

STATUTI ED ORGANI DELLA FONDAZIONE DOPO IL D.LGS N.117 DEL 2017

(rielaborazione unitaria degli interventi tenuti il 2 ed il 16 ottobre 2017 presso l'ATS di Brescia in occasione del Corso Le Fondazioni- sfide del presente e prospettive per il futuro).

Premessa. Il Codice del Terzo settore, d.lgs 3 luglio 2017, n.117, tra le molteplici novità, contiene disposizioni in tema di statuto ed organi delle Fondazioni, laddove queste ultime esercitano un'attività riconducibile, per l'appunto, al c.d. *terzo settore*.

Scopo del presente intervento è di verificare l'impatto della nuova normativa sulla attuale struttura ed organizzazione delle Fondazioni che si occupano di *sociale* ed, al di là dell'esistenza di un eventuale obbligo alla revisione degli statuti, dell'opportunità ad una loro revisione volta a conformarli alle esigenze di una nuova normativa che, a sua volta, riflette in misura organica i mutamenti della società nel tanto delicato quanto flessibile settore dei servizi sociali, intendendosi per *flessibilità* la caratteristica della nozione di servizi sociali, in continuo mutamento come lo sono, in generale, i bisogni che un ordinamento giuridico assume quale oggetto di protezione.

Gli statuti. Procedendo dallo statuto delle Fondazioni -nel loro binomio originariamente inscindibile con l'atto costitutivo-, vale l'opportunità di precisare che lo scrivente ritiene tale testo non un mero documento tanto simbolico quanto superfluo, bensì la vera e propria *Costituzione* delle Fondazioni, uno strumento irrinunciabile non solo perché la necessità della relativa esistenza è decretata per legge, quanto, piuttosto, perché irrinunciabile punto di riferimento non solo per coloro che agiscono in nome e per conto della Fondazione, ma pure per coloro che hanno il dovere di controllarla ed, infine, per coloro che ne risultano destinatari o beneficiari della relativa attività.

Una sorta di *magna charta* che regola, principalmente, i doveri di chi è stato incaricato di assolvere alle finalità istituzionali della Fondazione che è certamente *universitas bonorum* (contrapposta alla *universitas personarum*, propria delle figure associative, stando alla tradizionale nozione risalente a Sinibaldo dei Fieschi) ma che vede, più ancora che nel patrimonio in sé, nella capacità di utilizzo del medesimo conformemente agli ideali calati giustappunto nello statuto (e nell'atto costitutivo, inscindibile documento che originariamente deve accompagnare la nascita della Fondazione) la propria odierna ragione d'essere.

Perciò, quelli che sono tradizionalmente i compiti dello statuto, ossia di essere l'atto normativo fondamentale che disciplina l'organizzazione ed il funzionamento dell'Ente, oggi appaiono compiti che devono essere valutati alla stregua sia di un'*organizzazione* che di un *funzionamento*, entrambi coerentemente volti al raggiungimento delle finalità ideali che hanno condotto alla Fondazione medesima.

Il tutto, da un lato, in un sistema che solo apparentemente ha ridotto, nel corso degli ultimi decenni, i controlli pubblici sulla relativa attività, semmai tale riduzione valendo per i soli profili formali dell'attività della Fondazione, ma non per quelli oggettivamente volti alla verifica dell'ottenimento degli obiettivi ideali e, dall'altro, in un'epoca che solo apparentemente pare avere ridotto gli spazi di intervento del pubblico a favore della privatizzazione del settore di servizi sociali (la stessa trasformazione delle IPAB in fondazioni di diritto privato parrebbe di tal segno), ma, che, al contrario, vede a maggiore penetrazione l'ambito di intervento del controllo pubblico.

In particolare ciò si riscontra ove, oggettivamente, lo sforzo ideale venga raggiunto con la compartecipazione finanziaria della Pubblica Amministrazione, secondo la sussunzione dei servizi sociali nella sfera di interesse della P.A. medesima, con l'effetto di potersi affermare che, al contrario che in un'età di *depubblicizzazione* (affermazione valida solo sotto un profilo esclusivamente soggettivo) si è in un'epoca di *pubblicizzazione* oggettiva degli interessi, corrispondente a quanto maggiore è il novero degli *interessi* cui l'ordinamento giuridico abbina la qualificazione di *pubblici e/o generali*.

Gli Statuti nella legge delega e nel decreto legislativo n.117/2017. In questa direzione, prossima a quella *sussidiarietà orizzontale* che la Costituzione della Repubblica valorizza quale principio di amministrazione (cfr. art.118, co.4, Cost., disposizione non a caso richiamata dall'art.1 della Legge delega 6 giugno 2016, n.106), proprio la legge delega stabilisce il principio per il quale, in riforma del titolo II del codice civile, si prevede tra l'altro e per quanto attiene la presente relazione, l'obbligo per

il successivo decreto legislativo attuativo, di definire le informazioni obbligatorie da inserire negli statuti e negli atti costitutivi (art.3, lett.a), della Legge n.106 del 2016).

In attuazione, quindi, di detto principio/criterio direttivo contenuto nella Legge delega, l'art.21 del d.lgs n.117 del 3 luglio 2017 stabilisce che, mentre l'atto costitutivo deve indicare -sottolineandosi le addizioni ai contenuti di cui all'art.16 del codice civile-, la denominazione dell'ente; l'assenza di scopo di lucro e le finalita' civiche, solidaristiche e di utilita' sociale perseguite; l'attivita' di interesse generale che costituisce l'oggetto sociale; la sede legale il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalita' giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalita' perseguite e l'attivita' di interesse generale svolta; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione; la durata dell'ente, se prevista.

Per lo statuto, invece, l'art.21 del d.lgs n.117/2017 stabilisce che deve contenere *le norme relative al funzionamento dell'ente* e che *anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo*, in punto prevedendo l'importante principio per il quale, *in caso di contrasto tra le clausole dell'atto costitutivo e quelle dello statuto prevalgono le seconde.*

Nonostante la distinzione, si ritiene che anche lo statuto possa contenere le indicazioni altrimenti disciplinanti il contenuto minimo dell'atto costitutivo, in particolare tale affermazione valendo per le Fondazioni già costituite, rispetto alle quali le variazioni da introdurre debbano riguardare esclusivamente lo statuto e non l'atto di fondazione (ossia l'atto costitutivo), ossia quell'atto di privata autonomia con il quale viene manifestata la destinazione di cespiti patrimoniali al conseguimento di uno scopo e viene determinato tale scopo, quando lo statuto, tradizionalmente, è l'atto che detta le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione, nonché i criteri e le modalità di erogazione delle rendite, questi ultimi dovendosi intendere quali altrettanti doveri imposti agli amministratori della Fondazione.

A tale proposito, si osserva che l'art.21 nulla dice circa le modalità di modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto, in punto ritenendosi che, quindi, valga quanto stabilito dall'art.2 del dpr n.361 del 2000 (salvo quanto previsto dall'art.22, co.6, del d.lgs n.117/17, su cui *infra*), peraltro osservandosi che l'art.21 medesimo nulla dispone in tema di criteri e modalità di erogazione delle rendite, in punto richiamandosi nuovamente la necessità di integrare l'art.21 con l'art.16, co.1, del codice civile, ossia demandandosi all'atto costitutivo ed allo statuto tale incumbente.

Si ritiene, infatti, che l'art.21 del d.lgs n.117 del 2017 non abroghi, neppure implicitamente, l'art.16 del codice civile che resta disposizione generale in tema di fondazioni, semmai per quelle del *terzo settore*, con una funzione di norma integrativa dell'art.21 predetto.

Di talché, si ritiene anche che l'entrata in vigore del d.lgs n.117 del 2017 non imponga affatto l'obbligo di porre mano alle modifiche statutarie, semmai risultando tale eventualità una utile opportunità da cogliere per rendere il modello di funzionamento della fondazione operante nel terzo settore più aderente alle esigenze della società.

In questo senso, dello statuto (nel suo binomio inscindibile *ab origine*, con l'atto costitutivo), dispongono altre norme del decreto legislativo, sia con disposizioni valide per tutti gli enti del terzo settore (cfr. artt.6, 8, 9, 13, 15), sia per le sole fondazioni -ed associazioni- (cfr. artt. 22, 23, 24,25,26,30,31,98).

Tra le prime, si deve evidenziare quanto stabilito dall'art.6 che prevede la possibilità, anche per le Fondazioni, di esercitare attività diverse da quelle attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, per come individuate, dal precedente art.5.

Ciò è, quindi, possibile, solo ove siano l'atto costitutivo o lo statuto a consentirlo e sempre che tali attività diverse siano secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale, in punto dovendosi, però attendere la definizione dei relativi criteri e limiti sulla scorta di apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, *tenendo conto dell'insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate in tali attività in rapporto all'insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate nelle attività di interesse generale.*

E' evidente, quindi, che al di là dell'emanando Decreto, sarà lo statuto a consentire, in via generale, tale possibilità.

Nondimeno strategico risulta lo statuto in ordine alla necessità che il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate sia utilizzato per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale (art.8), come pure (art.9) in ordine alla devoluzione del patrimonio residuo in caso di estinzione o scioglimento della Fondazione, devoluzione che deve essere espressamente stabilita dallo statuto, salva la necessità del parere positivo dell'Ufficio del registro unico nazionale del Terzo Settore (di cui all'art.45 del d.lgs n.117 del 2017), altrimenti dovendosi devolvere il medesimo alla Fondazione Italia Sociale, di cui all'art.10 della legge delega, n.106 del 2016.

Lo statuto, infine, nel caso delle c.d. Fondazioni *di partecipazione*, risulta essere lo strumento che disciplina le modalità di accesso degli associati od aderenti alle deliberazioni dell'organo di amministrazione, dell'organo di controllo e di eventuali altri organi sociali (art.15).

Le diverse disposizioni dettate per le sole Fondazioni (ed associazioni), oltre il già commentato art.21, stabiliscono che le Fondazioni del terzo settore possono acquisire la personalità giuridica –qualità sulla scorta del relativo possesso per cui per le obbligazioni dell'ente risponde soltanto l'ente medesimo con il suo patrimonio (art.22, co.7)-, in deroga al meccanismo previsto dal dpr n.361 del 2000, tramite un procedimento che vede coinvolto il Notaio che ricevuto l'atto costitutivo e lo statuto di una Fondazione, per depositarlo nel registro unico nazionale del Terzo settore (art.22), fermo restando che, in ogni caso, anche le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, con relativa efficacia dall'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (art.22, co.7); sul registro, cfr. artt.45 e ss.gg., del d.lgs in commento.

Lo statuto della Fondazione diventa, poi determinante, ove si intenda costituire una Fondazione in Fondazione di partecipazione; in tal caso, ove si preveda un organo assembleare o di indirizzo (art.23, co.3), lo statuto dovrà disciplinare le modalità di ammissione del partecipante/aderente, se del caso tramite deliberazione di ammissione (o di rigetto della relativa domanda) da parte del consiglio di amministrazione e/o, altrimenti, così pure, ove, per l'appunto sia previsto un organo assembleare o di indirizzo, disporre le regole di funzionamento di tale organo, altrimenti valendo, in quanto compatibili, le regole generali previste per le assemblee delle associazioni (art.24), come anche le eventuali competenze di tale organo assembleare e di indirizzo (art.25), beninteso ricorrendo sempre la necessità, onde non snaturare la struttura della Fondazione, che tale regolamentazione risulti compatibile con la natura dell'ente quale Fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore (art.25, co.3).

Impatta, infine, la materia statutaria, l'art.98 che inserisce il nuovo art.42bis del codice civile, prevedendo che *se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni*, con ciò riconoscendo alla disciplina statutaria la possibilità di impedire modifiche alla struttura della Fondazione.

Gli organi della Fondazione. *Trait d'union* tra l'argomento statutario e quello riguardante gli organi della Fondazione è dato dall'art.26 del d.lgs, il cui ultimo comma, in particolare, prevede che nelle fondazioni del Terzo settore deve essere nominato un organo di amministrazione, con necessaria applicazione dell'art.2382 del codice civile. Tale ultima disposizione, prevista nel tit. V del codice civile in materia di società, detta le cause di ineleggibilità e di decadenza degli amministratori, quindi, pure di quelli della Fondazione; tra le posizioni inibite alla carica od al suo mantenimento, lo stato di interdizione, di inabilitazione, il fallimento o la condanna ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi.

Si ritiene, peraltro, che l'atto costitutivo possa prevedere ulteriori cause di ineleggibilità e di decadenza, tant'è che il comma 3 del citato art.26 del d.lgs in commento stabilisce *che l'atto costitutivo o lo statuto possono subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di rappresentanza o reti associative del Terzo settore*, ferma restando, anche in tali casi, la dovuta applicazione dell'art.2382 c.c.

Ovviamente, nel caso delle Fondazioni di partecipazione, il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, l'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere che uno o più amministratori siano scelti tra gli appartenenti alle diverse categorie di associati, come pure la nomina di uno o più amministratori può essere attribuita dall'atto costitutivo o dallo statuto ad enti del Terzo settore o senza scopo di lucro, ad enti di cui all'articolo 4, comma 3, o a lavoratori o utenti dell'ente, il tutto ferma restando la compatibilità di tali indirizzi con la natura della Fondazione.

Con riferimento alla figura degli amministratori, essi, entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina, devono chiederne l'iscrizione nel Registro unico nazionale del terzo settore, indicando per ciascuno di essi il nome, il cognome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali di essi è attribuita la rappresentanza dell'ente, precisando se disgiuntamente o congiuntamente (comma 6).

L'iscrizione è un momento fondamentale, in quanto se è vero che il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori è generale (comma 7), è altrettanto vero che le limitazioni del potere di rappresentanza non sono opponibili ai terzi se non sono iscritte nel Registro unico nazionale del Terzo settore o se non si prova che i terzi ne erano a conoscenza.

Oltre agli amministratori, la legge prevede altri due organi, ossia l'organo di controllo, anche monocratico, di cui all'art.30 del d.lgs in commento, cui spetta, in primo luogo, la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, anche con riferimento alle disposizioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (circa la responsabilità amministrativa degli Enti), qualora applicabili, nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento. L'organo di controllo esercita, inoltre, il controllo contabile nel caso in cui non sia nominato un soggetto incaricato della revisione legale dei conti o nel caso in cui un suo componente sia un revisore legale iscritto nell'apposito registro.

L'organo di controllo, infine, esercita compiti di monitoraggio dell'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, per esempio monitorando che le attività diverse di cui all'art.6 del d.lgs, ove rese, siano contenute nella secondarietà e strumentalità per le quali esse sono consentite per le Fondazioni.

Infine, quale organo obbligatorio delle Fondazioni, il d.lgs (art.31) indica il revisore del conto o la società di revisione legale iscritti nell'apposito registro (secondo la consistenza dell'attivo, dei ricavi, del personale in servizio su due esercizi).

Osservato che non costituiscono organi obbligatori della Fondazione le figure tradizionalmente inserite nella struttura burocratica delle medesima (Segretario o direttore), ma che ben lo Statuto vorrà disciplinare l'organizzazione interna della Fondazione, un elemento unisce le figure organizzative, sia quella obbligatorie che quelle facoltative, ossia il tema della responsabilità.

L'art.28, infatti, stabilisce che gli amministratori, i direttori, i componenti dell'organo di controllo e il soggetto incaricato della revisione legale dei conti rispondono nei confronti dell'ente, dei creditori sociali, del fondatore, degli associati e dei terzi, secondo le azioni di responsabilità dettate per le società di capitali dagli articoli 2393 e ss. gg. del codice civile, in quanto compatibili, prevenendosi, inoltre, un sistema sanzionatorio a carico dei rappresentanti legali e i componenti degli organi amministrativi della Fondazione in caso di distribuzione, anche indiretta, di utili e avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a un fondatore, un associato, un lavoratore o un collaboratore, un amministratore o altro componente di un organo associativo dell'ente, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo, come pure nel caso di devoluzione del patrimonio residuo effettuata in assenza o in difformità al parere dell'Ufficio del Registro unico nazionale (art.91).

A tal fine, peraltro, gli articoli 92 e 93 del d.lgs in commento prefigurano un articolato sistema di vigilanza e controllo a livello ministeriale che, unendosi a quello già in capo alle pubbliche amministrazioni competenti, finisce, direttamente od indirettamente, per verificare la correttezza dell'agire degli organi di amministrazione della Fondazione, in particolare ove tale controllo investe il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale ed il corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali, ad essi attribuite.

Giurisprudenza richiamata nel corso dei due interventi.

Corte Conti, sez. Lombardia, 325/2015/PAR: *“L'art. 6, comma 2, del D.L. n. 78/2010, che esprime un principio di coordinamento della finanza pubblica tendente a ridurre il costo degli apparati*

amministrativi, impone la gratuità di tutte le cariche assegnate all'interno degli organi collegiali degli enti a contribuzione pubblica con la sola eccezione di talune tipologie di organismi, nominativamente indicati ed espressamente esclusi dalla norma medesima.

Questa sezione, in sede consultiva, ha già avuto modo di chiarire (cfr. per tutti SRC Lombardia, deliberazione n. 669/2011/PAR) che, considerata la finalità che il legislatore si prefigge, la previsione contenuta nel comma 2 preclude di erogare qualsiasi compenso in favore degli amministratori di fondazioni che ricevono contributi pubblici (v. anche SRC Lombardia, deliberazione n. 155/2011/PAR)". (...) si chiarisce come la normativa si applichi indipendentemente dalla misura della partecipazione dell'ente locale, prescindendo dalla sussistenza di una partecipazione maggioritaria; nello stesso medesimo parere si ribadisce il principio del carattere onorifico della partecipazione agli organi collegiali e della titolarità di organi dei predetti enti ai sensi dell'art. 6,co.2,D.L. 78/2010".

Corte Conti, sez. Lombardia, 152/2014/PAR: "Al fine dell'individuazione degli enti che "comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche" ex art.6 co.2 d.l. 78/2010 a nulla rileva che la dipendenza finanziaria si manifesti sotto forma di contribuzione, sia invece connessa con le tariffe stabilite da apposito contratto di servizio per le prestazioni erogate in favore dell'ente locale o sia stabilita nello statuto sotto forma di obbligo giuridico di ripianare i costi sociali dell'attività di gestione (in termini i pareri n. 366/2011 e n. 598/2011). (...) Ne consegue che al fine di escludere la gratuità dell'opera prestata dai componenti del consiglio di amministrazione della Fondazione, non è sufficiente soffermarsi sul mero nomen juris della Fondazione, dovendo l'amministrazione comunale compiere una ponderata valutazione circa la sussistenza dei requisiti statutari e circa la natura dell'attività in concreto esercitata (totale assenza di fine lucrativo, utilità sociale del servizio reso), in linea con gli indici di riconoscimento della tipologia "Onlus" prevista dalla legislazione vigente".

Corte dei Conti, sez. Lombardia, 11/2013/PAR: "(...) La norma di legge prevede, infatti, come ambito applicativo del precetto quello degli enti, anche aventi struttura privatistica (eccezion fatta per le società), che "comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche".

In ordine al concetto di dipendenza finanziaria, la Sezione si è già ampiamente pronunciata precisando (parere n. 155/2011) che a nulla rileva che la dipendenza finanziaria si manifesti sotto forma di contribuzione, oppure sia connessa con le tariffe stabilite da apposito contratto di servizio per le prestazioni erogate in favore dell'ente locale o, ancora, sia stabilita nello statuto sotto forma di obbligo giuridico di ripianare i costi sociali dell'attività di gestione".

Corte dei Conti, sez. Lombardia, 669/2011/PAR: "3°quesito: l'art. 6 comma 2 del D.L. n. 78 del 2010 ripreso dall'art. 16, comma 1, D.L. n. 98 del 2011 convertito in Legge n. 111 del 2011 va riferito agli incarichi in corso (e in caso affermativo da quale data) o viceversa agli incarichi formalizzati successivamente all'entrata in vigore delle norme?

Alla luce della ratio della norma (diretta a contenere e razionalizzare la spesa pubblica statale e degli enti locali), nonché della lettera della norma stessa ("a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto"), questa Sezione ritiene che la medesima sia d'immediata applicazione agli organi collegiali in essere. A conforto di tale interpretazione si osserva che, nel caso in cui abbia inteso prevedere diverse decorrenze delle limitazioni in materia di riduzione dei costi degli apparati amministrativi, il Legislatore ha provveduto espressamente, come si è verificato nel successivo quinto comma dello stesso art. 6 in discorso ("a decorrere dal primo rinnovo successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto, gli organi di amministrazione e quelli di controllo, ove non già costituiti in forma monocratica, nonché il collegio dei revisori, siano costituiti da un numero non superiore, rispettivamente, a cinque e a tre componenti")".

Corte dei Conti, sez. Lombardia, 155/2011/PAR: "Dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 78 del 2010, convertito nella l. 122 del 2010 e, in particolare, della previsione contenuta nel c. 2 dell'art. 6, non è più possibile attribuire alcun compenso ai soggetti che facciano parte di organi collegiali delle Istituzioni o delle Aziende Speciali. Non possono essere riconosciuti compensi a soggetti che facciano parte di organi collegiali di organismi strumentali che dipendano finanziariamente e giuridicamente dall'ente locale di riferimento, a nulla rilevando che la dipendenza finanziaria si manifesti sotto forma di contribuzione o sia invece connessa con le tariffe stabilite per le prestazioni erogate in favore dell'ente locale tramite apposito contratto di servizio, o sia stabilita nello statuto sotto forma di obbligo giuridico di ripianare i costi sociali dell'attività di gestione pareggio del bilancio. Il regime delle esclusioni previsto dall'art. 6 c. 2, u.p., della l. 30 luglio 2010, n.122 non sembra ricomprendere

gli enti strumentali dell'ente locale, in quanto non vengono richiamati nel perimetro dell'esclusione gli enti previsti nominativamente nel T.U.E.L. e, correlativamente, sono indicati nel regime esclusivo gli enti assistenziali nazionali, gli enti di promozione sociale e le ONLUS, gli enti pubblici economici a carattere nazionale individuati con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, su proposta del Ministero vigilante, nonché le società. Stante la soluzione preferibile, ravvisata nella natura onorifica della carica di componente o di presidente del consiglio di amministrazione dell'Azienda Speciale (art. 6 c. 2 della l. 30 luglio 2010, n.122), è da considerare assorbito l'ulteriore quesito proposto circa il trattamento economico da riservare al titolare della carica che riveste contestualmente la funzione di presidente del consiglio di amministrazione dell'Azienda Speciale e di vice sindaco in comune limitrofo ad Abbiategrosso (art. 5, c. 5, d.l. 31 maggio 2010, n.78, convertito nella l. 30 luglio 2010, n.122, recante la rubrica "economie negli organi costituzionali, di governo e negli apparati politici"). Ferme le incompatibilità previste dalla vigente normativa, entrambe le disposizioni, pur diverse quanto ad estensione soggettiva con riferimento alle pubbliche amministrazioni rientranti nel perimetro ISTAT, ovvero agli enti sovvenzionati dalle finanze pubbliche, attribuiscono al destinatario sostanzialmente il medesimo trattamento economico, consistente esclusivamente nel diritto al rimborso delle spese sostenute e alla corresponsione, ove prevista, di euro 30 a titolo di gettone di presenza per seduta giornaliera”.

Corte Conti reg., (Abruzzo), sez. giurisd., 30/07/2015, n. 78: “La ratio dell'art. 6, comma 2, d.l. 31 maggio 2010 n. 78 è quella di impedire l'erogazione di compensi "aggiuntivi" agli amministratori di enti pubblici che, in ragione dell'ufficio ricoperto nell'ente di appartenenza, assumono incarichi in altri enti comunque destinatari di contributi a carico delle finanze pubbliche”.

T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 09/06/2015, n. 831: “La fondazione non pare essere lo strumento più idoneo per la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica (ma, a ben vedere, anche quelli privi di tale rilevanza) in considerazione del fatto che la fondazione, per la sua natura e per l'elemento patrimoniale che la caratterizza, male si concilia con il requisito del « controllo analogo » a quello esercitato sui propri organi/uffici previsto dalla disciplina comunitaria per l'affidamento in house dei servizi. La mancanza della possibilità di esercitare uno stringente controllo sulla fondazione renderebbe, dunque, quest'ultima inidonea alla gestione di qualsiasi servizio ove questo faccia riferimento all'esercizio di una funzione fondamentale o una funzione amministrativa (almeno per ciò che riguarda sia i servizi sociali che le attività culturali)”.

T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 23/05/2008, n. 1051: “Alla luce del principio comunitario di proporzionalità - che impone di non estendere l'ingerenza dell'ente pubblico partecipante su una società a partecipazione pubblica oltre i "limiti logici" che discendono dalla struttura della società partecipata e dalla natura della stessa partecipazione pubblica -, la revoca, da parte della Regione, della propria nomina di un componente del consiglio di amministrazione di una fondazione di diritto privato di cui al d.lg. 29 giugno 1996 n. 367 è legata ad un preciso onere motivazionale ed al verificarsi di circostanze concrete connesse all'attività istituzionale della fondazione, mentre nessun rilievo assumono vicende inerenti i rapporti tra il componente del consiglio e l'ente nominante”.

Corte Conti reg., (Sardegna), sez. contr., 18/06/2007, n. 9: “La fondazione è regolata in tutti i suoi aspetti dal diritto privato, anche quando la "partecipazione" dell'ente locale è totalitaria, gli organi di amministrazione sono formati da soggetti designati dall'ente pubblico e la fondazione assume, pertanto, ai sensi della normativa comunitaria, lo status di organismo di diritto pubblico. Non sussiste, ai sensi della normativa attualmente vigente, un obbligo per l'ente locale di ripianare eventuali perdite della fondazione. Ciò non toglie che, di fronte ad una situazione di perdita della fondazione il comune si trovi di fronte all'alternativa tra aumentare l'entità dei contributi ordinari erogati (ovvero l'entità di quanto corrisposto a titolo di remunerazione del servizio, se dato in appalto), erogare un contributo straordinario, ovvero permettere che la fondazione eroda progressivamente il proprio patrimonio, con il rischio di non avere più mezzi adeguati alla realizzazione dello scopo socio assistenziale per il quale è stata costituita (e che si arrivi alla trasformazione della fondazione o alla liquidazione ed estinzione della stessa). In ogni caso detta situazione di perdita si ripercuote sul bilancio comunale o in termini di aumento delle spese effettuate a favore della fondazione o in termini di perdita definitiva di quel patrimonio che il comune ha sì trasferito alla fondazione nel momento della sua costituzione (e del quale lo statuto potrebbe, in via cautelativa, prevedere in caso di scioglimento della persona giuridica, la devoluzione al comune fondatore), ma dal quale continua a ricevere una utilità indiretta fintanto che la fondazione è in grado

di erogare il servizio e perseguire lo scopo socio assistenziale per il quale è stata costituita. L'esercizio di un "controllo analogo" a quello che esercita sui propri servizi dovrebbe consentire al comune di intervenire prima che la situazione di perdita si concretizzi e valutare, nell'ambito della propria autonomia gestionale, il ricorso a forme alternative e più efficienti di gestione del servizio [gestione in economia da parte del comune; affidamento diretto ad istituzioni, aziende speciali o società a totale partecipazione pubblica; affidamenti, previa procedura ad evidenza pubblica, a soggetti terzi privati (imprese individuali, società di persone, società di capitali associazioni, fondazioni private)]".

Corte Conti reg., (Piemonte), sez. giurisd., 01/09/2005, n. 223: *"La giurisdizione della Corte dei conti si radica anche nei confronti degli organismi di diritto pubblico, quali enti costituiti per soddisfare bisogni di interesse generale, che non abbiano finalità industriale o commerciale ed i cui organi siano nominati in maggioranza da enti pubblici; e, pertanto sussiste la giurisdizione nei confronti degli amministratori della Fondazione Ordine Mauriziano perché i componenti dei suoi organi amministrativi sono nominati in maggioranza da enti pubblici e perché le risorse utilizzate sono sicuramente pubbliche, derivando integralmente dal patrimonio dell'Ordine Mauriziano, che era un ente pubblico".*

Consiglio di Stato, sez. II, 30/10/1996, n. 2452: *"La presenza nell'assetto organizzativo di una fondazione (nella specie, del Festival dei due mondi) di un organo assembleare non attribuisce "ipso iure" a tale Ente la qualifica di associazione, in quanto l'organo assembleare non incide sulla natura giuridica associativa".*

Tribunale Alba, 25/03/2009: *"È soggetta a fallimento la fondazione che, oltre a sovrapporsi integralmente a una società commerciale sotto i profili sia soggettivo (nella specie, gli organi di controllo e di gestione dei due enti erano, rispettivamente, del tutto e sostanzialmente coincidenti) sia della gestione economica (nella specie, i due enti si erano reciprocamente finanziati), anziché utilizzare il patrimonio per cui è dotata al fine di perseguire lo scopo individuato nell'atto costitutivo, esercita l'attività propria dell'imprenditore commerciale, a prescindere tanto dall'assenza del fine di lucro, quanto dalla circostanza che la fondazione sia già stata dichiarata estinta dall'autorità amministrativa, con conseguente nomina giudiziale dei commissari liquidatori e del giudice delegato".*

Avv. Domenico Bezzi

Bibliografia essenziale

- R. Dabormida- La riforma del Terzo settore- Giuffrè 2017
- V. Montani –La legge delega del terzo settore e le prospettive di riforma del codice civile – jusOnline n.1/2017
- G.D. Mosco –L’impresa non speculativa – Giurisp. Commerciale, fasc.2, aprile 2017
- G. Cavallaro – La Fondazione come imprenditore commerciale ed il fallimento, fasc. 1, 2017
- N. Longobardi –Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato- in Amministrazioni in cammino
- C.M. Bianca –La Fondazione –in Diritto Civile, Giuffrè