

FONDAZIONI E CODICE TERZO SETTORE, PROBLEMATICHE DI DIRITTO INTERTEMPORALE.

Gianni Cortigiani

Abstract- La disposizione dell'art.90 CTS secondo la quale i poteri prefettizi ex art.25, 26, 28 c.c. sono esercitati dall'Ufficio del Registro Terzo Settore e sono sospese la iscrizione al registro prefettizio e l'applicazione del dpr 361/2000 si applica solo a seguito della effettiva iscrizione al RUNTS delle fondazioni, fino a tale momento continuano ad essere esercitabili i poteri attribuiti al Prefetto, anche per quanto riguarda eventualmente riguardi la legittimità delle delibere che optano per la iscrizione al RUNTS, salva la necessità di coordinamento fra istituzioni. In mancanza di espressa previsione statutaria non vi è una norma di legge utilizzabile ai fini della individuazione di quorum e maggioranze per l'adozione delle modifiche statutarie necessarie ai fini della iscrizione al Runts, ma possono essere comunque oggetto di controllo sulla base dei principi di correttezza e buona fede le modalità di convocazione dell'organo deliberante.

Abstract- The provision under article 90 CTS, according to which the powers of the Prefetto provided for in articles 25, 26, 28 c.c. are exercised by the Office "Ufficio del Registro del Terzo Settore" and are suspended the registration to the prefectural register and the application of the dpr 361/2000, is applied only after the actual registration to the RUNTS of the foundations, until that moment the powers attributed to the Prefect can still be exercised, also with regard to the legitimacy of the resolutions that opt for the registration to the RUNTS, except for the need of coordination between institutions. In the absence of express provisions in the foundation's statutes, there is no statutory provision that can be used for the purposes of identifying quorums and majorities for the adoption of the modifications to statutes that are necessary for registration to the RUNTS, but the manner in which the deliberating body is convened can nevertheless be subject to control on the basis of the principles of correctness and bona fide.

SOMMARIO: **a)** Iscrizione delle fondazioni al RUNTS e iscrizione al registro ex dpr 361/00, il problema del doppio binario; **b)** La soluzione di cui all'art.90 CTS, applicabilità della norma solo successivamente alla iscrizione al RUNTS; **c)** La sovrapposizione fra poteri prefettizi e poteri degli uffici del registro terzo settore; **d)** Le modifiche statutarie per l'iscrizione fra gli ETS delle fondazioni già esistenti: alcune problematiche tecniche.

A) Iscrizione delle fondazioni al RUNTS e iscrizione al registro ex dpr 361/00, il problema del doppio binario.

Il Codice del Terzo Settore (d.lgs.117/17) contempla fra i soggetti che possono assumere la qualifica di Ente del Terzo Settore (v.art.4, artt.20 e segg.) anche le Fondazioni di cui al Titolo II, Capo II del I Libro del Codice Civile.

La recente attivazione del RUNTS (Registro unico nazionale terzo settore) rende di stringente attualità alcune problematiche già presenti sin dalla pubblicazione del d.lgs.

Tali problematiche riguardano in primo luogo la coesistenza fra regolamentazione di cui al Codice Terzo Settore e disciplina di cui al dpr 361/00, esattamente è stato sin dal primo momento osservato al riguardo (v. Ceolin M. *Il c.d. Codice del Terzo Settore: un'occasione mancata?* In Nuove leggi civili commentate, 2018.I, 29) che il sistema attuale prevede un "doppio binario" per il riconoscimento della personalità giuridica, quello "classico" della iscrizione al registro prefettizio di cui al dpr 361/00 e quello "nuovo" della iscrizione al RUNTS.

Al contempo sorge il problema della permanenza o meno dei poteri prefettizi di controllo di cui all'art.25 c.c.

B) La soluzione di cui all'art.90 CTS, applicabilità della norma solo successivamente alla concreta iscrizione dell'Ente al RUNTS.

L'art.90 del Codice Terzo Settore è volto, appunto, alla risoluzione dei detti problemi.

In concreto il detto art.90 del Codice del Terzo Settore prevede che i controlli e i poteri di cui agli artt.25, 26, 28 c.c. sono esercitati sulle fondazioni del terzo settore dall'Ufficio del Registro unico nazionale (nello stesso senso si veda ad es. l'art.6 della L.R.Toscana 53/21). Sorge, peraltro, il dubbio se tale previsione si riferisca esclusivamente alle fondazioni iscritte al RUNTS, oppure se con l'attivazione del registro, avvenuta il 23/11 scorso, si sia già verificato lo "spossessamento" dei poteri prefettizi.

Altrettanto rilevante e problematico è il disposto dell'art.22 comma 1 bis CTS, secondo la quale l'iscrizione al RUNTS sospende l'efficacia della iscrizione nel registro di cui al dpr 361/2000, nonché la applicazione delle disposizioni dello stesso dpr.

A favore della tesi che riconosce la permanenza di poteri prefettizi fino al momento della concreta iscrizione potrebbe deporre la considerazione che pur essendo vero che non vi è completa identità fra i poteri di vigilanza di cui all'art.25 c.c e i controlli di cui al dpr 361/00, sembrerebbe del tutto illogico ritenere che possano esservi casi in cui non vi sia coincidenza fra le due tipologie; in senso contrario potrebbe richiamarsi la invero ambigua espressione contenuta nella Circ Min.Lavoro 27/12/18 n.20 secondo la quale "fino alla istituzione del RUNTS e alla conseguente possibilità di applicare l'art.22 le modifiche statutarie continuano a richiedere l'approvazione ex art.2 dpr 361/00" espressione che potrebbe interpretarsi come ricollegante il trasferimento di competenze alla possibilità astratta di iscrizione anziché alla iscrizione concreta: potrebbe altresì osservarsi che il dato letterale dell'articolo 90 riporta alle fondazioni in genere, senza formalmente distinguere fra iscritte e non iscritte e che (come del resto visto in precedenza) i poteri dell'art.25 c.c. sono esercitabili nei confronti di tutte le fondazioni e non solo di quelle iscritte nel registro di cui al dpr 361/00.

Più in generale, assume rilevanza per la risoluzione del problema la individuazione della efficacia della iscrizione al RUNTS, dichiarativa (v.in tal senso Natale G., *Il Terzo Settore, un nuovo esempio di plurimorfismo nella soggettività giuridica*, in Rass.Avviso.Stato 2019, 324 che assimila la iscrizione alla pubblicità dichiarativa ex art.2193 c.c.) o costitutiva.

Sembra peraltro decisivo al riguardo il disposto dell'art.7 DM 106/20, secondo il quale l'iscrizione al RUNTS ha effetto costitutivo relativamente alla acquisizione della qualifica di Ente del Terzo Settore (esattamente negli stessi termini si esprime il Preambolo della L.R. Toscana 53/21); in base a tale espressa previsione non si ha "fondazione del terzo settore" prima della iscrizione nel Registro, e poiché l'art.90 dispone il trasferimento di competenze in relazione alle "fondazioni del terzo settore", ne consegue che fino alla concreta iscrizione i poteri di cui agli artt.25, 26, 28 c.c. restano al Prefetto.

Non solo, anche l'art.22 c. 1 bis fa riferimento alle fondazioni del terzo settore, con la conseguenza che fino alla concreta iscrizione resta in capo al Prefetto il potere/dovere di approvazione delle modifiche statutarie di cui all'art.2 dpr 361/2000.

C) La sovrapposizione fra poteri prefettizi e poteri degli uffici del registro terzo settore.

Sono peraltro evidenti le possibili problematiche (anche di rapporti fra Istituzioni) connesse alla riscontrata sussistenza del “doppio binario” previsto dal legislatore. La delibera con cui una fondazione già esistente e iscritta nel registro prefettizio opta per la iscrizione al RUNTS adottando a tal fine modifiche statutarie sarebbe a rigor di termini inefficace ove non trasmessa al Prefetto e da questi approvata ex art.2 dpr 361/00, ma ciò non toglie che la stessa delibera, una volta inviata all’ufficio competente per la istruttoria volta alla iscrizione al RUNTS, apra un procedimento che, salvo un immediato intervento prefettizio potrebbe giungere alla conclusione della iscrizione, con le conseguenze dettate dall’art.90 . appare evidente la necessità di un coordinamento fra autorità, coordinamento che potrebbe anche sostanziarsi, nella ipotesi minimale, nella segnalazione da parte della Prefettura all’ufficio chiamato alla istruzione della pratica di iscrizione di eventuali dubbi di legittimità riscontrati o riscontrabili: Cons. Stato 4288/18 ammette espressamente, nell’ottica dell’interesse alla preservazione del vincolo di destinazione del patrimonio della fondazione, sollecitazioni e segnalazioni ab extra dirette all’uso del potere di annullamento.

D) Le modifiche statutarie per l’iscrizione fra gli ETS delle fondazioni già esistenti: alcune problematiche tecniche.

Sussistono anche, per le fondazioni già esistenti, ulteriori problemi “tecnici” per il completamento della iscrizione al RUNTS.

Presumibilmente sarà necessaria una modifica statutaria, quanto meno per la introduzione nella denominazione della indicazione ETS e soprattutto per la previsione dell’organo di controllo che l’art.30 CTS rende obbligatorio per tutte le fondazioni (e che ai sensi dell’art.31 può assumere anche le funzioni di revisione dei conti).

Ebbene, in passato la dottrina (Ferrara, *Le persone giuridiche*, 230; Liguori in Commentario Cod. Civile UTET, I, 207) giungeva a dubitare, stante la mancanza per le fondazioni di una norma analoga agli artt.16 ss c.c., della possibilità stessa della modifica dello Statuto delle fondazioni, ma come esattamente osservato da Tar Lombardia-Brescia (sent. 41/16), l’introduzione dell’art.2 dpr 361/00 ha superato ogni dubbio al riguardo, avendo in sostanza spostato il problema dalla modificabilità in astratto alla individuazione in concreto del limite alle possibili modifiche.

Tale limite viene evidenziato, nella stessa decisione, nella intangibilità del fine dell'Ente, mentre sono possibili le modifiche "organizzative" strumentali ed utili al miglior perseguimento del detto fine.

A sua volta, peraltro, anche l'esercizio dei poteri di cui all'art.25 c.c. (e indirettamente di quelli di cui all'art.2 dpr 361/00) incontra dei limiti. Insegna la giurisprudenza del Cons. Stato (v. la già citata sent. 4288/18) che la ragione di tali poteri è la sostanziale assenza di un controllo interno analogo a quello esercitato dai soci nelle associazioni, e che tali poteri non integrano un controllo "di merito", non possono aver riguardo alla "opportunità" delle determinazioni assunte dalla fondazione nell'ambito della sua autonomia privata, ma assumono una funzione di vigilanza, e cioè di un controllo di legittimità rispetto alla legge e all'atto di fondazione, controllo funzionale alla salvaguardia dell'interesse istituzionale dell'Ente "in rapporto a quanto giustifica la sua esistenza giuridica come tale, cioè alla preservazione del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo voluto dal fondatore".

Tenendo conto di tale principio, un intervento ex art.25 (da chiunque effettuato) , o una risposta negativa alla richiesta di iscrizione sarebbero giustificati solo ove nelle delibere della fondazione fosse ravvisabile un *vulnus* alla legge, oppure al vincolo di destinazione istituito al momento della costituzione della fondazione. Tale *vulnus* potrebbe in astratto essere ravvisato anche nelle modalità formali attraverso le quali la delibera di iscrizione è stata assunta.

E' ben vero che l'art.22 del Codice Terzo Settore demanda in sostanza ai Notai il controllo della regolarità formale delle delibere costitutive e, sia pur con riferimento alle particolari associazioni di cui all'art.101 c.2, la nota 19.3.21 n.3877 Min. Lavoro esclude che rientri fra i compiti dell'Ufficio il riscontro della regolarità formale delle Assemblee che hanno portato alla approvazione degli atti costitutivi e statutari e della loro convocazione (per vero dire la nota sembra dettata fundamentalmente dalla esigenza di evitare un accumulo di ricorsi e segnalazioni da parte di singoli associati nei confronti dell'Ufficio), ma in ogni caso, come visto sopra, fino alla concreta iscrizione non è applicabile l'art.22 Codice TS, ma l'art.2 dpr 361/00 e l'art.25, e siamo di fronte ad una fondazione e non ad una associazione ex art.101 CTS, per cui si ritiene che anche la regolarità "formale" della delibera possa essere oggetto di valutazione (sia da parte della Prefettura che da parte dell'Ufficio RUNTS (non a caso ai sensi dell'art.4 L.R.Toscana 53/21 la regolarità formale della documentazione costituisce uno degli aspetti della istruttoria ai fini della iscrizione). Tale valutazione- che si ripete può essere esclusivamente di legittimità -deve avvenire alla luce delle eventuali previsioni statutarie in punto di modifica dello

Statuto stesso, ma non può escludersi (ed anzi è ben possibile per le fondazioni più risalenti nel tempo costituite all'epoca in cui la dottrina escludeva la possibilità stessa di modifiche) che né l'atto costitutivo, né lo Statuto originario prevedano alcunché riguardo alle modalità per la modifica dello Statuto, né relativamente alla convocazione del Consiglio, né relativamente alle maggioranze necessarie.

Il difetto di previsioni statutarie non può essere nemmeno integrato con disposizioni legislative atteso che, come visto in precedenza, tali disposizioni non sussistono per le fondazioni ed è assai dubbia la possibilità di una applicazione analogica dell'art.21 cc che prevede come necessaria la presenza dei 3/4 degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti (la disposizione è derogata per le associazioni di cui all'art.101 c.2 CTS, dove sono sufficienti il quorum e la maggioranza ordinari).

In questa ottica possono però essere comunque rilevanti le modalità di convocazione dell'organo che ha assunto la delibera; pur in mancanza di specifiche norme statutarie di riferimento, sembra di poter far ricorso al principio generale di correttezza e buona fede, tante volte applicato dalla giurisprudenza a tutela delle minoranze societarie (Cass.4967/16, Cass.29792/17). Insegna in particolare la giurisprudenza, in relazione alla Assemblea delle società (art.2366 cc, 2479 bis cc), ma con considerazioni che appaiono estensibili a qualsiasi collegio deliberante, che le convocazioni devono essere tali da rendere edotti i convocati degli argomenti da trattare, così da consentire loro la partecipazione con la necessaria preparazione ed evitare che sia sorpresa la loro buona fede.

A tale proposito, non è da escludere che, nel caso in cui le suddette modalità "garantiste" non siano state in concreto adottate, il Notaro che ha ricevuto e inoltrato all'ufficio RUNTS la delibera possa essere incorso nella violazione degli artt.138 bis e 28 della Legge Notarile.