



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

LE FONDAZIONI

I MODELLI DI GOVERNANCE DELLE FONDAZIONI

Monica De Paoli

24 Marzo 2015 – Sala Convegni C.so Europa, 11 Milano

Il codice civile

Art. 16.

Atto costitutivo e statuto. Modificazioni.

L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché **le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione**. Devono anche determinare, quando trattasi di associazioni, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; e, **quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite**.

L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione.

La responsabilità degli amministratori

L'art. 16 c.c. ha come modello la fondazione di erogazione

Il codice, facendo propria l'immagine della fondazione quale patrimonio destinato in perpetuo al perseguimento dello scopo individuato nella fase costitutiva, contempla esclusivamente l'organo amministrativo, affidatario di un ruolo esecutivo, attuativo delle indicazioni espresse dal fondatore.

L'art.18 c.c. disciplina la responsabilità degli amministratori.

La responsabilità dei titolari degli organi non è basata su un contratto di mandato, ma su un **rapporto organico**, cosicché è possibile azionare solo **un'azione di responsabilità** (come disposto agli artt. 18 e 25 c.c.). La fondazione è, invece, chiamata a rispondere (ai sensi dell'art. 2043 c.c.) degli atti illeciti compiuti dai suoi organi nell'esercizio delle funzioni.

I controlli pubblici sull'amministrazione

Il sistema di *governance* tradizionale del c.c. si completa con le previsioni relative al **controllo pubblico (artt. 25 c.c. ss.)**:

«L'autorità governativa esercita il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni; provvede alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, quando le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possono attuarsi; annulla, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume; può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto e dello scopo della fondazione o della legge.

L'annullamento della deliberazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima.

Le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori».

I controlli pubblici sull'amministrazione

Cons. Stato 42/1972:

La p.a., di fronte a domande di riconoscimento di personalità giuridica di un ente, ha ampi poteri di **indagine** e di **istruttoria**, per accertare la natura dell'ente da riconoscere, al fine dell'inserimento nell'ordinamento statale; C Stato 291/1974 ha stabilito che "l'intervento dell'autorità governativa nella gestione dell'amministrazione di una fondazione, ai sensi dell'art. 25 c.c., ha finalità e portata diverse, più estese e penetranti, rispetto a ai provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria ordinaria, essendo preordinato a normalizzare compiutamente, con i poteri che la legge attribuisce all'autorità amministrativa, la situazione dell'ente, al di fuori della contrapposizione delle parti in contrasto".

Il sistema di *governance* tradizionale

Il c.c. parla genericamente di “**amministratori**”, senza specificare se questi costituiscono un consiglio o possono agire congiuntamente o disgiuntamente. Il fatto che si parli di amministratori al plurale sembrerebbe escludere la possibilità di un organo amministrativo monocratico.

L’art. 4 del d. lgs. 361/2000 prevede che nel registro delle persone giuridiche devono essere riportati i dati degli amministratori della fondazione, con menzione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza.

Dottrina e giurisprudenza hanno sempre immaginato la presenza di un organo collegiale quale unico organo obbligatorio per le fondazioni.

Il c.d.a. delibera a **maggioranza** (può essere previsto il necessario voto favorevole per alcune deliberazioni dei fondatori).

L'evoluzione della struttura di *governance*

L'impostazione del codice secondo orientamento costante non impedirebbe l'introduzione di **organi statutari ulteriori** rispetto a quello amministrativo, ma piuttosto importerebbe una **preclusione quanto alle competenze loro affidabili**, che troverebbero un limite nel rispetto dello scopo impresso al patrimonio.

(«esistono fondazioni il cui statuto, in parte contraddicendo il tradizionale modello, attribuisce rilievo alla struttura organizzativa, sia attribuendo ampie competenze e larghi margini di discrezionalità al consiglio di amministrazione, sia prevedendo, oltre a questo, altri organi collegiali, come assemblee, consigli generali, comitati esecutivi. Resta fermo, però, che gli amministratori non possono, a differenza dei componenti l'associazione, alterare a proprio piacimento il contenuto dell'atto costitutivo, deliberare lo scioglimento dell'ente o modificarne il fine, perché lo svolgimento della loro attività è pur sempre vincolata al perseguimento dello scopo prefissato dal fondatore, e l'esercizio di queste funzioni spetta solo all'autorità governativa» Trib. Salerno, 27.1.1999).

La fondazione di partecipazione

La “**fondazione di partecipazione**” si caratterizza per il coinvolgimento dei soggetti finanziatori nel governo dell’ente; solitamente ciò comporta la previsione, accanto all’organo amministrativo, di un assembleare, creando **una contaminazione tra fondazione e associazione.**

Le c.d. **fondazioni bancarie** (d.lgs. 153/1999) prevedono una “*governance*”, composta da distinti organi per le funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo. Al primo, investito della determinazione dei programmi, sono attribuite le competenze negli enti associativi demandate all’assemblea (modifica dello statuto e dei regolamenti, nomina dei titolari delle cariche sociali; approvazione del bilancio, etc.).

La fondazione di partecipazione

La prassi offre **diversi modelli di fondazione di partecipazione**, la maggior parte dei quali accomunati dall'apertura dell'ente **all'adesione di nuovi soggetti** - privati e pubblici - i quali, effettuando un apporto, vengono ammessi a prendere parte alle decisioni strategiche (elezione dell'organo amministrativo, esercizio della funzione di indirizzo).

Struttura classica:

Consiglio Generale (fondatori)

Assemblea di partecipazione (aderenti e sostenitori)

Consiglio di amministrazione

Organo di sorveglianza

La fondazione di partecipazione

Altri statuti:

“fondatore promotore” un ente; “fondatori” i soggetti pubblici e privati che effettuano un contributo di valore non inferiore ad una certa soglia, mentre un apporto minore è consentito ai “partecipanti”; “amici della fondazione” chi effettua contribuisce in denaro non prefissate.

La diversa articolazione degli organi, più o meno complessa, dipende dalle dimensioni della fondazione e dalla partecipazione di enti pubblici o di soggetti finanziatori

I requisiti di indipendenza

A differenza delle società di capitali (2387 c.c.), nessuna previsione codicistica del principio di **indipendenza**.

Principi della **Carta delle Fondazioni**, approvata dall'Assemblea Acri del 4 aprile 2012:

- indipendenza degli organi, non rappresentanza degli enti designanti (principio 5);
- trasparenza (principio 6)
- incompatibilità e ineleggibilità, in particolare candidature politiche, disciplina dei conflitti di interesse (principio 7);
- disciplina della struttura organizzativa, del monitoraggio, rendicontazione.

Legame tra meccanismi di **nomina** e requisito dell'indipendenza.

I requisiti di indipendenza

Requisito espressamente previsto per l'impresa sociale - D. lgs. 155/2006

« Art. 8, *Cariche sociali*

1. Negli **enti associativi**, la nomina della maggioranza dei componenti delle cariche sociali non può essere riservata a **soggetti esterni alla organizzazione** che esercita l'impresa sociale, salvo quanto specificamente previsto per ogni tipo di ente dalle norme legali e statutarie e compatibilmente con la sua natura.
2. Non possono rivestire cariche sociali soggetti nominati dagli enti di cui all'articolo 4, comma 3 (*imprese private con finalità lucrative e amministrazioni pubbliche, n.d.a.*).
3. L'atto costitutivo deve prevedere specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed **indipendenza** per coloro che assumono cariche sociali.»

Le modalità di nomina degli amministratori

Non esistono disposizioni di legge.

Nomina iniziale nell'atto costitutivo (ruolo del fondatore).

Lo statuto prevede i meccanismi di **sostituzione**.

Possono essere anche **persone giuridiche** (contra: Galgano).

Spesso **cariche istituzionali** (*es. il Comune di ..*):

in questo caso bisogna distinguere se in consiglio siede il legale rappresentante pro-tempore (se cambia, cambia in automatico chi siede in cda) o una persona designata dall'ente, ad esempio un dipendente (in questo caso, la sostituzione deve essere formalizzata con una nuova nomina).

Nomina riservata a **enti pubblici** (cfr. Consiglio di Stato n. 3820/2012, n. 1156/1999) e provvedimenti successivi non sono atti amministrativi ma atti di **autonomia privata**.

Le modalità di nomina degli amministratori

Negli statuti si rinvengono molte modalità di **nomina e sostituzione**.

La **cooptazione** è una delle più comuni: consiste nella sostituzione di uno dei membri mediante **designazione da parte degli altri membri** del medesimo organo.

Di solito il membro cooptato rimane in carica per la restante durata dei membri in carica.

La nomina può essere rimessa a **terzi**, persone fisiche (spesso i fondatori) enti pubblici o privati.

Nelle fondazioni di partecipazione gli amministratori vengono solitamente nominati dall'assemblea o comunque dall'**organo di indirizzo**.

Le modalità di nomina degli amministratori – Orientamenti in materia di persone giuridiche

Linee guida European Foundation Centre (EFC): evitare **conflitti di interesse**.

Il fondatore può riservarsi all'atto della fondazione la nomina a vita dei membri del consiglio di amministrazione (*cfr. Consiglio di Stato, n. 148/1960*), ma gli è preclusa la nomina di uno o più o tutti gli amministratori **ad ogni successiva rinnovazione**, così come di sciogliere l'intero consiglio.

In generale, il fondatore può riservarsi **poteri in sede di nomina**, a condizione che siano garantiti:

- autonomia dell'ente,
- distacco del patrimonio dell'ente da quello dei fondatori,
- contemperamento dell'interesse del fondatore al buon funzionamento della fondazione con lo scopo dell'ente,
- presenza di meccanismi sostitutivi,
- numero di membri designati < maggioranza.

La durata delle cariche

Non esistono anche in questo caso disposizioni di legge.

La **durata** può essere prevista a vita e sino a revoca o dimissioni.

Nelle fondazioni di maggiori dimensioni o nelle fondazioni di partecipazione spesso la durata dei consigli di amministrazione è a tempo (tre, quattro, cinque anni), in quanto esiste un organo deputato alla nomina.

E' anche possibile una previsione di sostituzione «**per gradi**» dei membri del consiglio (alcuni scadono in un certo momento, altri l'esercizio successivo ecc..); consente di dare continuità e «memoria storica» all'operato del consiglio.

La rappresentanza delle fondazioni

La **rappresentanza** della fondazione verso l'esterno, anche processuale, spetta al Presidente.

Spesso vengono nominati uno o più Vice-presidenti, ai quali può essere riconosciuta la rappresentanza in caso di assenza o impedimento del Presidente. Lo statuto deve disciplinare questa possibilità.

Nelle fondazioni di partecipazione, se esistono più Presidenti (presidente del consiglio direttivo/di amministrazione e Presidente dell'assemblea/consiglio di indirizzo) lo statuto deve specificare che la rappresentanza spetta al Presidente del consiglio direttivo/di amministrazione, anche quando le due figure coincidono.

Possono essere dal Presidente **delegata** alcune funzioni.

La convocazione e le modalità delle riunioni

Lo statuto disciplina le modalità di **convocazione** e di **tenuta** delle riunioni dei vari organi.

Sono generalmente ammesse le stesse modalità di convocazione previste per le società di capitali (raccomandata, fax, email) purchè consentano la prova dell'avvenuta ricezione.

Sono anche generalmente ammesse le previsioni relative alle modalità di tenuta delle riunioni in **audio-video conferenza**.

Per ora gli uffici non si sono espressi sulla consultazione scritta ed il consenso espresso per iscritto.

La riforma del Terzo Settore e la *governance* delle fondazioni

Principi delle riforma

Partecipazione democratica, **responsabilità** degli organi, obblighi di trasparenza, **rendicontazione** e comunicazione, disciplina dei **compensi** dei membri degli organi di amministrazione e controllo.

Controlli sulla gestione, proposta di costituzione di un Authority del Terzo Settore.

Il contributo del notariato in risposta alle *Linee guida*

Autonomia statutaria e **inderogabilità** della struttura di *governance*.

Attribuzione della competenza alle **modifiche statutarie all'organo amministrativo**, salvo previsione statutaria dell'attribuzione della competenza all'assemblea.