Le fondazioni di partecipazione non sono "società in house" – Cass. SS.UU. 2 febbraio 2018, n. 2584

Alceste Santuari

"Un patrimonio destinato ad uno scopo di pubblica utilità": è questa la definizione sintetica che possiamo ricavare dalle disposizioni contenute nel Primo Libro del Codice Civile del 1942 concernenti gli enti non profit. L'architettura giuridico-organizzativa contenuta nel Codice civile è stata pressochè confermata dal recente Codice del Terzo settore (d. lgs. n. 117/2017), in particolare dall'art. 4 e dal Titolo IV.

Tradizionalmente appartenenti alla sfera individuale (filantropia privata), divenute successivamente uno strumento per cristalizzare interessi corporate (fondazioni di impresa), in un'epoca più recente le fondazioni sono divenute strumenti giuridico-organizzativi "a disposizione" anche degli enti pubblici (in specie locali) per la realizzazione di finalità e di obiettivi propri della pubblica amministrazione. Quando poi tali obiettivi e finalità implicano la presenza di più soggetti pubblici e privati (for profit e non profit) siamo al cospetto delle "fondazioni di partecipazioni" ovvero "fondazioni associative".

E' sullo sfondo di questo nuovo modo di concepire lo strumento fondazionale che deve essere collocata la sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU. 2 febbraio 2018, n. 2584 che di seguito si annota.

Si ricordi che è tipico delle fondazioni di partecipazione costituirsi con un patrimonio iniziale che può (rectius: è) alimentato (di norma, ciascun anno) da ulteriori apporti e conferimenti da parte degli enti "soci", proprio per assicurare alla fondazione un livello di patrimonializzazione adeguato alla realizzazione degli scopi statutari. A ciò si aggiunga un elemento caratterizzante della fondazione di partecipazione proprio quando essa è "partecipata" da enti pubblici. Ci si riferisce al controllo penetrante che gli enti pubblici territoriali esercitano sull'attività svolta dalla fondazione cui essi partecipano. Si tratta di un controllo che, in uno con la designazione dei membri del consiglio di amministrazione da parte degli enti pubblici territoriali può in taluni casi definire una governance "pubblica" della fondazione.

In passato, il Consiglio di Stato (cfr. sez. V, sentenze 12 ottobre 2010, n. 7393 e 9 gennaio 2013, n. 66) ha "trasformato" una fondazione di partecipazione in organismo di diritto pubblico ai fini di assoggettare la fondazione alle norme di evidenza pubblica dettate dalla disciplina comunitaria e dalla normativa nazionale di attuazione. I "parametri" per una simile "trasformazione" sono stati così sintetizzati:

1. la fondazione era stata costituita per realizzare specificamente finalità di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2. essa era dotata di personalità giuridica autonoma;

3. essa svolgeva attività finanziata prevalentemente da enti pubblici territoriali;

4. la gestione era assoggettata al controllo degli enti pubblici territoriali;

5. più della metà del consiglio di amministrazione della stessa era designata dagli enti pubblici territoriali.

I giudici di Palazzo Spada hanno attribuito alle finalità perseguite dalla fondazione (promozione socio-culturale) carattere preminente, in quanto rientranti a pieno titolo tra le funzioni/attribuzioni istituzionali del Comune, escluse dal novero di quelle attività di natura commerciale-imprenditoriale e, quindi, sottratte alle regole del mercato (in senso contrario, cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., 7/4/2010 n. 8225). Rileva, al riguardo, l'elemento teleologico perseguito dall'ente locale territoriale attraverso l'impiego dello strumento "fondazione", che assurge, conseguentemente, ad un'entità strumentale del primo, in ragione delle proprie caratteristiche di duttilità gestionale, flessibilità organizzative e capacità di "autofinanziamento". Invero, per quanto attiene nello specifico a questo aspetto, Alla luce delle considerazioni sopra svolte, il Consiglio di Stato ha dunque ritenuto che la fondazione, persona giuridica di diritto privato, dovesse essere considerato alla stregua di un organismo di diritto pubblico, poiché essa:

- è il frutto dell'iniziativa di uno (o più) enti territoriali locali;
- è utilizzata, in modo stabile e irreversibile, proprio per la realizzazione di una finalità pubblicistica, non riconducibile a logiche di mercato;
- "vive" di finanziamenti pubblici;
- è controllata dagli enti pubblici territoriali.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, si trattava di una fondazione, i cui rappresentanti sono stati condannati a risarcire un danno erariale ed hanno successivamente contestato proprio l'insussistenza della giurisdizione contabile in materia di fondazioni.

In particolare, i ricorrenti hanno evidenziato che il patrimonio della fondazione non fosse soltanto pubblico e che quindi potesse essere alimentato anche con finanziamenti provenienti da soggetti privati ai quali, peraltro, non era preclusa la partecipazione alla fondazione.

Le Sezioni Unite hanno ribadito la necessità di distinguere tra enti pubblici economici, che restano nell'alveo della P.A., ancorché operino imprenditorialmente con strumenti privatistici, dalle fondazioni, soggetti di diritto privato, che rimangono tali anche se partecipate da enti pubblici. I giudici ribadiscono che qualora la P.A. decida di "acquisire partecipazioni in società private" ciò "implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta".

Gli organi di un soggetto privato, quale è la fondazione (anche di partecipazione) sono tenuti responsabili nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere. Il patrimonio della fondazione appartiene soltanto al soggetto giuridico e non certo ai singoli soci, pubblici ovvero privati che siano, i quali esercitano unicamente i diritti e i doveri che ad essi sono riconosciuti in quanto soci del soggetto giuridico, nel cui unico patrimonio sociale rimangono assorbiti e confusi i loro conferimenti singoli.

In ultima analisi, pertanto, la Corte ha sostenuto che la partecipazione di soci pubblici nella fondazione di partecipazione non "trasforma" quest'ultima in una società in house, venendo a mancare in capo alla stessa i tre presupposti per identificare il modello in house providing: integrale detenzione del capitale da parte di soggetti pubblici; svolgimento dell'attività prevalente a favore dei soci; controllo analogo (cfr. Cass., SS.UU. 22 dicembre 2016, n. 26643).

Non soltanto, rilevano i giudici, nel caso di specie mancano i requisiti sopra richiamati, ma la fondazione non persegue scopo di lucro e, conseguentemente, non può annoverarsi tra quei

soggetti che svolgono attività economiche da realizzarsi con criteri imprenditoriali e, quindi, in termini concorrenziali sul mercato.

Su quest'ultimo aspetto, occorre – alla luce del Codice del Terzo settore – valutare attentamente il ventaglio di attività svolte in concreto dalle fondazioni, le quali possono anche assumere la veste di imprenditori.

Quale considerazione finale vale forse la pena rammentare che la fondazione (compresa quella di partecipazione) deve essere oggetto di approfondita valutazione e ponderazione da parte dell'ente locale, specie per le implicazioni di natura patrimoniale che la fondazione implica. Invero, è opportuno rammentare che la formula della fondazione prevede un conferimento "tendenzialmente perpetuo" del patrimonio (danaro, immobili, terreno, know how, et similia). Ciò significa che, a differenza di altre formule privatistiche, quali ad esempio le società di capitali, quand'anche l'ente locale decidesse di esercitare il proprio diritto di recesso dalla fondazione (di partecipazione), al recesso non si accompagna (come accade, invece, nelle società di capitali) la restituzione del patrimonio conferito. E ciò proprio in ragione del vincolo impresso sul patrimonio delle fondazioni, il quale solo è riconosciuto (nell'atto di concessione della personalità giuridica di diritto privato) quale elemento fondamentale ed essenziale (congruo) per potersi dar vita alla fondazione. Si tratta, dunque, da parte dell'ente locale di operare una valutazione costi-benefici rispetto alla finalità da perseguire e al patrimonio da conferire per realizzare quella finalità.