il nostro sistema, se da un lato si pensa ai divieti in tema di partecipazioni bancarie che sono alla base dell'attuale disciplina, e dall'altro ai vincoli dell'attività rispetto al territorio, che pure contrastano con l'idea di una capacità di diritto che non dovrebbe incontrare, salvi i limiti della liceità, restrizioni circa l'oggetto ed i luoghi dell'attività e quindi dei fini da realizzare.

2. Limiti all'intervento regolamentare statale derivanti dal nuovo Titolo V della Costituzione e violazione degli articoli 117 e 118 della Costituzione. Illegittimità dell'articolo 11, comma 14 per violazione dei principi costituzionali in materia di riserva di legge.

La natura giuridica privata della fondazione è del resto elemento essenziale e imprescindibile proprio al fine di affermare la sussistenza del potere normativo statale, alla luce del nuovo riparto della potestà legislativa e della potestà regolamentare disciplinato nel nuovo Titolo V della Costituzione e, in particolare, nell'art. 117. Tale articolo distingue fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2), le materie di legislazione concorrente, per le quali lo Stato può solo determinare i principi fondamentali (art.117, comma 3) e le materie di legislazione esclusiva regionale (art.117, comma 4). La potestà regolamentare è attribuita allo Stato solo nelle materie di legislazione

esclusiva di cui all'art. 117, comma 2 (salva comunque la possibilità di delega alle regioni), mentre spetta alle regioni per tutte le altre materie, per espressa disposizione dell'art. 117, comma 6.

L'intervento legislativo e regolamentare dello Stato è possibile, dunque, solo ove il suo oggetto ricada negli ambiti attribuiti alla potestà legislativa esclusiva statale dall'art. 117, comma 1 della Costituzione. Di tale necessità era del resto consapevole l'amministrazione, tanto che nella relazione di accompagnamento al regolamento si afferma espressamente che il regolamento stesso trova la sua base giuridica nella competenza statale in materia di "ordinamento civile" (art. 117, comma 2, lett. l).

Ma se l'ambito materiale che giustifica l'intervento normativo statale è, per l'appunto, l' "ordinamento civile", è evidente che si deve dare per scontata la natura giuridica della fondazione quale soggetto di diritto privato e, quindi, quale soggetto titolare di una sfera di autonomia che non può essere arbitrariamente e irragionevolmente compressa dal legislatore e, tanto meno, da un intervento regolamentare.

Qualsiasi altra qualificazione della fondazione, ad esempio quale ente pubblico o quale ente creditizio, escluderebbe la competenza legislativa esclusiva dello Stato e riporterebbe la fondazione o nella potestà legislativa esclusiva delle regioni, in quanto ente pubblico di dimensione regionale o locale, o nella legislazione concorrente, in quanto appartenente alla categoria delle "casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale" (art. 117, comma 3, Cost.). In quest'ultimo caso, la potestà legislativa statale è limitata alla determinazione dei principi fondamentali, mentre spetta alle regioni la determinazione della disciplina della materia. Si aggiunga a ciò che nelle materie di competenza legislativa concorrente lo Stato non dispone di alcuna potestà regolamentare, che spetta per intero alle regioni, come ha già autorevolmente riconosciuto il Consiglio di Stato (Adunanza generale, parere 11 aprile 2002, n. 1: "le disposizioni attributive della potestà regolamentare ... debbono ritenersi venute meno a seguito dell'emanazione del nuovo titolo V della Costituzione, che, iscrivendo la materia ... tra quelle di legislazione concorrente, esclude che lo Stato possa disciplinare le materie predette nella loro estensione e, per giunta, a livello regolamentare"), secondo il quale la carenza di potere regolamentare in capo allo Stato è così assoluta da non giustificare mai l'emanazione di un regolamento statale in materie attribuite alla potestà legislativa concorrente, quand'anche lo Stato non avesse determinato i principi fondamentali (che è tenuto comunque a determinare con legge).

E' evidente, dunque, che ove il Consiglio di Stato avesse ritenuto che il regolamento impugnato disciplinasse materie diverse da quelle riservate alla potestà legislativa esclusiva statale lo avrebbe rinviato all'amministrazione e che lo stesso Consiglio di Stato ha invece ritenuto che il regolamento trovasse la propria base nella potestà legislativa statale in materia di ordinamento civile. La natura giuridica privata della fondazione non solo è data, quindi, per scontata, ma è per la verità condizione essenziale e imprescindibile per fondare la stessa possibilità dell'intervento legislativo e regolamentare da parte dello Stato.

La riconduzione dell'intervento normativo statale nella materia dell'“ordinamento civile” ha, però, conseguenze importanti, oltre che sul piano della legittimazione dell'intervento regolamentare, anche quanto alla natura e ai limiti della disciplina dettata. Tale disciplina, essendo riferita a soggetti privati e non a soggetti pubblici, deve, in primo luogo, rispettare i principi costituzionali posti a tutela dell'autonomia privata, desumibili dagli articoli 2, 18 e 41 della Costituzione, come del resto ha già riconosciuto e argomentato questo Ecc.mo TAR nell'ordinanza della sezione III, del 19 dicembre 2001, n. 1196, in quanto anche la legge ordinaria in materia, e tanto più la potestà regolamentare, non possono spiegarsi oltre i limiti imposti. La disciplina stessa deve essere valutata, poi, anche alla luce di un ulteriore parametro costituzionale, desumibile dall'art. 118, comma 4 della Costituzione, per il quale *“Stato, regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”*.

Il riconoscimento costituzionale del principio di sussidiarietà impone non soltanto che i poteri pubblici non intervengano e non comprimano l'autonomia privata, rispettandone la libertà e la capacità di autodeterminazione, ma introduce nell'ordinamento un vero e proprio *favor* per l'iniziativa dei privati, alla luce del quale deve essere considerato l'intervento pubblico, che si giustifica solo quando vi sia la necessità, appunto, di un intervento sussidiario rispetto al libero dispiegamento dell'autonomia privata. Lo Stato interviene laddove i soggetti privati non riescono ad arrivare, ma non può invaderne il campo, né coartarne la libertà o funzionalizzarne l'attività. Del tutto in contrasto con il dettato costituzionale appaiono, invece, tanto l'art. 11 della legge n. 448/2001, quanto il d.m. n. 217/2002, che pongono pesanti limiti e vincoli alla fondazione, sia sul piano della struttura, sia sul piano delle attività: limiti e vincoli la cui incostituzionalità e illegittimità è argomentata analiticamente nei successivi motivi.

La riconduzione del potere normativo statale alla materia dell' “ordinamento civile” ha una seconda conseguenza generale. E' evidente, infatti, che nella disciplina dettata dovranno essere del tutto prevalenti i profili civilistici e privatistici, mentre dovranno trovare spazio limitato e appositamente giustificazione i profili pubblicistici, che non corrispondono e non rientrano nell'ambito della materia. La materia “ordinamento civile” non conosce, del resto, se non in via del tutto eccezionale, integrazioni per via regolamentare, in quanto le norme del codice civile si rivolgono a tutti i soggetti privati e devono essere da essi applicate senza passare per l'intermediazione di un'amministrazione pubblica e, corrispondentemente, la libertà e l'autonomia dei soggetti privati nell'applicazione delle norme non possono trovare limiti e vincoli in una fonte secondaria come il regolamento. In tal senso si è già espresso questo Ecc.mo TAR, che con la già ricordata ordinanza n. 1196/2001 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in ordine alle norme del d.lgs. n. 153/1999, che prevedono poteri di indirizzo in capo all'Autorità di vigilanza per contrasto con le norme costituzionali che tutelano l'autonomia privata e per violazione del principio di uguaglianza in ordine alla capacità delle persone. Le stesse censure

possono ripetersi per la norma dell'art. 11 della legge n. 448/2001 che, prevedendo un regolamento esecutivo attribuisce all'Autorità di vigilanza un potere di introdurre prescrizioni vincolanti per soggetti operanti su un piano dichiaratamente privatistico e, quindi, tenuti soltanto al rispetto della legge, quale fonte eteronoma e dello statuto, quale fonte autonoma di disciplina dell'attività delle ordinarie persone giuridiche di diritto privato. Basta ricordare, in proposito, l'unanime orientamento per cui l'autonomia delle persone giuridiche – di tutte le persone giuridiche, pubbliche e private – funge da limite, in quanto oggetto di riserva di legge, alla potestà regolamentare, tanto che si ritiene che neanche gli statuti degli enti pubblici possano essere derogati da un regolamento (da ultimo e riassuntivamente A. Quaranta, *La disciplina dei regolamenti amministrativi*, in Rivista della Guardia di finanza, n.1, 2000). Tanto più tale limite opera in relazione alla categoria dei regolamenti esecutivi di cui all'articolo 17, comma 3, della legge n.400/1988, alla quale appartiene il d.m. qui impugnato. Si tratta, infatti, di un tipo di regolamento che non può apportare alcuna innovazione alla disciplina, ma solo determinare modalità attuative della disciplina legislativa, e sempre a condizione che sussista la competenza dell'amministrazione sulla materia e che non si sia in presenza di una riserva di legge tale da esigere che l'intera disciplina della materia sia contenuta in legge. Si chiede, quindi, all'Ecc.mo TAR di valutare se nel caso in questione non ci si trovi di fronte ad una riserva di legge che non ammette il rinvio a norme secondarie e se, di conseguenza, l'art.11, comma 14 della legge n. 448/2001 non sia affetto da illegittimità costituzionale per violazione dei principi costituzionali in materia di riserva di legge.

Anche nel caso in cui si addivenisse alla conclusione della sussistenza di una riserva di legge cosiddetta relativa, che ammetterebbe dunque il rinvio ad una norma secondaria, vanno misurati con attenzione i limiti entro i quali tale fonte secondaria può operare: escludendo, ad esempio, tutti gli aspetti che incidono sulla capacità delle persone, come i requisiti e le incompatibilità; verificando che il regolamento non esorbits dai propri compiti, trattando materie già sufficientemente definiti dalla legge o rimesse allo Statuto (Consiglio Stato sez. VI, 14 luglio 1981 n. 417: “*La potestà' regolamentare, quando non venga esercitata in materia non disciplinata dalla legge, non può varcare i limiti della mera esecuzione ed integrazione del precetto legislativo, venendo a porre in essere norme con carattere innovativo dell'ordinamento*”; Corte dei Conti, delib. Sez. controllo Stato, 7 maggio 1998, n. 44; delib. Sez. controllo Stato, 1 giugno 1999, n. 37 e 7 giugno 1999, n. 51; delib. Sez. controllo Stato 10 maggio 1994, n. 37); che sussista effettivamente la necessità di ricorrere alla fonte regolamentare per introdurre determinazioni unitarie, cui non può giungersi o direttamente in applicazione della legge o con atti rimessi ai singoli soggetti coinvolti, secondo le condizioni poste con nettezza dalla giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale, sentenza 27 novembre 1998, n. 383). Tali limiti e condizioni non sono rispettati dal regolamento impugnato, come si vedrà nella successiva analitica indicazione dei vizi, e merita quindi di essere annullato.

E' lo stesso ricorso al regolamento quale strumento di attuazione e integrazione della disciplina privatistica e civilistica, dunque, ad assumere carattere eccezionale e ingiustificato e a dover comunque essere valutato con criteri di particolare rigore. Di tale rigore ha già dato prova il Consiglio di Stato che, in sede consultiva, ha indicato numerose modifiche da apportare allo schema originario di regolamento e ha segnalato, altresì, nelle forme che la sede consultiva rende possibili, dubbi e perplessità in ordine ai profili di costituzionalità della disciplina, profili che permangono anche in relazione al testo finale del regolamento adottato, come risulta dalle censure esposte di seguito.

3. Violazione degli articoli 2, 18, 41 e 118 della Costituzione in relazione alla determinazione vincolante dei settori ammessi e dell'obbligo di svolgere l'attività esclusivamente in essi. Violazione dei principi in materia di delegificazione. Incompetenza del ministero dell'economia e delle finanze.

Il d.lgs. n. 153/99 prevedeva, in attuazione della legge di delega, l'indicazione di alcuni settori rilevanti (ricerca scientifica, istruzione, arte, conservazione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali e dei beni ambientali, sanità, assistenza alle categorie sociali deboli) e rimetteva allo statuto della fondazione la libera individuazione dei settori di attività, con l'unico vincolo di comprendere almeno uno dei settori rilevanti.

Tale disciplina, ragionevole e rispettosa dell'autonomia della fondazione, è stata profondamente modificata e snaturata con l'art. 11 della legge n. 448/2001, che ha introdotto, invece, la categoria dei settori ammessi, aggiungendo a quelli originari settori del tutto spuri, quali, per fare solo qualche esempio, la religione e lo sviluppo spirituale, la prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica, l'edilizia popolare locale. La legge introduce un obbligo, palesemente incostituzionale, per la fondazione, di indirizzare *“la propria attività esclusivamente nei settori ammessi”* (art. 2 del d.lgs. n. 153/99, come modificato dall'art. 11 della legge n. 448/2001) e di scegliere fra questi, ogni 3 anni, tre settori rilevanti. Anche questa scelta è, peraltro, solo una finzione, in quanto le fondazioni sono tenute ad assicurare *“singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse”* e a dare *“preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale”*.

Le norme in questione violano gli articoli 2, 18 e 41 della Costituzione, in quanto comprimono in modo irragionevole e in misura sproporzionata, l'autonomia delle fondazioni, togliendo loro ogni margine di scelta in ordine ad un elemento fondamentale come lo scopo della fondazione. La norma interviene, infatti, sul delicato rapporto tra patrimonio e scopo che è proprio di ogni fondazione e lo eterodetermina, cancellando ogni spazio per l'autodeterminazione.

La norma in esame è, inoltre, in contrasto con l'art. 118, comma 4, della Costituzione che, come si è detto, impone ai pubblici poteri di favorire l'iniziativa privata singola e associata. La norma in esame impone, invece, del tutto illegittimamente, una inversione del rapporto di sussidiarietà, per cui le fondazioni sono obbligate a sussidiare l'intervento pubblico in settori che sono

tipicamente riservati, nel nostro ordinamento, ai pubblici poteri: basti pensare alla criminalità o alla sicurezza. Conferma di questa illegittima inversione del principio di sussidiarietà di trova, del resto, all'art. 11, comma 15, della legge n. 448/2001, ove l' "appropriazione" delle risorse delle fondazioni al bilancio pubblico è resa palese dall'obbligo, per il Ministro dell'economia e delle finanze di esporre, in apposito allegato alla Relazione previsionale e programmatica, *"l'ammontare delle risorse complessivamente attivate nei settori di cui all'articolo 1, comma 1 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153"*. Si prevede, inoltre, che delle risorse *"si tiene conto nella rideterminazione degli stanziamenti da iscrivere nei fondi"* previsti dalla legge finanziaria, di modo che risorse private vengono usate per diminuire lo stanziamento di risorse pubbliche.

La determinazione dei settori è, poi, in contrasto con le norme costituzionali sul riparto della potestà legislativa fra Stato e Regioni, in quanto indica fra i settori ammessi materie che sono attribuite alla potestà legislativa esclusiva delle regioni - si pensi all'assistenza, all'edilizia locale o all'agricoltura - o alla potestà legislativa concorrente - si pensi alla protezione civile, alla ricerca, ai beni culturali - di modo che la disciplina dell'attività in queste materie non appartiene alla potestà legislativa statale. La tutela degli interessi pubblici in queste materie è rimessa solo in parte allo Stato e certamente, fra le amministrazioni statali, non al Ministero dell'economia e delle finanze: non si comprende, dunque, perché sia attribuito a questa amministrazione il potere di vigilare sul rispetto della norma in materia di settori ammessi.

A ciò si aggiungono due ulteriori profili di illegittimità della norma per evidente irragionevolezza e per violazione dei principi in materia di delegificazione.

Si prevede, infatti, con un ultimo periodo aggiunto all'art. 1, comma 1, lett. c) bis del d.lgs. n. 153/99 come modificato dall'art. 11 della legge n. 448/2001, che *"i settori indicati possono essere modificati con regolamento dell'Autorità di vigilanza da emanare ai sensi dell'art.17, comma 3. della legge 23 agosto 1988, n.400"*. E' evidente l'irragionevolezza di una previsione che, per un verso, obbliga la fondazione a scegliere fra i settori per 3 anni e, per altro verso, consente all'amministrazione di modificare a suo piacere in ogni momento l'indicazione dei settori stessi. L'ambito complessivo di attività della fondazione diviene, così, permanentemente instabile, rimesso al capriccio dell'amministrazione che potrebbe continuamente porre nel nulla le scelte operate con gli statuti, costringendo la fondazione ad una continua modifica delle scelte operate e impedendo qualsiasi seria programmazione pluriennale dell'attività

Un condizionamento così stringente non è possibile, nel nostro ordinamento, neanche per gli enti pubblici sottoposti a penetranti poteri di vigilanza ed indirizzo, in quanto una volta che la "missione" o lo "scopo" dell'ente è stabilito dalla legge, l'amministrazione certo non può, con normazione secondaria, continuamente cambiare il contenuto e l'oggetto della missione e dello scopo: come si è già ricordato, gli statuti degli enti pubblici non possono, nel nostro ordinamento, essere derogati con regolamento. A maggior ragione tale condizionamento è del tutto illegittimo ove posto nei confronti di soggetti privati, la cui autonomia è tutelata dalla legge e dalla Costituzione e i cui fini e

campi di attività sono determinati con lo Statuto, quale atto costitutivo di autodeterminazione.

Del tutto illegittima è, peraltro, la previsione che la modifica dei settori possa avvenire non con legge, ma con un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988, e cioè neanche con un regolamento di delegificazione, per il quale sarebbe stata comunque necessaria l'indicazione di criteri e principi direttivi, ma con un tipo di regolamento che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel definire esecutivo della disciplina legislativa e che, quindi, per definizione, non potrebbe modificare e integrare la stessa disciplina ed assumere efficacia delegificante. Si attribuisce, inoltre, così, un potere di determinazione dei settori di attività ad un'amministrazione, come il ministero dell'economia e delle finanze, che non ha alcuna competenza in materia, in quanto i settori ricadono nella potestà legislativa o regolamentare di altre amministrazioni statali, di regioni ed enti locali, mentre la competenza del ministero dell'economia e delle finanze è limitata alla vigilanza sulla fondazione, ma non può certo estendersi, surrettiziamente, ad oggetti ed ambito che vanno ben al di là di tale vigilanza: il potere di vigilanza si esercita sulla corrispondenza dell'attività della fondazione alla legge, ma non può certo estendersi alla integrazione e addirittura alla modifica della legge stessa. E' appena il caso di ricordare, inoltre, che lo stesso potere di vigilanza sulla fondazione è attribuito al ministero dell'economia e delle finanze solo transitoriamente, essendo previsto che esso sia poi esercitato, a regime, dall'Autorità di vigilanza su tutti gli enti no-profit: si tratta quindi di un potere di vigilanza estraneo al corpo delle attribuzioni ordinarie e normali del ministero, che deve essere esercitato nei limiti previsti dalla legge e non essere esteso a materie e oggetti che gli sono comunque estranei.

4. Illegittimità dell'art. 2, comma 2 del d.m. n. 217/2002, oltre che per invalidità derivata, per violazione dell'art. 10 del d.lgs n. 153/1999.

La disciplina in materia di settori ammessi è ulteriormente specificata nel d.m. n. 217/2002, con norme che presentano propri vizi di legittimità.

Si prevede, infatti, all'art. 2, comma 2 del d.m. n. 217/2002, che la fondazione non possa modificare la scelta dei settori ammessi per almeno 3 anni "*salva autorizzazione dell'Autorità di vigilanza*". Tale potere di autorizzazione è attribuito direttamente dal regolamento e non trova, in palese violazione di legge, alcuna base giuridica né nella novella apportata con l'art. 11 della legge n. 448/2001, né nel testo del d.lgs. n. 153/99, che non ha subito modifiche quanto all'art. 10, relativo a "*Organi, finalità e modalità della vigilanza*", nel quale non si trova alcuna traccia e alcun riferimento ad un provvedimento di autorizzazione dell'Autorità di vigilanza relativamente alla scelta dei settori (Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 1993, n. 24: "*ogni provvedimento deve essere espressione di un potere riconosciuto alla pubblica amministrazione da una norma specifica*"). Lo stesso potere di approvazione delle modifiche statutarie, al quale potrebbe, a voler tutto concedere, essere ricondotta la norma che subordina l'efficacia delle delibere della fondazione all'assenso dell'Autorità di vigilanza, è un potere appunto di approvazione, a discrezionalità fortemente limitata, da esercitarsi mediante un

procedimento tipizzato e direttamente previsto dalla legge, mentre il potere di autorizzazione di cui all'art. 2, comma 2 del d.m. 217/2002 non ha base legislativa, non è definito quanto ai criteri di esercizio della discrezionalità e non è definito quanto alle modalità procedurali. Si finisce, inoltre, così, per sottoporre un soggetto privato ad una sorta di controllo preventivo di legittimità che è stato ormai cancellato, nel nostro ordinamento, per la generalità degli enti pubblici, di modo che questi ultimi finiscono per godere di un regime di autonomia e di libertà maggiore di quello concesso ad una fondazione di diritto privato. L'autonomia del potere di autorizzazione introdotto *ex novo* dal regolamento rispetto all'ordinaria procedura di approvazione dello Statuto è del resto dimostrata dalla previsione dello stesso art. 2, comma 2, per la quale "*restano ferme le procedure di modifica statutaria*".

Parimenti illegittima è la norma che, relativamente alle delibere di individuazione dei settori rilevanti, prevede un giudizio di conformità non solo rispetto alla legge, ma anche rispetto al regolamento, con la conseguenza che un atto privato di autodeterminazione, come lo statuto della fondazione, sarebbe sottoposto ad una disciplina di rango secondario, quale quella posta dal d.m. n. 217/2002. La vigilanza si trasformerebbe così in tutela, facendo della fondazione una sorta di ente pubblico strumentale, il che è sicuramente in contrasto con la qualificazione formale e sostanziale della fondazione come soggetto privato.

5. Illegittimità dell'art. 2, commi 3 e 4 del d.m. n. 217/2002, oltre che per invalidità derivata, per violazione dell'art. 8, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 153/1999 e per violazione del principio di legalità, del principio di competenza e del principio di proporzionalità

Ancora, parimenti illegittime sono le disposizioni dell'art. 2, comma 3 e comma 4, del d.m. n. 217/2002, in relazione alle destinazioni obbligatorie, per contrasto con la norma primaria di cui all'art.8, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 153/99. Mentre la norma primaria prevede, infatti, dopo le destinazioni obbligatorie, la possibilità di procedere a riserve facoltative, la disciplina dettata dal regolamento dispone in ordine all'intero reddito disponibile, rendendo impossibili le riserve facoltative. E' evidente l'illegittimità di una disposizione regolamentare che precluderebbe l'applicazione di una norma legislativa e che impone solo obblighi, senza lasciare alcuno spazio per le determinazioni autonome della fondazione.

Ugualmente illegittima è la norma regolamentare (cfr. art. 2, comma 4) che attribuisce all'Autorità il potere di segnalare "*i settori ammessi nei quali è meno presente l'attività complessiva delle fondazioni al fine di richiamare l'attenzione delle fondazioni nella scelta della destinazione del reddito di cui al presente comma e al fine di assicurare un'equilibrata cura dei settori ammessi nel quadro dell'attività complessiva delle fondazioni*". E' evidente, infatti, che tale potere di segnalazione, attribuito alla stessa Autorità di vigilanza titolare del controllo di conformità sulle scelte della fondazione in ordine ai settori di attività, ha solo la forma del potere di segnalazione, ma assume la sostanza di un potere di indirizzo, in quanto la fondazione non sarà libera di prestare o meno "attenzione" alle segnalazioni

della stessa Autorità che dispone del potere di approvare e autorizzare le scelte in materia di settori di attività. La disposizione in questione è quindi illegittima, in primo luogo, per violazione del principio di legalità, in quanto nessuna norma primaria prevede tale potere di segnalazione. Essa è illegittima, poi, per violazione del principio di competenza e del principio di proporzionalità, in quanto il potere di segnalazione dovrebbe essere finalizzato "*all'equilibrata cura dei settori ammessi*": ma la cura dei settori ammessi, specie dopo l'ampliamento dei settori operato con l'art. 11 della legge n. 448/2002, non spetta solo allo Stato e, certamente, all'interno dell'organizzazione statale, non spetta al ministero dell'economia e delle finanze e non possono dunque attribuirsi al ministero dell'economia e delle finanze poteri in ordine alla cura di interessi dei quali esso non è titolare. Lo stesso riferimento all' "*attività complessiva delle fondazioni*" sembra del resto ultroneo e viziato, in quanto ciascuna fondazione costituisce un soggetto privato libero e autonomo, la cui attività va considerata di per sé e con esclusivo riferimento al rispetto della legge e non in una sorta di programmazione generale e complessiva che sarebbe con ogni evidenza lesiva di quella libertà e di quell'autonomia.

6. Illegittimità dell'art. 3 e dell'art. 4, comma 2 del d.m. n. 217/2002, oltre che per invalidità derivata, per violazione degli articoli 2 e 18 della Costituzione e per violazione del principio di legalità e del principio di autonomia delle fondazioni di origine bancaria

Una forte compressione e una grave lesione dell'autonomia privata della fondazione deriva anche dalle disposizioni in materia di composizione degli organi di indirizzo. Mentre le disposizioni previgenti disegnavano un quadro di regole e principi all'interno del quale la fondazione poteva, con lo Statuto, costruire il proprio assetto organizzativo, configurandolo nel modo più adeguato ed idoneo alle sue esigenze, la nuova disciplina contiene prescrizioni così precise, minute e puntuali da non lasciare alcuno spazio all'autodeterminazione statutaria ed è, quindi, per ciò solo affetta da incostituzionalità per violazione degli articoli 2 e 18 della Costituzione.

Particolarmente intrusiva è la norma dell'art. 3, comma 2 del d.m. n. 217/2002, con la quale si obbliga lo Statuto a distribuire i poteri di designazione in modo da "*riflettere il territorio*". Si riduce così ulteriormente il già esiguo spazio lasciato allo Statuto e si amplia enormemente, di converso, il potere discrezionale di controllo dell'Autorità di vigilanza, che in sede di approvazione degli Statuti potrà utilizzare una formula così generica come "*riflettere il territorio*" per imporre e sovrapporre le proprie scelte e preferenze su quelle della fondazione.

Il regolamento impone, poi, alla fondazione di assicurare "*la presenza di una pluralità di enti designanti, al fine di garantire l'equilibrio nella composizione dell'organo*" (art. 4, comma 2), andando ben oltre, quindi, la previsione prima vigente, che indicava genericamente e non specificamente, come accade ora, le categorie di soggetti designanti e si limitava a prevedere che nessun soggetto potesse designare la maggioranza di membri. Si impone, ora, invece, un "equilibrio" fra soggetti designanti che non è necessariamente nell'interesse della fondazione e che, ancora una volta, questa subisce come un obbligo che limita la sua libera

scelta, quasi che si trattasse di un ente pubblico, la cui struttura è finalizzata alla tutela di interessi pubblici, e non di un soggetto privato, capace di autodeterminazione.

La previsione di un obbligato "equilibrio" fra le componenti ha, di nuovo, anche l'effetto chiaramente lesivo e illegittimo di ampliare ancora il potere di controllo dell'Autorità di vigilanza in sede di approvazione degli Statuti, e di consentirle di conformare a suo piacimento quelle che dovrebbero essere libere scelte della fondazione.

La disciplina prevede, inoltre, due ulteriori divieti del tutto illegittimi e ingiustificati: non è consentita la cooptazione per la formazione dell'organo di indirizzo e non è consentita la richiesta di rose di nomi agli enti designanti. Ciascuno degli obblighi e dei divieti sinora elencati è illegittimo di per sé, ma la lesione all'autonomia della fondazione risulta anche con chiarezza dal complesso dei limiti e dei vincoli posti, che finisce per comprimere drasticamente l'autonomia della fondazione. Non si comprende infatti, a questo punto, quale sia lo spazio che residua allo Statuto in materia di organi: invece che come atto di autodeterminazione esso è conformato come un provvedimento esecutivo e ricognitivo di scelte fatte altrove e, di conseguenza, il potere di approvazione attribuito all'Autorità trasmuta da potere di vigilanza in vero e proprio potere di tutela, divenendo assai più penetrante e discrezionale di quanto non avvenisse con la disciplina precedente.

7. Illegittimità dell'art. 5 del d.m. n. 217/2002, oltre che per invalidità derivata, per eccesso di potere per irragionevolezza, per violazione del principio di proporzionalità e per violazione di legge

Anche le norme in materia di incompatibilità presentano numerosi profili di illegittimità costituzionale, che rifluiscono sulle norme regolamentari.

In primo luogo, l'incompatibilità dei componenti degli organi della fondazione viene estesa dalla società bancaria conferitaria ad "*altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo, ad eccezione di quelle, non operanti nei confronti del pubblico, di limitato rilievo economico o patrimoniale*" (art. 11, comma 7, della legge n. 448/2001 e art. 5 del d.m. n. 217/2002). Questa estensione comporta una limitazione delle capacità delle persone irragionevole e arbitraria, che si configura come del tutto eccezionale, dato che non esiste nell'ordinamento alcun divieto di essere amministratore di più banche, o di più assicurazioni, o, comunque, di più società operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo.

La misura dell'incompatibilità è, inoltre, misura del tutto sproporzionata rispetto al presumibile obiettivo di evitare interferenze rispetto alle società, in quanto tale fine può ben essere realizzato, con minor sacrificio dei privati e maggiore adeguatezza dello strumento, mediante il ricorso alle ordinarie e vigenti regole in materia di conflitto d'interessi.

Ancora più irragionevole è la disciplina dei limiti posti ai soggetti designanti e ai componenti dell'organo di indirizzo dall'art. 11 della legge n. 448/2001 e dall'art.5, comma 2 del d.m. n. 217/2002. Tali soggetti, infatti, "*non devono essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni*". Il

regolamento fornisce, di questa formula già incerta, una esplicitazione che aggrava, invece di chiarire, l'oscurità e l'incomprensibilità della regola, in quanto stabilisce che *"I soggetti indicati nel periodo precedente si considerano portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi nel caso in cui siano essi stessi destinatari di interventi della fondazione rilevanti prolungati nel tempo, ovvero ricoprano un ruolo di particolare evidenza nell'ambito dell'organizzazione destinataria e ne rappresentino in concreto gli interessi"*. Non è chiaro, in primo luogo, se ci si riferisca a soggetti persone giuridiche o a soggetti persone fisiche, perché certo solo a queste ultime può riferirsi il ruolo di particolare evidenza nell'organizzazione. Non è chiaro, in secondo luogo, se il soggetto debba al tempo stesso ricoprire un ruolo di particolare evidenza nell'organizzazione e rappresentarne in concreto gli interessi, o se sia sufficiente, ai fini dell'applicazione del divieto, il verificarsi di una sola fra le due condizioni. Né si può discernere, in terzo luogo, dalla formulazione della norma, cosa debba intendersi per rilevanza degli interventi e in relazione a quale parametro vada misurata la rilevanza. Per fare solo qualche esempio, la rilevanza dell'intervento potrebbe essere misurata rispetto alla dimensione complessiva degli interventi della fondazione, oppure rispetto al bilancio complessivo del soggetto destinatario del finanziamento, oppure comparativamente alla dimensione dei finanziamenti destinati ad altri soggetti: ma come può la fondazione orientarsi rispetto ad una regola così incerta, senza incorrere in eventuali violazioni?

Si tratta, quindi, di una regola incerta e contraddittoria, in quanto tale immediatamente lesiva, che non ha copertura legislativa e quindi viola la riserva di legge in materia di requisiti e incompatibilità delle persone, ed è peraltro affetta da eccesso di potere per contraddittorietà e irragionevolezza. In quanto collega un divieto e una limitazione della capacità delle persone a criteri elastici e indeterminati e non chiaramente definiti e intelligibili. A ciò si aggiunga che la regola sembra applicarsi ad ogni soggetto che operi nei settori rilevanti scelti dalla fondazione, con la conseguenza non secondaria per cui la modifica dei settori rilevanti - magari resa obbligatoria dalla unilaterale modifica dei settori ammessi da parte dell'Autorità di vigilanza, prevista, come si è detto, dall'art. 11 della legge n. 448/2001 - potrebbe rendere illegittime designazioni già fatte e comunque mutare continuamente la platea dei soggetti ai quali è fatto divieto di designare, esponendo gli organi di indirizzo della fondazione ad una permanente instabilità.

Il divieto è, poi, del tutto sproporzionato, essendo sufficienti le normali regole in materia di conflitto d'interesse a raggiungere lo scopo di evitare condizionamenti nell'attività della fondazione e si pone, per altro verso, in contrasto con l'art. 3, comma 1 dello stesso d.m. n. 217/2002, oltre che con le disposizioni della legge e dello Statuto che escludono comunque la possibilità di configurare un rapporto di rappresentanza di interessi fra enti designanti e membri designati, sulle quali si tornerà in un successivo motivo di gravame.

Illegittima per violazione di legge, per irragionevolezza e per eccesso di potere è, infine, la disposizione dell'art. 3, comma 5 del d.m. n. 217/2002, con la quale si impone *"il rispetto delle incompatibilità indicate negli Atti di indirizzo dell'Autorità di*

vigilanza". La disposizione non ha, infatti, alcuna base normativa, neanche nell'art. 11 della legge n. 448/2001 e richiama un Atto di indirizzo, in ordine al quale è già stata sollevata, da questo TAR, la questione di legittimità costituzionale con ordinanza n. 1196/2001, in quanto non si può ammettere che si pongano con fonte secondaria limiti e divieti alla capacità delle persone, determinando requisiti e stabilendo incompatibilità.

8. Illegittimità dell'art. 6 del d.m. n. 217/2002 per violazione di legge, irragionevole compressione dell'autonomia della fondazione e incompetenza del ministero dell'economia e delle finanze.

Le disposizioni in materia di patrimonio di cui all'art. 6 del d.m. n. 217/2002 sono direttamente lesive dell'autonomia della fondazione, per contraddittorietà e irragionevolezza, oltre che per violazione di legge e incompetenza. La fondazione viene obbligata, infatti, da una parte a rispettare il criterio dell'adeguata redditività, che discende direttamente dalla legge (art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 153/1999) e, dall'altra a rispettare una serie di vincoli che si pongono direttamente in contrasto con il perseguimento della redditività. L'art. 6, comma 1 del d.m. impugnato stabilisce, infatti, che *"le fondazioni investono il proprio patrimonio in attività coerenti con la loro natura di enti senza fini di lucro che operano secondo principi di trasparenza e moralità"*. Ora, tale norma non può che intendersi data inutilmente, in quanto ricognitiva di un obbligo che discende direttamente, e con ben maggior forza, dalla legge e dallo Statuto, in quanto da essa non può certo discendere un limite alla fondazione di assicurare, con tutte le attività che la legge consente, la conservazione del patrimonio e l'adeguata redditività. Ove, invece, dalla norma volesse far discendere un limite ulteriore all'attività della fondazione – e, peggio, si desse per implicito un potere di controllo dell'amministrazione sull'attività di investimento del patrimonio – tale limite violerebbe la riserva di legge e l'autonomia statutaria e non potrebbe certo essere assunto a parametro di valutazione dell'attività della fondazione.

Sicuramente illegittima è la disposizione di cui all'art. 6, comma 2 dell'impugnato d.m., che introduce surrettiziamente fra le finalità istituzionali della fondazione lo *"sviluppo del territorio"*. Anche se la disposizione mantiene fermo – né avrebbe potuto fare altrimenti – il criterio dell'adeguata redditività fissato dalla legge, il riferimento allo *"sviluppo del territorio"* è censurabile, oltre che per l'estrema genericità, per non avere alcuna base normativa, in quanto le finalità istituzionali della fondazione sono stabilite dalla legge, che prevede che le fondazioni *"perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti"* (art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 153/2001). Lo *"sviluppo del territorio"* non rientra, dunque, fra le finalità istituzionali della fondazione, se non per la parte per cui essa liberamente decida di inserirlo nello Statuto, ma certo non può esserle imposto con un obbligo a investire una quota del patrimonio, derivante da una disposizione di rango secondario che è per questo profilo affetta dal vizio di violazione di legge, non sussistendo alcun potere legislativamente attribuito all'amministrazione di indirizzare e determinare la destinazione del patrimonio della fondazione. A ciò si aggiunge che l'amministrazione che emana il

regolamento, e cioè il Ministero dell'economia e delle finanze, certo non è titolare della tutela degli interessi pubblici afferenti allo sviluppo del territorio, in quanto tale tutela è in larghissima misura attribuita alle regioni ed agli enti locali e comunque ad altre amministrazioni statali, di modo che il ministero dell'economia e delle finanze non dispone della competenza in ordine all'oggetto "sviluppo del territorio", sul quale la disposizione regolamentare interviene. Né la competenza ordinaria del ministero dell'economia e delle finanze può essere estesa ad oggetti che le sono estranei e sono attribuiti ad altri soggetti in virtù di una estensione, che sarebbe del tutto illegittima, della nozione di vigilanza sulla fondazione: tale vigilanza ha limiti precisamente determinati dalla legge e, come si è già ricordato, è attribuita al ministero dell'economia e delle finanze solo provvisoriamente, mentre spetterà a regime all'apposita Autorità indipendente di vigilanza sugli enti no-profit.

9. Illegittimità dell'art. 7 del d.m. n. 217/2002, oltre che per invalidità derivata, per violazione del principio di legalità. Eccesso di potere per irragionevolezza e per violazione del principio di proporzionalità

Del tutto illegittime sono le disposizioni dell'art. 7 del d.m. n. 217/2002 in materia di partecipazioni bancarie di controllo, per contrasto con le norme legislative e, per altri versi, per illegittimità derivata dall'incostituzionalità di alcune disposizioni legislative.

La disciplina del controllo è, infatti, sia nella legge e ancor più nel regolamento, così indeterminata e generica da non consentire ad alcun soggetto di poter conoscere preventivamente le condizioni alle quali sussiste una situazione di controllo, la cui valutazione è rimessa ad un potere della Banca d'Italia, introdotto *ex novo* dal regolamento e privo di ogni regola o criterio di esercizio.

E infatti, il regolamento stabilisce, all'art. 7, comma 1, riprendendo la formula dell'art. 6, comma 5 *bis* del d.lgs. n. 153/99, come modificato dall'art. 11 della legge n. 448/2001, che: "*una società bancaria o capogruppo bancario si considera controllata da una fondazione anche quando il controllo, nelle forme indicate dall'articolo 6, commi 2 e 3 del decreto legislativo n. 153 o comunque sia esso determinato, faccia capo, direttamente o indirettamente, in qualunque modo, a più fondazioni, anche se queste non siano legate da accordi*". Il controllo si verificherebbe, dunque, sia nelle forme indicate dall'art. 6, sia "*comunque esso sia determinato*": ma tale formula è così generica e indeterminata da rendere incerto in radice l'assetto della banca partecipata e non consente al soggetto detentore della partecipazione di sapere quando e a quali condizioni sussiste una situazione di controllo. Ancora più generica è la previsione secondo la quale il controllo sussiste se fa capo "*direttamente o indirettamente*", in qualunque modo, a più fondazioni: l'indeterminatezza degli avverbi e delle locuzioni è tale da non consentire, anche qui, in alcun modo il riconoscimento e la consapevolezza preventiva delle condizioni in conseguenza delle quali sussiste il controllo. E' evidente l'irragionevolezza delle disposizioni in questione, che introducono una disciplina speciale del controllo rispetto a quella dettata dal codice civile, ma spingono tale "specialità" sino a rendere irricognoscibile l'istituto del controllo e a lasciare un enorme spazio di decisione all'autorità chiamata a verificarne la sussistenza.

Del tutto irrazionale è poi l'ultima parte dell'art. 7, comma 1, del d.m. n. 217/2002, in virtù della quale il controllo si verificherebbe anche quando fra più fondazioni, eventualmente titolari di partecipazioni in una banca, non sussistesse alcun accordo. Si apporterebbe, così, con norma secondaria, una profonda modifica all'istituto del controllo quale disciplinato dal codice civile, introducendo una sorta di controllo "oggettivo" e "passivo", che fa capo a soggetti i quali non hanno volontà (né consapevolezza) di controllare e non hanno stretto alcun accordo al fine di realizzare una situazione di controllo.

La stessa amministrazione si è probabilmente resa conto dell'assurdità e dell'irrazionalità di tali disposizioni, tanto che nel secondo comma dell'art. 7 ha introdotto un richiamo a forme di controllo ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 6 del d.lgs. n. 153/99, da individuarsi negli articoli 22 e 23 del TU bancario. Ma tale rimedio è forse peggiore del male, perché il richiamo al TU bancario è, per una parte, superfluo, in quanto già l'art. 6 del d.lgs. n. 153/99 prevede alcune situazioni di controllo identiche a quelle previste nel TU bancario e, per l'altra parte, illegittimo, perché non trova alcun fondamento legislativo e certo non spetta alla norma regolamentare ampliare o comunque modificare la disciplina del controllo dettata dalla legge.

L'art. 6 del d.lgs. n. 153/99, pur dopo la modifica dell'art. 11 della legge n.448/2001, non contiene infatti alcun richiamo agli articoli 22 e 23 del TU bancario, che vengono quindi richiamati solo e direttamente dal d.m. n. 217/2002, con norma evidentemente viziata per violazione di legge ed eccesso di potere. Persino a voler andare oltre le disposizioni dell'art. 6 del d.lgs. n. 153/99 e a voler estendere l'analisi a tutto il decreto legislativo, come modificato dall'art. 11 della legge n. 448/2001, l'unico riferimento, peraltro generico, al TU bancario si trova nelle disposizioni finali e transitorie, nell'art. 25, relativo alla "*Detenzione delle partecipazioni di controllo nel periodo transitorio*", al comma 1 *ter*, ove, con norma del tutto ricognitiva, si afferma che "*il Ministero dell'economia e delle finanze e la Banca d'Italia esercitano i poteri ad essi attribuiti dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*". Anche a prescindere dal fatto, pur assai rilevante, che l'art. 25 detta la disciplina del periodo transitorio, e quindi non è di utilità ai fini della determinazione del regime ordinario del controllo, il richiamo ai poteri del Ministro e della Banca d'Italia è del tutto generale e generico, senza alcuna specifica indicazione degli articoli 22 e 23 del TU bancario, che sono invece richiamati, senza alcuna ragione o base giuridica legittima, dal d.m. n. 217/2002. La collocazione della norma, quale comma 1 *ter*, successivo al comma 1 *bis* che disciplina l'affidamento della partecipazione della società bancaria conferitaria ad una s.g.r., fa inoltre presumere che il richiamo dei poteri del ministro del tesoro e della Banca d'Italia sia relativo appunto alle s.g.r. e non alla fondazione, anche perché in caso contrario sarebbe del tutto inconferente e irrazionale il richiamo del TU delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria. E del resto la norma relativa ai poteri del Ministro del tesoro e della Banca d'Italia è riprodotta, nel d.m. n. 217/2002,

proprio nell'art. 8 relativo all s.g.r. La norma regolamentare che richiama il TU bancario non ha quindi alcuna base normativa e illegittimamente introduce regole speciali ed eccezionali relativamente al controllo, che è istituto generale del codice civile, che non può conoscere, neanche ad opera del legislatore, troppe configurazioni speciali, settore per settore, senza che sia violato il principio di uguaglianza fra soggetti privati.

A maggior ragione risulta evidente l'illegittimità dell'art.7, comma 3 del d.m. n. 217/2002, che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di individuare "*l'esistenza delle situazioni di controllo riconducibili alle fondazioni*" e le impone di comunicarle al ministero dell'economia e delle finanze, senza che di tale potere, privo comunque di ogni base in una specifica norma primaria, si indichino i criteri e le modalità di esercizio, di modo che la Banca d'Italia ben potrebbe individuare soglie anche bassissime di controllo, o decidere diversamente da caso a caso, fuori da ogni schema normativo e procedimentale del potere esercitato.

10. Illegittimità costituzionale dell'art. 25 del d.lgs. n. 153/99, per violazione degli articoli 2, 18, 41, 42 e 76 della Costituzione. Illegittimità dell'art. 25 del d.lgs. n. 153/99 per la violazione delle norme comunitarie in materia di libertà di circolazione dei capitali e in particolare dell'art.73, b), n. 1 del Trattato. Illegittimità dell'art. 8 del d.m. n. 217/2002, oltre che per invalidità derivata, per eccesso di potere per irragionevolezza e per sviamento

La disciplina della partecipazione di controllo detenuta dalla fondazione nella società bancaria conferitaria presenta numerosi profili di illegittimità, elencati di seguito.

Il regolamento dispone che la partecipazione di controllo deve essere dismessa entro il 15 giugno 2003 o, alternativamente, essere affidata ad una s.g.r..

L'obbligo di dismissione della partecipazione è illegittimo per vizio proprio di irragionevolezza e di sviamento di potere e per vizi derivati dalla illegittimità costituzionale delle norme primarie cui dà attuazione.

Quanto al vizio proprio, è evidente che il termine del 15 giugno 2003 è irragionevolmente breve, se si tiene conto che lo stesso regolamento obbliga le fondazioni a rivedere gli statuti nei prossimi mesi e impone la decadenza degli organi ora in carica e la ricostituzione degli organi a seguito dell'approvazione dei nuovi statuti. Da un lato, dunque, la fondazione viene privata del suo atto costitutivo e dei suoi organi di indirizzo e di amministrazione, e dall'altro le si impone di procedere, nello stesso periodo, ad una decisione fondamentale ed essenziale come la dismissione della partecipazione di controllo nella banca. Tale decisione richiede, come è ovvio, che gli organi di indirizzo e di amministrazione siano stabili e pienamente operativi, ma è lo stesso regolamento ad impedire tale stabilità e piena operatività, peraltro stabilendo che sino all'entrata in vigore dei nuovi organi di governo, gli organi ora in carica limitano la propria attività all'ordinaria amministrazione. Poiché il procedimento di dismissione della partecipazione di controllo è sicuramente un'operazione lunga e complessa, e altrettanto sicuramente non rientra

nell'ordinaria amministrazione, è evidente che diviene impossibile rispettare il termine del 15 giugno 2003.

Tale impossibilità è del resto il fine vero ed effettivo perseguito dall'amministrazione con l'art. 8, comma 1 del d.m. n. 217/2002, che si rivela affetto, per questo profilo, dal vizio di sviamento di potere, in quanto l'indicazione di un termine così ristretto contestualmente all'obbligo di revisione degli statuti e di rinnovo degli organi dimostra che l'obiettivo dell'amministrazione non è di fornire alla fondazione l'alternativa fra dismissione e affidamento alla s.g.r., ma di rendere obbligatoria questa seconda alternativa, rendendo impossibile la prima. Il vizio di sviamento di potere è tanto più evidente ove si guardi all'art. 8, comma 2 del d.m. n. 217/2002, ove si stabilisce che "*la decisione di affidare la partecipazione alla s.g.r. affidataria è assunta non più tardi del mese di marzo 2003 al fine del perfezionamento dell'operazione entro e non oltre il 15 giugno 2003*", a riprova del fatto che l'alternativa fra dismissione e affidamento è solo virtuale, dovendo la fondazione decidere di procedere all'affidamento prima che sia completamente trascorso il termine stabilito per la dismissione. Non è possibile discernere, peraltro, alcuna ragione giustificatrice dell'obbligo di affidamento della partecipazione di controllo nella banca conferitaria ad una s.g.r.. Non si dice, infatti, perché la s.g.r. dovrebbe essere più efficiente del privato proprietario nella gestione della partecipazione, mentre è evidente che con l'affidamento della partecipazione aumentano, per il privato proprietario, i costi di agenzia senza nessuna giustificazione e nessun vantaggio corrispettivo.

Lo stesso obbligo di dismissione presenta, peraltro, oltre ai vizi già esaminati, ulteriori profili di illegittimità derivati dalla illegittimità delle norme legislative da cui esso deriva e, in particolare, dell'art. 25 del d.lgs. n. 153/99, resi ancora più gravi dalle modifiche apportate con l'art. 11 della legge n. 448/2001. L'obbligo di dismissione è stato infatti introdotto originariamente dal d.lgs. n. 153/99 in assenza di una specifica disposizione della legge di delega, con la quale si erano previsti incentivi per le dismissioni, ma non si era imposto alcun obbligo alla fondazione. Il d.lgs. n. 153/99 ha introdotto, invece, l'obbligo di dismissione traendo spunto dalla previsione, questa sì contenuta nella legge di delega, che le fondazioni potessero esercitare imprese direttamente strumentali ai fini statutari esclusivamente nei settori rilevanti. Ma la legge di delega non prevedeva affatto come conseguenza di tale disposizione l'obbligo di dismissione della partecipazione di controllo, tanto che essa prevedeva espressamente la perdita di benefici fiscali a fronte del mantenimento del controllo: ipotesi, questa del mantenimento del controllo, che quindi veniva considerata dalla legge possibile e legittima, e sanzionata solo sul piano fiscale. Travalicando i limiti posti dalla legge di delega, il d.lgs. n. 153/99 ha invece imposto, peraltro in un articolo delle disposizioni finali e transitorie, l'obbligo di dismissione in un periodo massimo di 6 anni, scaduto il quale l'autorità di vigilanza provvede alla dismissione, sentita la fondazione e anche mediante apposito commissario.

L'illegittimità di tale disposizione, alla quale direttamente si riconnette l'art. 8, comma 1 del d.m. n. 217/2002, è stata più volte segnalata dalla dottrina e viene ora sottoposta all'attenzione di codesto Ecc.mo TAR, perché valuti sia la fondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma per violazione degli articoli 2, 18, 41, 42 e 76 della Costituzione, sia il contrasto della norma stessa con i principi del diritto comunitario, in particolare per violazione della libertà di circolazione dei capitali.

Il primo profilo di costituzionalità è relativo alla violazione dell'art. 76 della Costituzione per non avere il decreto delegato rispettato i principi della legge di delega e per essere intervenuto su materia non rimessa al legislatore delegato, introducendo un obbligo di dismissione che la legge di delega non prevedeva.

Il secondo profilo di costituzionalità è relativo alla violazione degli articoli 2, 18, 41 e 42 della Costituzione, con l'imposizione di un obbligo di dismissione ad enti già trasformati in soggetti di diritto privato. L'obbligo di cessione riguarda, infatti, nel d.lgs. n. 153/99, la fondazione che ha già adottato il proprio statuto, completando così il procedimento di trasformazione in soggetto che la stessa legge delega definisce e qualifica come "*persone giuridiche private come piena autonomia statutaria e gestionale*".

Si è verificata, così, una compressione dell'autonomia privata e del diritto di proprietà, imponendo una cessione coattiva della partecipazione di controllo ad un soggetto privato. Anche di recente è stato con forza sostenuto, del resto, nel dibattito scientifico e in Parlamento, che nel nostro ordinamento sarebbe incostituzionale qualsiasi previsione di obbligo di vendita coatta imposto ad un privato, che assumerebbe tutti i caratteri sostanziali dell'espropriazione - in assenza, peraltro, tanto del fine pubblico giustificativo, quanto delle forme necessarie di tutela e garanzia - e che la previsione dell'obbligo di dismissione provocherebbe un'alterazione del mercato, costringendo il privato a vendere al prezzo che il mercato impone sapendo che esiste un termine entro il quale la vendita diventa coatta.

Ben si sarebbe potuto, allora, nel d.lgs. n. 153/99, invertire i termini e subordinare la trasformazione della fondazione in soggetto privato alla dismissione: ma poichè così non ha fatto il legislatore, ha finito per imporre un obbligo di cessione che comprime in modo ingiustificato e irragionevole la libertà, l'autonomia e la proprietà di soggetti privati.

In dottrina sono stati tempestivamente segnalati i profili di costituzionalità della norma e l'unico tentativo di trovarle una giustificazione si basa sull'ipotesi che si tratti di una norma che stabilirebbe l'inidoneità delle fondazioni di diritto privato - tutte in generale e non solo quelle di derivazione bancaria - a detenere la partecipazione di controllo di società bancarie. Il fondamento di tale inidoneità dovrebbe trovarsi nel TU bancario (F. Merusi, *La nuova disciplina delle fondazioni bancarie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, n. 8, 1 ss.; *contra*, fra i molti, F. Belli, F. Mazzini, *Fondazioni bancarie*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Utet, Torino, 327 ss.). Ma questa ricostruzione, oltre a non risolvere il problema della irragionevolezza di un divieto così generalizzato, estende le disposizioni del TU bancario oltre ogni limite. Il TU bancario, all'art. 19, pone

limiti quantitativi all'assunzione di partecipazioni bancarie rilevanti o di controllo solo con riferimento a soggetti che *"svolgono in misura rilevante attività d'impresa in settori non bancari né finanziari"* e in ogni caso prevede l'accertamento caso per caso dell'idoneità: dedurre da questa norma una inidoneità generalizzata delle fondazioni a detenere partecipazioni di controllo delle banche va molto al di là della lettera e dello spirito della norma e costituirebbe, inoltre, (come riconosce la stessa dottrina che ha avanzato la tesi) un *unicum* nella disciplina comunitaria in un settore, come quello bancario, ampiamente armonizzato, in quanto tale divieto, discriminatorio nei confronti delle fondazioni, non si trova in nessun ordinamento di altri paesi dell'Unione europea.

La disciplina dell'obbligo di dismissione si pone in contrasto, sotto altro profilo, con la libertà di circolazione dei capitali, principio essenziale e libertà fondamentale nel diritto comunitario, sancita all'art.73, b), n.1 del Trattato. Tutte le limitazioni a tale libertà, alla quale è sicuramente riconducibile la detenzione di una partecipazione di controllo in una banca, devono essere, secondo la Corte di Giustizia, giustificate da motivi imperativi di interesse generale, idonee a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito e ridotte a quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo (v. da ultimo, fra molte, Corte di Giustizia, sentenza 4 giugno 2002, causa C-483/99: *"deroghe alla libera circolazione dei capitali sono compatibili con l'ordinamento comunitario se sono fondate su motivi imperativi di interesse pubblico, criteri oggettivi e trasparenti e proporzionate allo scopo perseguito. Le esigenze di interesse generale, in quanto possono giustificare restrizioni alla libera circolazione dei capitali, vanno interpretate in senso restrittivo, potendo essere invocate solo in caso di minaccia grave ed effettiva ad uno degli interessi fondamentali della collettività"*). Nel caso in esame, invece, l'obbligo di dismissione è sicuramente, come si è detto in precedenza, sproporzionato ed inidoneo per il raggiungimento dell'obiettivo e non trova fondamento in alcun motivo imperativo di interesse generale. Un obbligo di dismissione si può giustificare, infatti, in generale, perché finalizzato alla privatizzazione di enti o patrimoni pubblici: ma in tale ipotesi l'obbligo sarebbe imposto e graverebbe, appunto, su soggetti pubblici. L'obbligo di dismissione può essere invece imposto a soggetti privati, nel nostro ordinamento, solo nel caso in cui esso sia finalizzato a correggere o compensare la posizione dominante su un mercato di un soggetto privato rispetto ad altri, nell'ambito della c.d. disciplina antitrust, ma è evidente che nel caso della fondazione non ricorre alcuna fra le condizioni richieste per l'attivazione della disciplina antitrust, mancando presupposti essenziali come il mercato e l'attività di impresa.

La disciplina dell'obbligo di dismissione è stata, peraltro, ulteriormente e irragionevolmente inasprita dalla novella apportata con l'art. 11 della legge n. 448/2001, che ha drasticamente ridotto il periodo a disposizione della fondazione per procedere alla dismissione. Il termine originario previsto nel d.lgs. n. 153/99 era infatti di 6 anni e scadeva nel 2005; la novella legislativa lo ha accorciato di due anni, portandolo al 2003. Risultano violati, di conseguenza, sotto il profilo della ragionevolezza della disposizione, anche gli affidamenti e le

aspettative che la fondazione aveva legittimamente maturato in ordine al termine ultimo per la dismissione e in relazione al quale aveva predisposto l'attività necessaria e gli opportuni progetti, che vengono invece illegittimamente e unilateralmente posti nel nulla.

11. Illegittimità dell'art. 8, comma 5 del d.m. n. 217/2002, oltre che per invalidità derivata, per eccesso di potere per irragionevolezza e per disparità di trattamento. Violazione di legge e natura discriminatoria della misura, in contrasto con i principi del diritto comunitario

Illegittimo per violazione di legge, irragionevolezza ed eccesso di potere per disparità di trattamento è l'art. 8, comma 5 del d.m. n. 217/2002, con il quale si impone alla fondazione di scegliere la s.g.r. a cui affidare la partecipazione di controllo della società bancaria conferitaria "secondo procedure competitive nel rispetto dei principi di pubblicità e di parità concorrenziale e, per le fondazioni i cui organi siano formati secondo quanto disposto dall'articolo 3, comma 1, secondo la normativa comunitaria sugli appalti pubblici di servizi".

Si crea così, infatti, una disparità di trattamento fra le fondazioni di origine associativa, cui viene imposto di ricorrere a *procedure competitive nel rispetto dei principi di pubblicità e di parità concorrenziale* e altre fondazioni, fra le quali la Fondazione Monte dei Paschi di Siena, alle quali viene imposto il rispetto della normativa comunitaria degli appalti pubblici di servizi. Questa difesa non ignora che la questione è stata affrontata, e risolta nel senso dell'applicazione della disciplina comunitaria degli appalti pubblici di servizi dal Consiglio di Stato, nell'ambito del parere reso sullo schema di regolamento, ma non si può fare a meno di notare come tale indicazione sia in contrasto con la prevalente giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato in materia. Il richiamo della disciplina comunitaria in materia di appalti di servizi viene fondato, infatti, sulla natura di organismo di diritto pubblico che assumerebbe la fondazione di origine non associativa. Ora, poiché l'unica vera differenza fra le fondazioni di origine non associativa e le fondazioni di origine associativa è relativa alla diversa composizione degli organi di indirizzo della fondazione, è evidente che la qualificazione delle fondazioni di origine non associativa quali organismo di diritto pubblico si fonda sulla prevalenza, nel loro organo di indirizzo, di "rappresentanti" nominati da enti pubblici.

Ma questa condizione non è assolutamente utile a qualificare le fondazioni di origine non associativa come organismo di diritto pubblico per due diversi ordini di ragioni, attinenti, rispettivamente, alla natura del rapporto di rappresentanza che si realizza fra i componenti dell'organo di indirizzo della fondazione e l'ente che li ha designati e, in secondo luogo, agli specifici elementi richiesti dalla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico.

E' del tutto pacifico, in dottrina come in giurisprudenza, che il rapporto tra membro nominato ed ente pubblico nominante non è un rapporto giuridico di rappresentanza, perché la nomina è fatta nell'interesse della fondazione e non nell'interesse del nominante, come espressamente statuisce, del resto, l'art.4, comma 2 del d.lgs. n. 153/99: "*i componenti dell'organo di indirizzo non rappresentano i soggetti esterni che li hanno nominati né ad essi rispondono*". E nello stesso senso si è

espressa proprio l'Autorità di vigilanza, che nell'Atto di indirizzo del Ministro 5 agosto 1999 ha stabilito che nell'ordinamento delle fondazioni non si verifica la situazione della rappresentanza *"nel senso che gli enti designatori concorrono alla formazione dell'organo di indirizzo presso l'ente designato, ma le persone interessate non 'rappresentano' i soggetti esterni che le hanno prescelte né ad essi rispondono. Se è così, la nomina da parte di soggetti pubblici sarebbe compatibile anche con la disciplina delle fondazioni di diritto privato, le quali possono prevedere nei loro statuti i più disparati criteri per individuare i propri amministratori, ivi compresa la nomina da parte di soggetti di diritto pubblico, i cui poteri di ingerenza sulla fondazione si arrestano e si esauriscono, giuridicamente, al e con l'atto di nomina"*. Univoca in questo senso è anche la giurisprudenza amministrativa, che ha ripetutamente annullato provvedimenti di revoca di nomina da parte di enti locali proprio perché non sussistendo alcun rapporto di rappresentanza e alcun vincolo di mandato, non sussistevano in capo al nominante il potere di revoca (T.A.R. Toscana, sez. I, 21 giugno 1995, n. 343: *"I membri della deputazione amministratrice del Monte dei paschi di Siena non sono qualificabili come rappresentanti degli enti nominati in senso tecnico-giuridico, con la conseguenza che, una volta nominati ed effettivamente insediati nell'esercizio delle funzioni collegiali, gli stessi operano secondo l'ordinamento positivo nell'esclusivo interesse del Monte, mediante il contemperamento delle esigenze tecniche e della efficienza di gestione, pertanto, non sussiste in capo al comune di Siena alcun potere di revoca dei componenti della detta deputazione"*; T.A.R. Piemonte, sez. II, 21 novembre 1995, n. 616: *"Il potere di revoca dei rappresentanti del Comune presso enti, aziende ed istituzioni, genericamente attribuito al sindaco dall'art. 36 comma 5 l. 8 giugno 1990 n. 142, come modificato dall'art. 13 l. 25 marzo 1993 n. 81, sussiste solo quando il nominato sia chiamato a rappresentare l'autorità emanante in rapporto al nesso di strumentalità esistente tra il Comune e l'ente in cui la nomina ha effetto; pertanto, deve escludersi la sussistenza, in capo al sindaco del comune di Torino, del potere di revoca dei due consiglieri nominati nel Consiglio di amministrazione della fondazione bancaria "Compagnia di S. Paolo" di Torino, attesa l'inconfigurabilità di un rapporto di natura strumentale tra il detto Comune e la fondazione bancaria e l'inesistenza, nello statuto di quest'ultima, di un'espressa attribuzione di potestà in tal senso al detto ente locale"*, confermate in appello da Consiglio di Stato).

La debolezza dell'argomentazione che distingue fra fondazioni di origine associativa e fondazioni di origine non associativa in ragione della composizione degli organi di indirizzo, creando così una ingiustificata e illegittima disparità di trattamento era del resto presente anche al Consiglio di Stato, tanto che nel già citato parere sullo schema di regolamento si legge *"certo, per esigenza di uniformità, gli statuti potrebbero estendere l'obbligo del rispetto delle procedure comunitarie anche alle fondazioni di origine associativa, ma questo dovrebbe essere il risultato di una autonoma scelta in assenza di una apposita disposizione di rango legislativo"*.

Ma allora non si comprende perché si dovrebbe riconoscere allo Statuto delle fondazioni di origine associativa un'autonomia maggiore rispetto allo Statuto delle altre fondazioni, quasi che si trattasse di persone giuridiche appartenenti a tipologie diverse, soprattutto se si tiene conto del fatto che, come lo stesso Consiglio di Stato ha sancito con proprie sentenze, fra enti pubblici nominanti e soggetti nominati non intercorre un rapporto di rappresentanza di interessi.

Non si realizza, quindi, la condizione richiesta in diritto comunitario per riconoscere la qualifica di organismo di diritto pubblico, che si basa, come è noto, sulla coesistenza necessaria di 3 elementi: la personalità giuridica, la finalità d'interesse generale non avente carattere industriale o commerciale, l'attività finanziata in modo maggioritario da soggetti pubblici, o la sottoposizione della gestione al controllo degli enti pubblici o la presenza di organi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti almeno per la metà da componenti designati da soggetti pubblici. E' evidente che la presenza pubblica, o tramite il finanziamento o tramite la nomina degli organi, deve avere l'effetto di condizionare incisivamente e significativamente la gestione dell'organismo di diritto pubblico.

E' pacifico del resto che i criteri comunitari sono criteri sostanziali e nel caso qui rilevante, il riferimento alla presenza maggioritaria negli organi di indirizzo di componenti nominati da enti pubblici vale ai fini della qualificazione di organismo di diritto pubblico ove tale presenza sia effettivamente in grado di realizzare la dominanza e l'ingerenza del soggetto pubblico e gli consenta di incidere decisamente sulle scelte fondamentali dell'ente. Queste condizioni, per la fondazione bancaria, non solo non si verificano in fatto, ma sono in principio precluse proprio dalle disposizioni della legge e, a maggior ragione, dalle disposizioni dello Statuto che non consentono alcun rapporto di rappresentanza di interessi fra nominante e nominato. L'ente pubblico nominante non esercita, dunque, alcuna dominanza o ingerenza nelle decisioni della fondazione, anche perché non dispone di alcun potere di indirizzo, ordine o revoca nei confronti del nominato, come risulta anche dalla giurisprudenza amministrativa prima citata.

A titolo di mero tuziorismo si osserva, inoltre, che ove si accedesse alla qualificazione della fondazione come organismo di diritto pubblico in ragione della mera prevalenza numerica di componenti designati da enti pubblici nell'organo di indirizzo, tale qualificazione sarebbe valsa per molte fondazioni anche prima dell'art. 11 della legge n. 448/2001 (che peraltro non ha modificato la norma che vieta la rappresentanza di interessi), in quanto anche le designazioni non attribuite ad enti locali erano prima spesso attribuite ad enti pubblici, quali università, enti di ricerca, camere di commercio e lo stesso Stato. Ma che da tale situazione non derivasse e non potesse derivare una qualificazione pubblicistica della fondazione risulta con nettezza anche dall'ordinanza di questo Ecc.mo TAR, che ha sollevato dubbi di costituzionalità sui poteri di controllo e di indirizzo nei confronti di soggetti definiti privati come le fondazioni: soggetti in quanto tali sicuramente esclusi dall'applicazione della disciplina comunitari in materia di appalti di servizi.

La disciplina comunitaria in materia di appalti di servizi, e quindi il ricorso ad una gara europea è, inoltre, comunque inapplicabile nel caso in esame, perché la s.g.r è una società per azioni di diritto speciale inventata dal legislatore italiano, tanto che è previsto un apposito regolamento che ne detti la disciplina, regolamento che non ha ancora, a quanto si sa, visto la luce. Già la mancanza di questo regolamento rende difficile e incerta l'operatività delle s.g.r. e, per

converso, rende irragionevole l'obbligo di affidare la partecipazione di controllo nella banca entro il marzo 2003 ad un soggetto di cui si ignorano le caratteristiche operative e la cui disciplina potrebbe successivamente mutare, con l'intervento regolamentare.

Ma, ancora di più, non si comprende come sia possibile ricorrere ad una gara europea - quindi aperta a tutti gli operatori dei paesi dell'Unione europea - non essendo la s.g.r. un soggetto di diritto comune ai vari paesi dell'Unione europea, ma un soggetto speciale dell'ordinamento italiano. Allora, o la norma sulle s.g.r. è posta in violazione del principio di libertà di circolazione posto dal diritto comunitario, perché impedisce a soggetti di altri paesi di partecipare alla gara, in quanto solo soggetti italiani possono costituirsi in s.g.r., non essendo prevista questa figura negli altri ordinamenti. Oppure, si applica, come richiede il diritto comunitario, il criterio del mutuo riconoscimento e allora qualsiasi soggetto autorizzato, in qualsiasi paese dell'Unione europea, alla gestione stabile di patrimoni mobiliari può partecipare alla gara, anche senza assumere la forma di s.g.r. Questa soluzione sarebbe, al contrario di quella precedente, conforme al diritto comunitario, ma ove si accedesse ad essa non si comprende quale necessità vi sia di introdurre nell'ordinamento italiano un nuovo tipo di società di diritto speciale e, ancor di più, perché solo gli operatori italiani, anche se già autorizzati alla gestione stabile di patrimoni mobiliari, dovrebbero costituirsi in s.g.r. per partecipare alla gara, di modo che la misura finirebbe per configurare una discriminazione inversa, che penalizza gli operatori italiani rispetto agli altri operatori europei.

L'obbligo di ricorso alla s.g.r. è dunque affetto, oltre che dai ricordati vizi di illegittimità derivata per incostituzionalità delle norme primarie, da illegittimità per eccesso di potere e disparità di trattamento e configura una violazione dei principi del diritto comunitario, con particolare riferimento alla libertà di circolazione alla libertà di prestazione dei servizi.

12. Illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 14 della legge n. 448/2001, per violazione degli articoli 2, 18 e 41 della Costituzione. Illegittimità dell'art. art. 9, commi 3, 4 e 6 del d.m. n. 217/2002, oltre che per invalidità derivata per violazione di legge, eccesso di potere, violazione del principio di proporzionalità e irragionevolezza. Illegittimità dell'art. 9, comma 8, oltre che per invalidità derivata, per eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà

Le disposizioni dell'art. 11, comma 14 della legge n. 448/2001 sono gravemente lesive dell'autonomia della fondazione nella parte in cui fanno conseguire all'obbligo di revisione dello Statuto la decadenza degli organi in carica e limitano l'attività degli stessi organi all'ordinaria amministrazione e si possono per esse ribadire le censure di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 18 e 41 della Costituzione.

L'obbligata decadenza degli organi, oltre a comprimere oltre ogni ragione l'autonomia della fondazione, la espone ad un periodo di instabilità e di transizione proprio nei mesi in cui la fondazione stessa è obbligata, dalla legge, a prendere decisioni fondamentali in ordine alla propria attività, in ragione della

modifica dei settori rilevanti e alla nuova disciplina dell'obbligo di dimissioni o di affidamento della partecipazione di controllo nella banca conferitaria. La decadenza degli organi travolge, inoltre, i diritti quesiti dei componenti degli organi, che si sono sottoposti ad un regime rigoroso di incompatibilità e hanno acquisito legittimi affidamenti ed aspettative in ordine alla durata del mandato, che viene ora invece bruscamente troncata, senza alcuna ragione: tanto che anche il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di regolamento, aveva suggerito di consentire ai componenti degli organi di indirizzo in carica alla data di entrata in vigore della riforma di poter espletare il loro mandato fino alla scadenza che sarebbe stata naturale, proprio in ragione dei diritti quesiti e delle concrete aspettative maturate. L'assetto della fondazione viene invece così sottoposto ad un inutile e complesso processo di rideterminazione, che rischia di rendere precario e instabile il funzionamento della stessa fondazione. La disposizione dell'art. 11 della legge n. 448/2001 in ordine agli organi sarebbe dunque legittima ove ne fosse possibile una lettura che collegasse la modifica degli organi alle modifiche statutarie: ove lo Statuto modificasse la composizione dell'organo sarebbe certamente necessario ricostituirlo in parte o per il tutto. Nel caso, invece, di una fondazione che avesse già determinato nel proprio Statuto una composizione dell'organo di indirizzo conforme alle disposizioni dell'art. 11 della legge n. 448/2001 e del regolamento, non sussisterebbe alcuna necessità di modificare quella parte dello Statuto e quindi non sussisterebbe alcun obbligo di decadenza e successiva ricostituzione degli organi: e questo è esattamente il caso della Fondazione Monte dei Paschi di Siena.

Ma tale lettura è resa impossibile, sul piano della concreta attuazione della norma, dall'art. 9 del d.m. n. 217/2002, che prevede espressamente che per ogni fondazione sia costituito un nuovo organo di indirizzo, rendendo così obbligatoria la decadenza degli organi in carica: sotto questo profilo le disposizioni dell'art. 9, commi 3, 4 e 6 del d.m. n. 217/2002 presentano propri autonomi vizi per violazione di legge, eccesso di potere, violazione del principio di proporzionalità e irragionevolezza.

L'illegittimità della disciplina transitoria e la sua natura gravemente lesiva dell'autonomia e della stessa efficienza della fondazione è aggravata dalla disposizione che limita l'attività degli organi in carica all'ordinaria amministrazione. Per valutare la irragionevolezza della previsione legislativa, e tanto più della norma regolamentare che le dà attuazione, basti ricordare che nella disciplina previgente in materia di fondazioni bancarie si era prevista la limitazione all'ordinaria amministrazione solo per gli organi scaduti a seguito dell'approvazione degli Statuti, ma si erano mantenuti, come è legittimo e giusto, i pieni poteri in capo agli organi in carica, sino all'approvazione degli Statuti: e si trattava, in quel caso, di un processo di formazione degli Statuti che aveva l'effetto di trasformare la fondazione in un soggetto di diritto privato e, quindi, di un processo che segnava una forte discontinuità fra l'assetto precedente e l'assetto futuro. In questo caso, invece, per il quale la discontinuità è sicuramente assai meno accentuata, dato che la fondazione è e rimane un

soggetto di diritto privato, l'operatività dell'organo di indirizzo viene limitata non a seguito della sua decadenza, eventualmente determinata dall'adozione di un nuovo statuto, ma già nel periodo di revisione statutaria, determinando un lunghissimo periodo di congelamento dell'attività della fondazione, con danni rilevanti alla fondazione stessa e ai destinatari dei suoi interventi. Il limite è tanto più incisivo, e illegittimo, in quanto la sua eventuale inosservanza è sanzionata con l'adozione di provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza che giungono sino allo scioglimento degli organi e al commissariamento della fondazione (art. 9, comma 1 del d.m. n. 217/2002)

La stessa specificazione dell' "ordinaria amministrazione" nel regolamento all'art. 9, comma 8, presenta ulteriori vizi per illogicità e contraddittorietà. Essa è infatti definita mediante il riferimento ad un importo massimo da non superare, uguale per ogni fondazione: ma è noto che la nozione civilistica di ordinaria amministrazione è da intendersi come nozione relativa, da valutare ed accertare rispetto al caso concreto, essendo evidente che lo stesso importo può assumere la dimensione di ordinaria o di straordinaria amministrazione a seconda delle dimensioni del soggetto, del patrimonio o dell'intervento. Altrettanto oscura è la disposizione che rende possibile l'esecuzione dei progetti di erogazione già approvati nelle linee fondamentali: si tratta di formula generica, che si presta a diverse interpretazioni ed espone la fondazione a rischi di incorrere in provvedimenti sanzionatori senza colpa. L'obiettivo di queste disposizioni così oscure è, chiaramente, quello di costringere la fondazione a chiedere in ogni caso l'autorizzazione dell'Autorità di vigilanza, per mettersi al sicuro da eventuali errori: ma allora si tratta di disposizioni viziate per sviamento di potere, in quanto l'obiettivo che esse perseguono è radicalmente diverso dal fine che lo schema normativo assegna loro.

Sulla richiesta misura cautelare

Preliminarmente, questa difesa sottolinea come l'adozione di una ordinanza che sospenda gli effetti del provvedimento impugnato non rappresenti una cautela incompatibile con la remissione alla Corte Costituzionale delle questioni inerenti alla costituzionalità di una norma di legge. Sul punto, infatti, sia la dottrina, sia la giurisprudenza concordano sulla possibilità per il giudice investito di una controversia di disporre la richiesta misura cautelare, tanto che si è affermato che *“la concessione della misura cautelare non comporta la disapplicazione di una norma vigente, ma tende a conciliare la tutela immediata e reale, ancorché interinale, degli interessi in gioco con il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi”* (Cons. St., ad. plen., 20 dicembre 1993, n. 2; nello stesso senso si v. Cons. Giust. Amm., 13 giugno 2001, n. 458; Tar Lazio, sez. III, ord. 5339/2000).

Su questi presupposti, ai fini della richiesta sospensione degli effetti del regolamento impugnato, il requisito del *fumus boni iuris* è dimostrato dalle argomentazioni contenute nei motivi di ricorso che precedono.

Per quanto riguarda il requisito del *periculum in mora*, deve rilevarsi che il regolamento obbliga la fondazione a rivedere lo statuto, ricostituire gli organi, ridefinire il proprio campo di attività, sottoporsi ad una serie di procedimenti di autorizzazione persino per le ordinarie scelte di funzionamento. In attesa della

discussione del ricorso la fondazione sarebbe comunque obbligata, per evitare pesanti provvedimenti sanzionatori che giungono sino allo scioglimento degli organi e al commissariamento, ad avviare le complesse procedure di revisione degli statuti e di ricostituzione degli organi, coinvolgendo altri enti e soggetti, con la possibilità che ove, come si confida, il ricorso venga accolto, occorra interrompere le procedure di revisione e far rivivere il vecchio Statuto e gli organi che oggi sono in carica e che il regolamento fa decadere, creando così una lunga fase transitoria di incertezza, che provocherebbe danni irreparabili alla fondazione. Anche sul piano dell'attività, la fondazione non può svolgere i propri programmi per i vincoli e i limiti posti dal regolamento, che sono immediatamente operativi e hanno l'effetto di congelare l'ordinario funzionamento.

Sussistono quindi tutti presupposti che giustificano la sospensione del regolamento, almeno nella parte in cui impone la revisione dello Statuto nel termine irragionevolmente breve di 90 giorni e, conseguentemente, l'azzeramento dell'organo di indirizzo e di amministrazione e in cui determina l'obbligo di limitare l'attività all'ordinaria amministrazione. Il mantenimento della situazione attuale, mediante un'ordinanza cautelare, impedisce che si verifichi una situazione di confusione, con travolgimento di aspettative e affidamenti e creazione di nuove aspettative e affidamenti che a loro volta sarebbero poi travolti nel caso si affermasse la prospettazione di incostituzionalità e di illegittimità sopra esposta. Tale prospettazione si basa sia su vizi derivati dall'illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale delle norme primarie, sia sui numerosi vizi propri del regolamento: il *fumus* si radica perciò anche in vizi propri del d.m. n. 217/2002. La misura cautelare si giustifica, quindi, sia quale misura interinale, preordinata alla risoluzione della questione di legittimità da parte della Corte costituzionale, sia quale ordinaria misura di sospensione di disposizioni regolamentari direttamente e immediatamente lesive dei legittimi diritti e interessi della fondazione.

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

CONCLUSIONI

voglia l'Ecc.mo TAR adito accogliere il ricorso di cui in epigrafe e per l'effetto annullare, previa sospensione della sua efficacia, il provvedimento impugnato e, in particolare, l'articolo 9 del d.m. n. 217/2002. Si chiede, altresì, che venga sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 11 della legge n. 448/2001 e dell'art. 25 del d.lgs. n. 153/99, per le ragioni indicate nei motivi del presente ricorso.

In considerazione dell'urgenza e dell'importanza insita nella questione oggetto della presente controversia si propone fin da ora istanza per l'abbreviazione dei termini e si chiede che l'udienza per la discussione della richiesta misura cautelare sia fissata alla prima camera di consiglio utile, successiva alla notifica del presente ricorso.

Ai sensi di quanto prescritto dall'art. 9 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, si dichiara che la presente controversia è di valore indeterminabile e che, pertanto, l'importo dovuto a titolo di contributo unificato è pari a € 309,87.

Con vittoria di spese, competenze e onorari di giudizio.

Roma, 18 ottobre 2002

Prof. Avv. Pietro Rescigno

Prof. Avv. Luisa Torchia

Relata di notifica:

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