

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
SEZIONE III

Ricorso n. R.G. 11053/2002
Udienza del 4 dicembre 2002

MEMORIA

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, depositata in atti

CONTRO

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

* * *

Al fine di ribadire quanto già argomentato nel ricorso introduttivo del presente giudizio, si rileva quanto segue.

Immediatamente prima della udienza del 6 novembre 2002, nella quale è stato deciso il rinvio della discussione del ricorso alla udienza pubblica del 4 dicembre 2002, la Corte costituzionale ha, con ordinanza n.432/2002, restituito gli atti relativi all'ordinanza di rimessione del Tar Lazio n.1196/2001 in ordine alla questione di legittimità costituzionale degli articoli 4, comma 1, lett. g) e 10, comma 3, lettera e) del d.lgs. n.153/1999, ritenendo necessario un riesame dei termini della questione alla luce della norma contenuta nell'art. 5, comma 1, del d.l. n.62/2002, convertito con legge n.112/2002. Nel ricorso della Fondazione Monte dei Paschi di Siena contro il d.m. n.217/2002 sono prospettati, oltre ai vizi propri che inficiano in ogni caso la legittimità del regolamento, anche due diverse e nuove questioni di legittimità costituzionale, relative all'articolo 10 e all'articolo 25 del d.lgs. n.153/1999. Pur essendo tali questioni, specialmente per quanto riguarda il citato articolo 25, autonome e distinte rispetto alla questione di legittimità costituzionale già sollevata da codesto Ecc.mo TAR con ordinanza n.1196/2001, questa difesa ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni aggiuntive in relazione alla natura, alla portata e agli effetti dell'art.5, comma 1, del d.l. n.63/2002, convertito con modificazioni dalla legge n.112/2002, intendendosi comunque qui integralmente riportate le argomentazioni già svolte con il ricorso principale e con i motivi aggiunti relativamente alla illegittimità, derivata e per vizi propri, del d.m. n.217/2002.

1. Sulla "specialità" del regime giuridico delle fondazioni di origine bancaria

Le censure di cui si discute – sotto il profilo della legittimità costituzionale degli atti legislativi e con riguardo alla illegittimità degli atti amministrativi conseguenti, viziati di riflesso dalla denunciata incostituzionalità ed in se stessi in ragione delle modalità di esercizio dei poteri esplicati – sono in realtà riconducibili, a volerne individuare un denominatore comune, alla palese violazione di quella natura privatistica che alle fondazioni di origine bancaria il legislatore con ribadita insistenza riconosce, e che riassume nell'autonomia statutaria e gestionale, che è del resto il carattere distintivo delle persone giuridiche private. Si tratta anzi, per riprendere dati di comune cognizione tratti dalla vicenda storica e dal positivo regime dell'istituto, dell'aspetto sostanziale della soggettività dell'ente, che necessariamente deve concorrere con gli elementi della separazione del patrimonio e della limitazione della responsabilità al fine di realizzare la tipica fattispecie della personalità giuridica privata (articolata nei due tipi dell'associazione e della fondazione, che nella

particolare materia si rinvenivano alla base dei fenomeni organizzativi ora riassunti nella formula delle fondazioni di origine bancaria).

Sul tema dibattuto non è destinata ad incidere negativamente la discutibile inclinazione legislativa a definire od a qualificare il regime di tali fondazioni come 'speciale', rispetto a quello generale adottato e vigente nel complessivo ordinamento giuridico statale. Di una siffatta tendenza, che in verità si riscontra nella dottrina più che nelle dichiarazioni legislative e si risolve nel mettere in luce la pluralità degli 'statuti' emergenti nell'ambito di istituti che pur conservano la cornice di una normativa comune di base, occorre segnalare i limiti, avvertendo in primo luogo proprio la collocazione del discorso critico circa l'unità di un istituto e dell'attitudine costruttiva di categorie 'speciali' tra i compiti da riservare ai teorici del sistema, mentre al legislatore spetta la sola funzione di dettare concrete discipline, e non di fornire schemi e classificazioni, ancor meno quando essi si traducano in meri enunciati incoerenti con proposizioni d'indole sicuramente normativa. Alle proposizioni di quest'ultimo tipo appartengono per certo l'attribuzione (o meglio il riconoscimento) della natura di persone giuridiche private al compiersi di un determinato iter puntualmente regolamentato (come è avvenuto per le fondazioni bancarie) e la precisa individuazione dell'essenza e dell'efficacia della proclamata natura privatistica nell'autonomia statutaria e gestionale.

Muovendo da questi principi, si riduce in ragionevoli dimensioni la portata dell'art.5, comma 1 del d.l. n.63/2002 (come modificato dalla legge di conversione n.212/2002), che ha indotto la Corte costituzionale, in base alla constatata sopravvenienza di una disposizione relativa alla materia esaminata, a restituire al TAR Lazio, con l'ordinanza n.432/2002, gli atti relativi al giudizio di legittimità degli artt. 4, comma 1 lett.g) e 10, comma 3, lettera e) del d.lgs. n.153/1999, promosso con ord.19.12.2001 – 9.1.2002, depositata il 22.2.2002.

La previsione dell'art.5, comma 1, contenuta in un testo di estrema e confusa eterogeneità (*disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture*), contiene una serie di affermazioni delle quali sembra opportuno chiarire la portata. In principio la norma conferma ('resta fermo', si legge nel comma) il determinante valore della disciplina posta dalla legge n.461/1998 e dal d.lgs. n.153/1999, con riguardo alle fondazioni di origine bancaria, ravvisando la sostanza del trattamento ad esse riservato nell'essere stato preordinato "in ragione del loro regime privatistico, speciale rispetto a quello delle altre fondazioni". All'asserita specialità segue un elenco delle finalità in vista delle quali il particolare regime risulta dettato ("ordinato per legge in funzione..."); a chiusura dell'elenco, alla lettera f) si discorre di regime ordinato in funzione "del criterio secondo cui le norme del codice civile si applicano alle fondazioni bancarie solo in via residuale e in quanto compatibili". Della intera disposizione, infine, il comma dichiara trattarsi di "norma di interpretazione autentica della legge n.461/1998 e del d.lgs. n. 153/1999".

Dalla disposizione è dunque possibile trarre tre enunciati: il regime delle fondazioni bancarie è quello privatistico, ma è connotato da specialità nel confronto con le altre fondazioni; le norme del codice civile si applicano in via residuale e nei margini di compatibilità; la specialità e la possibilità di integrare la normativa attraverso il codice civile solamente in via residuale costituiscono interpretazione autentica delle fonti regolative della materia di cui si conferma il decisivo, preminente valore.

Mentre è superfluo ricordare che l'indole di interpretazione autentica di una norma non è garantita dalla sola dichiarazione legislativa in tal senso e che non si sottrae al controllo di costituzionalità la

norma che così si qualifichi, conviene mettere in luce il trasparente legame che la previsione ricordata – inquadrabile perciò tra gli ‘adequamenti comunitari’ a cui il decreto tra l’altro si intitola – aveva con la questione, decisa più tardi (il 22.8.2002) dalla Commissione delle Comunità europee, relativa alle agevolazioni tributarie accordate alle fondazioni di origine bancaria ed al dubbio circa la eventuale configurazione delle stesse come aiuti di Stato idonei ad alterare la libera concorrenza. La decisione favorevole (indirettamente) alle fondazioni già appare non priva di significato nel dare alla norma la sua misurata importanza, al di fuori del più impegnativo discorso sulla natura degli enti, la specialità del regime, il carattere residuale della disciplina del codice (che, sia detto incidentalmente, non consta solamente degli articoli ricordati nell’ordinanza della Corte costituzionale).

Vuol qui dirsi, in breve, che la disposizione dettata come norma di interpretazione autentica non si rivela sufficiente a modificare il quadro di riferimento su cui si innestava la rimessione disposta dal TAR Lazio, soprattutto in ragione della ribadita affermazione dell’indole di persone giuridiche private delle fondazioni bancarie, e dunque dell’autonomia statutaria e gestionale che ne deriva alla stregua dello stesso linguaggio legislativo. Le finalità perseguite attraverso oneri ed obblighi normativamente imposti, così come i pochi privilegi e dispense accordati alle fondazioni bancarie non sono sufficienti ad alterare l’appartenenza alla categoria delle fondazioni private, ed al più comprensivo genere delle persone giuridiche private, né a rimuovere la soggezione al regime di diritto comune, a cominciare dal codice civile che rimane la fonte dotata della più ampia generalità di applicazione, pur se destinata a coprire aree in parte ridotte sia dall’insorgenza di fenomeni settoriali sia, ed ancor più, dalle scelte di politica del diritto relative ai modi del riconoscimento ed ai limiti dei controlli pubblici sulle persone giuridiche private. A tali scelte deve adeguarsi – nel senso della capacità giuridica generale, dell’autonomia organizzativa, dell’immunità da non previsti né giustificati controlli esterni – una coerente lettura del sistema.

2. Sull'ambito della norma di "interpretazione autentica" di cui all'articolo 5 del d.l. n.63/2002

Ancora sul piano della coerenza e della certezza del sistema, rileva, inoltre, la collocazione della disposizione, inserita all’interno di un decreto legge contenente disposizioni fiscali e finanziarie urgenti in diversi settori. Per comprendere tale collocazione e individuare, conseguentemente, le cause giustificatrici e le finalità della disposizione, è utile ripercorrere, in estrema sintesi, il percorso di formazione della disposizione stessa. Essa non si trovava nel testo originariamente presentato dal governo in Parlamento, ma è stata introdotta – peraltro mediante emendamento governativo – nella fase di discussione in commissione, e precisamente con emendamento 5.5. nella seduta dell’8 maggio 2002 delle Commissioni V (Bilancio, tesoro e programmazione) e VI (Finanze) riunite. L’emendamento 5.5 elevava, nella sua prima versione poi modificata, al 75% la quota massima di rappresentanza degli enti locali negli organi delle fondazioni e conteneva altresì la disposizione autoqualificante di interpretazione autentica, che è poi rimasta nel testo approvato dal Parlamento. Sin dal dibattito parlamentare in Commissione è stato rilevato come l’emendamento fosse estraneo alle finalità e ai contenuti del decreto legge, in quanto veniva ad incidere su aspetti ordinamentali, per i quali non si rilevavano profili ed effetti di tipo economico o finanziario, tanto da metterne in dubbio l’ammissibilità. L’ammissibilità dello stesso emendamento è stata sostenuta dal governo sulla base della necessità di *“esplicitare agli organi della Comunità europea le motivazioni della particolarità del regime fiscale delle fondazioni, precisando che non si tratta di aiuti di Stato”* (così il relatore, on.le A. Alfano, a p. 47 del Resoconto dei lavori delle Commissioni riunite, **doc.1**), escludendo che l’emendamento stesso andasse nel senso di una *“publicizzazione”* delle fondazioni.

L'emendamento si inserisce, quindi, nelle norme con le quali lo Stato italiano ha dato attuazione alla decisione della Commissione delle Comunità europee dell'11 dicembre 2001 (**doc. 2**), con la quale è stata giudicata incompatibile con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato la previsione, contenuta nella legge n.461/1998 e nel d.lgs. n. 153/1999, di un regime fiscale agevolato per le ristrutturazioni e le fusioni fra banche: incompatibilità, è bene ricordare, rilevata in ragione della natura imprenditoriale e commerciale dell'attività svolta dalle banche. La causa giustificatrice e la finalità della disposizione si ritrovano, quindi, nella precisa necessità di tenere conto della decisione, già intervenuta, della Comunità europea e di chiarire che la stessa incompatibilità non ricorreva per le fondazioni di origine bancaria, alle quali poteva applicarsi un regime fiscale agevolato in quanto la loro attività, al contrario di quella bancaria, non ha natura di attività commerciale o d'impresa. La norma di interpretazione autentica era quindi finalizzata – e conseguentemente limitata – secondo gli stessi proponenti, ad interpretare una specifica norma in materia di agevolazioni fiscali, al fine di renderne certa, anche con effetto retroattivo, la compatibilità con la disciplina comunitaria e di confermarne l'effettività.

E' bene osservare da subito, peraltro, che ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato, non rileva affatto la natura pubblica o privata del soggetto destinatario degli aiuti, bensì la natura dell'attività - commerciale o non commerciale - svolta. E infatti la Commissione delle Comunità europee ha successivamente deciso che in effetti il regime fiscale agevolato disposto per le fondazioni di origine bancaria, qualificate come "enti non commerciali", non costituisce una violazione della disciplina sugli aiuti di Stato: *"dal momento che l'erogazione gratuita di fondi non costituisce attività economica, le fondazioni che si dedicano unicamente a tale attività non possono trarre dalle misure di legge vantaggi competitivi in un particolare "mercato". Le misure, quindi, non costituiscono aiuto di Stato a favore delle fondazioni"* (**doc. 3**) E del resto, anche durante la discussione in Assemblea alla Camera, lo stesso relatore on.le A. Alfano ha ribadito che la causa giustificatrice della norma sta nell'esigenza di ribadire *"con l'efficacia retroattiva che è propria delle norme di interpretazioni autentica, la originaria spettanza delle agevolazioni alle fondazioni"*, affermando, contemporaneamente, la necessità di *"precisare con forza di legge che le fondazioni di origine bancaria sono a tutti gli effetti enti di natura privatistica"* (Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n.142 del 10 maggio 2002, pp.5-7, **doc.4**).

Chiarita così la finalità della disposizione sopravvenuta, è evidente che essa non è rilevante, sotto questo primo profilo, ai fini delle questioni di legittimità costituzionale sottoposte con il ricorso della Fondazione Monte dei Paschi di Siena all'attenzione di codesto Ecc.mo Tar, in quanto l'art.5 del d.l. n.63/2002 interviene rispetto ad un aspetto specifico, e cioè la compatibilità delle agevolazioni fiscali concesse alle fondazioni di origine bancaria con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, senza conseguenze ulteriori sulla natura delle fondazioni stesse.

La disposizione sopravvenuta non è inoltre rilevante, ai fini delle questioni di legittimità costituzionale sollevate, anche per i profili che riguardano l'assetto dei rapporti tra le fonti. Nessuna conseguenza può rilevarsi, infatti, rispetto alla eccepita violazione dell'articolo 76 della Costituzione, in quanto l'esorbitanza delle norme del decreto delegato rispetto alle norme della legge di delega certo non può essere sanata successivamente con una norma di interpretazione autentica che, per fermo e consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, deve limitarsi a chiarire il significato di una norma precedente, per cui la norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata e non la sostituisce, né può sanare eventuali vizi della norma interpretata che attengano non al suo contenuto o alla sua attuazione, ma alla sua stessa legittimità sul piano dei rapporti tra le fonti, e in particolare alla violazione dei limiti posti con la legge di

delega al legislatore delegato, come avviene nel caso qui in discussione (Corte cost. n.94/1995, n.311/1995, n.155/1990).

Considerazioni analoghe possono svolgersi per quanto riguarda la legittimità dell'impugnato d.m. n.217/2002, rispetto al quale sono stati prospettati numerosi vizi attinenti all'uso illegittimo della fonte regolamentare, per violazione di legge e incompetenza: nessuno di tali vizi può essere sanato da una norma di interpretazione autentica, in quanto questa assumerebbe così non più solo una finalità di interpretazione, bensì di disciplina sostanziale della materia, sostituendo la disciplina precedente. E il legislatore è sempre libero di dettare una nuova disciplina di una materia, ma deve farlo con il tipo di fonte a ciò legittimato e non, surrettiziamente, con una norma di interpretazione, cui l'ordinamento affida una specifica finalità (Corte cost. n.29/2002, n.397/1994, n.155/1990). L'articolo 5 del d.l. n.63/2002 non è quindi abilitato a introdurre una nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria e non comporta alcuna modifica al regime giuridico vigente, che trova la sua norma fondante nell'articolo 2, comma 1, del d.lgs. n.153/99, secondo il quale *"le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale"*.

La giurisprudenza costituzionale ha del resto chiarito con nettezza quali siano i limiti di compatibilità costituzionale dell'interpretazione autentica, affermando che va reputata illegittima una norma (sedicente) di interpretazione autentica che integra, con nuovi precetti, il contenuto della legge antecedente, di modo che *"lo scrutinio di costituzionalità della norma impugnata si sostanzia dunque nella valutazione riguardo alla sua compatibilità con il tenore della norma interpretata"* (Corte cost., 25 febbraio 2002, n.29; Corte cost., 23 novembre 1994, n.397; Corte cost., 4 aprile 1990, n.155) e che la natura di legge interpretativa *"va desunta da un rapporto fra norme – e non fra disposizioni – tale che il sopravvenire della norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano fra loro dando luogo a un precetto normativo unitario"* (Corte cost. n.94/1995, n.387/94; n.424/1993, n.455/1992, n.155/1990, n.233/1988).

La portata e gli effetti dell'articolo 5 del d.l. n.63/2002 devono essere individuati, quindi, **in un rapporto fra norme e non in un rapporto fra disposizioni**: è evidente, allora, che l'ambito e l'effetto, anche retroattivo, della norma di interpretazione è limitato all'operatività della norma in materia di agevolazioni fiscali, mentre non può individuarsi alcun effetto ulteriore in ordine al complesso delle disposizioni con le quali la legge n.461/1988 e il d.lgs. n.153/99 disciplinano l'assetto delle fondazioni di origine bancaria, né tantomeno può individuarsi alcun effetto rispetto al giudizio di compatibilità fra tale disciplina e le norme costituzionali. Il regime giuridico privatistico delle fondazioni - definito dalla legge n.461/1998 e dal d.lgs. n.153/99 e definitivamente consolidato con l'approvazione dello statuto da parte di ciascuna fondazione - non è dunque in alcun modo toccato dalla norma sopravvenuta e, anzi, ove lo fosse, sarebbe la stessa norma sopravvenuta a suscitare dubbi di legittimità costituzionale, in quanto essa violerebbe i limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale per le norme di interpretazione, fra i quali si annoverano anche il rispetto del principio generale di ragionevolezza (Corte cost., n.6/1994; n.283 e 424/1993; n.440/1992; n.429/1991), la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto (Corte cost., n.525/2000; n.39 e 424/1993, n.349/1985), la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico (Corte cost., n.6/1994, n.429/1993, n.822/1988). La norma interpretativa può dunque esplicare un effetto retroattivo solo con riguardo alla specifica norma interpretata, relativa alla spettanza delle agevolazioni fiscali, e non certo ad una intera disciplina, articolata in un complesso di disposizioni, che definiscono nel loro insieme il regime delle fondazioni di origine bancaria.

Per tutte quante le ragioni sopra esposte e per tutto quanto già argomentato nei precedenti scritti difensivi, si insiste nell'accoglimento delle conclusioni rassegnate nel ricorso introduttivo del presente giudizio, che qui debbono intendersi integralmente trascritte.

Roma, 19 novembre 2002

Prof. Avv. Pietro Rescigno

Prof. Avv. Luisa Torchia