

Direzione, coordinamento e controllo nei soggetti non profit alla luce del nuovo Codice: arrivano le prime indicazioni ministeriali. Fuori le pubbliche amministrazioni

Gli enti esclusi dal Terzo settore: un quadro in movimento

PAOLO ALESSANDRO
PESTICCIO

Con la Nota n. 2243 del 4 marzo 2020, il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali è intervenuto a dare chiarimenti sul complesso tema legato al divieto di “direzione, coordinamento e controllo” degli Enti del Terzo Settore (ETS)” da parte dei c.d. “soggetti esclusi”.

Per comprendere appieno tale approfondimento di prassi è essenziale operare primariamente una breve ricostruzione degli aspetti legislativi, volgendo lo sguardo alla L. 106/2016 (Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale) e scorrendo proprio nella delega legislativa i principi che successivamente il legislatore delegato ha cercato di trasferire in specifiche disposizioni compiute (art. 4 c. 2 del D.Lgs. 117/2017 e artt. 1 e 4 del D.Lgs. 112/2017).

Individuazione degli ETS. Come la stessa nota ministeriale ci rammenta, il legislatore ha individuato nell’art. 1 della citata legge delega l’intero comparto degli enti del c.d. Terzo Settore definendolo come il «[...] complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale» che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi «promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi [...]».

Non sono, invece, parte del Terzo settore «le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche». Le indicazioni contenute nella legge delega vengono riprese e compiutamente tracciate nel D.Lgs. 117/2017 (di seguito solo CTS) che, al suo articolo 4, individua:

– le tipologie di soggetti che possono assumere la qualifica di ETS (organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, imprese sociali, incluse le cooperative sociali, reti associative, società di mutuo soccorso, associazioni, riconosciute o non riconosciute, fondazioni e altri enti di carattere privato diversi dalle società);

– le finalità che gli ETS devono perseguire e gli ambiti di attività attraverso i quali

farlo, richiedendo agli stessi il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale, in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi o ancora di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi;

– l’obbligo di iscrizione in un apposito Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS), da istituirsi e suddiviso in specifiche sezioni; – le tipologie di enti escluse dal Terzo Settore, quali le società (con l’eccezione delle imprese sociali comprensive delle cooperative sociali) le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, c. 2, D.Lgs. 165/2001, le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro nonché – aspetto di specifico interesse nell’odierna disamina – gli enti sottoposti alla direzione ed al coordinamento o controllati dai suddetti enti.

La Nota ministeriale prosegue, evidenziando che l’esclusione di tali tipologie di enti dal perimetro degli ETS non costituisce una novità per il nostro ordinamento giuridico in quanto previsioni simili sono presenti rispettivamente nell’ancora vigente disciplina in tema di ONLUS (art. 10, c. 10 del D.Lgs. 460/1997) e nella disciplina delle APS, attualmente abrogata (cfr. art. 2, c. 2 della L. 383/2000).

In merito all’estensione dell’esclusione dal novero dei potenziali ETS, di quegli enti che siano – anche solo – sottoposti a direzione, coordinamento o controllo da parte dei c.d. “enti esclusi”, ciò avrebbe la finalità di evitare «ogni possibile effetto di aggiramento indiretto della previsione normativa dell’esclusione» derivante dall’individuazione di enti che, pur essendo formalmente distinti dai soggetti c.d. “esclusi”, siano di fatto assoggettati all’influenza dominante di questi ultimi; influenza dominante che la disposizione di legge qualifica come “direzione, coordinamento o controllo” dell’ETS da parte di uno o più degli enti esclusi.

Infine, per completare il quadro soggettivo è opportuno evidenziare che il comma 2 dell’art. 4 del CTS esclude dall’applicazione di quanto previsto nello stesso comma:

– i soggetti operanti nel settore della protezione civile;

– i corpi volontari dei vigili del fuoco delle Province autonome di Trento e di Bolzano e della Regione autonoma della Valle d’Aosta;

– le associazioni o fondazioni di diritto privato ex IPAB derivanti dai processi di trasformazione delle istituzioni pubbliche di assistenza o beneficenza.

Le prime due categorie di enti poc’anzi richiamate sembrano trovare la loro eccezione nel fatto di essere dei soggetti a fortissima valenza solidaristica e volontaristica, incardinati nei rispettivi sistemi territoriali di protezione civile e di sicurezza antincendio e collegati «alle amministrazioni pubbliche da relazioni disciplinate dalla normativa particolare». In questo contesto l’utilità pubblica che sta alla base di tali strutture e la necessità che tali essenziali risorse siano stabilmente ed efficacemente coordinate, ha determinato – con tutta probabilità – l’eccezione legislativa.

Con riferimento alla terza categoria di enti, associazioni e fondazioni derivanti dai processi di trasformazione delle istituzioni pubbliche di assistenza o beneficenza (ex IPAB), è la stessa disposizione di legge a chiarire che tale scelta trova ragione nel fatto che «la nomina da parte della pubblica amministrazione degli amministratori di tali enti si configura come mera designazione, intesa come espressione della rappresentanza della cittadinanza, e non si configura quindi mandato fiduciario con rappresentanza, sicché è sempre esclusa qualsiasi forma di controllo da parte di quest’ultima».

Merita di essere ricordato che l’assenza di “mandato fiduciario con rappresentanza” è nozione contenuta nell’art. 17, c. 1, lett. b), D.Lgs. 207/2001 (Riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza), ove si prevedeva la possibilità del mantenimento della nomina pubblica dei componenti degli organi di amministrazione già prevista dagli statuti, esclusa comunque ogni rappresentanza.

Ne deriva, come specifica anche la Nota ministeriale, che la nomina di uno o più componenti degli organi di amministrazione, effettuata dall’ente pubblico, nelle associazioni o nelle fondazioni ex IPAB, non configura di per sé il perdurare del controllo pubblico sulla ex IPAB, tale per cui la stessa debba essere annoverata nel “gruppo amministrazione pubblica”, come definito nell’allegato n.

4/4 del D.Lgs. 118/2011, recante le disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi. Tra l’altro, in tal senso si è recentemente espressa la Commissione per l’Armonizzazione Contabile degli Enti Territoriali (Arconet), istituita presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze, la quale ha evidenziato che anche la recente previsione normativa contenuta nell’art. 11 – sexies del D.L. 135/2018 (conv. L. 12/2019), ha inteso ribadire – per le Fondazioni ex IPAB – l’assenza dello specifico negozio giuridico del “mandato fiduciario con rappresentanza” da parte delle PPAA, in quanto l’eventuale nomina pubblica degli amministratori di tali enti, è una mera designazione, espressione della rappresentanza della cittadinanza ed estranea a “qualsiasi forma di controllo dell’ente pubblico”.

La Commissione sopra richiamata ha, comunque, evidenziato che resta necessario, al fine di verificare se una ex IPAB debba essere inclusa o meno nel Gruppo Amministrazione Pubblica (GAP), operare anche un «attento esame dell’atto costitutivo e dello statuto al fine di verificare se, fermo restando che la nomina degli amministratori da parte della Pubblica Amministrazione non si configura quale controllo pubblico per le fondazioni (e associazioni) ex IPAB facenti parte del Terzo Settore, sussista almeno una delle altre condizioni previste dalla disciplina di cui al D.Lgs. n. 118/2011 e successive correzioni e integrazioni (ad esempio l’obbligo di ripianare i disavanzi)».

Le nozioni di direzione, coordinamento e controllo. Individuati i c.d. “enti esclusi” la Nota ministeriale si sofferma sulla necessità di puntualizzare cosa debba intendersi con le parole “direzione, coordinamento e controllo” al fine di poter verificare i casi nei quali all’aspirante ETS, seppur soggettivamente in regola, debba essere rifiutata l’iscrizione al RUNTS, in ragione della presenza di una “influenza dominante” da parte dei c.d. “enti esclusi”.

La Nota ministeriale precisa immediatamente che nel CTS non è contenuta un’espressa definizione della nozione di direzione, coordinamento e controllo, ma che tuttavia in esso è esplicito e rinvio legislativo che permet-

te di trarne una possibile interpretazione. Infatti, l’art. 3 del CTS, che si occupa di disciplinare il rapporto tra le fonti deputate a regolare la materia di Terzo Settore, stabilisce che «per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione».

Ne deriva che nel delineare la nozione di “controllo” potrà venire in aiuto quanto disposto dall’art. 2359 cod.civ., secondo il quale la situazione di “controllo” può ricorrere nelle seguenti 3 circostanze:

1) controllo interno di diritto (art. 2359, c. 1, n. 1, cod.civ.), derivante da una partecipazione maggioritaria al capitale di una società, tale da determinare la disponibilità della maggioranza di voti esercitabili nell’assemblea ordinaria;

2) controllo interno di fatto (art. 2359, c. 1, n. 2, cod.civ.) derivante da una partecipazione minoritaria, la quale tuttavia per la presenza di azioni senza diritto di voto o per l’assenteismo diffuso degli altri azionisti, consenta di far prevalere la propria volontà nell’assemblea ordinaria e quindi di imporre, attraverso la nomina degli amministratori e dei sindaci, l’indirizzo amministrativo della società; ciò determinerebbe una disponibilità di voti comunque sufficienti per esercitare un’influenza dominante nella medesima assemblea ordinaria;

3) controllo esterno di fatto (art. 2359, c. 1, n. 3, cod.civ.) derivante da particolari vincoli contrattuali che consentano ad un soggetto di esercitare un’influenza dominante sulla società.

Tali nozioni, ritiene l’Amministrazione, dovranno essere prese in considerazione, con i necessari adattamenti, per identificare un’eventuale situazione di controllo rilevante ai fini di quanto previsto nell’art. 4, c. 2 del CTS. Gli ETS, infatti, non possono essere costituiti in forma societaria (fermo restando la particolare categoria delle imprese sociali, per la quale il D.Lgs. n. 112/2017 detta una disciplina specifica) e, pertanto, la situazione di controllo, in tale frangente, non potrà essere indagata con riferimento alla misura della partecipazione al capitale ma potrebbe, invece, essere verificata con riferimento all’effetto che la partecipazione maggioritaria determina negli enti (ad es. la disponibilità della maggioranza di voti e-

sercitabili negli organi decisionali dell’ente).

Volendo richiamare le casistiche dell’art. 2359 del cod. civ. si potrebbe ritenere sussista un “controllo di diritto” ove l’atto costitutivo e lo statuto riservino ad un determinato soggetto escluso – oppure ad un insieme di soggetti esclusi, anche appartenenti a diverse tipologie di essi – la maggioranza dei voti esercitabili nell’organo assembleare, di indirizzo o nell’organo amministrativo, in ragione dei differenti sistemi di governance che gli ETS abbiano adottato. Al riguardo l’Amministrazione ritiene che la situazione di controllo descritta, possa ricorrere anche nella circostanza in cui partecipino all’ETS una pluralità di soggetti esclusi, che singolarmente considerati non dispongano della maggioranza dei voti nell’organo assembleare o nell’organo di amministrazione, ma la cui somma dei voti degli stessi sia in grado di determinare la disponibilità della maggioranza dei voti nei citati soggetti esclusi.

Sempre adattando la nozione codicistica, si potrebbe ritenere vi sia invece un “controllo di fatto” quando, pur non risultando ad un attento esame dell’atto costitutivo o dello statuto, esso segua a situazioni di fatto oggettivamente riscontrabili nel concreto (ad esempio dall’esame delle deliberazioni degli organi in grado di indirizzare l’attività dell’ente).

Infine, un’ipotesi di “controllo esterno” potrebbe riscontrarsi in presenza di appositi accordi di natura contrattuale tra due o più enti, attraverso i quali l’ente o gli enti appartenente/i alle categorie escluse, sia/siano posto/i in condizione – in virtù di tali accordi – di esercitare un’influenza dominante sull’aspirante ETS, determinandone i suoi indirizzi gestionali.

Il medesimo ragionamento, prosegue la Nota ministeriale, deve essere effettuato con riferimento all’eventuale sussistenza di una situazione di “direzione e coordinamento” da parte di soggetti appartenenti alle categorie “escluse” da RUNTS, ai sensi dell’art. 4, c. 2 del CTS. In questo caso il riferimento può essere tratto, in primo luogo, dalle definizioni elaborate in relazione all’attività di “direzione e coordinamento” nell’ambito dei gruppi societari, come disciplinata dagli articoli 2497 e ss. del cod. civ. Tale nozione potrebbe identificarsi con «l’esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo i-

donei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’ente, cioè sulle scelte strategiche ed operative». Effettiva presenza di un’attività di direzione e coordinamento da parte dei soggetti esclusi dovrà, tuttavia, essere valutata in concreto, sulla base di elementi suscettibili di indicare un’effettiva influenza sulla gestione dell’ente da parte del soggetto “escluso”.

Alcuni indici rivelatori dell’attività di direzione e coordinamento sembrano potersi scorgere nell’art. 2497 – sexies ove si presume, salvo prova contraria, che l’attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci, o che comunque le controlli ai sensi del già richiamato art. 2359 del cod.civ.

La Nota conclude la parte dedicata agli ETS (con esclusione dell’impresa sociale, regolata da differente decreto) evidenziando che la ratio della disposizione di cui all’art. 4, c. 2, del CTS, è quella di precludere l’adozione della qualifica di ETS ad enti equiparabili ai c.d. soggetti “esclusi”, in ragione di una commissione nella governance o nei processi gestori e decisionali tale da rendere l’ETS partecipato, nei fatti, come un’estensione dello stesso ente escluso. Diversamente, ove tale “influenza dominante” non fosse ravvisabile, deve considerarsi ammissibile la possibilità, per le amministrazioni pubbliche e per gli altri “enti esclusi” dalla qualifica “diretta” di ETS, di partecipare all’azione di tali enti.

Impresa sociale ed enti esclusi: direzione, controllo e coordinamento. La tematica degli “enti esclusi” e “dell’influenza dominante” deve essere affrontata anche in relazione all’Impresa sociale, anch’esso un ETS ma regolato in primis dal D.Lgs. 112/2017. In relazione alla questione in esame l’art. 1 dopo aver fornito, al c. 1, la nozione di impresa sociale, al successivo c. 2 del citato decreto dispone che «non possono acquisire la qualifica di impresa sociale le società costituite da un unico socio persona fisica, le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l’erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati». Inoltre, al successivo art. 4, c. 3 precisa che «le società costituite da un unico

socio persona fisica, gli enti con scopo di lucro e le amministrazioni pubbliche [...] non possono esercitare attività di direzione e coordinamento o detenere, in qualsiasi forma, anche analoga, congiunta o indiretta, il controllo di un’impresa sociale ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile».

L’esigenza di prevenire un’ingerenza o un’influenza indebita che possa sviare l’Impresa sociale dalle sue finalità o dal suo carattere privatistico, ha inoltre ispirato il contenuto dell’art. 7 del citato D.Lgs. 112/2017 il quale, dopo aver ribadito che l’atto costitutivo o lo statuto «possono riservare a soggetti esterni all’impresa sociale la nomina di componenti degli organi sociali», dispone che: a) in ogni caso, la nomina della maggioranza dei componenti dell’organo di amministrazione è riservata all’assemblea degli associati o dei soci dell’impresa sociale; b) non possono assumere la presidenza dell’impresa sociale i rappresentanti degli enti di cui all’articolo 4, c. 3, cioè gli “enti esclusi”, dovendosi ritenere che il termine “rappresentanti” sia riferibile ai «soggetti nominati da pubbliche amministrazioni e da enti con scopo di lucro» (cfr. Relazione illustrativa al Decreto sull’Impresa sociale).

Quanto appena evidenziato permette di precisare che la disposizione, di per sé, non vieta al soggetto che assuma la presidenza dell’Impresa sociale di ricoprire, contestualmente, un incarico con poteri specifici anche in un soggetto escluso, a patto che quest’ultimo non abbia alcun rapporto con l’Impresa sociale. Il divieto, invece, scaterà nel momento in cui sia il soggetto escluso ad individuare e porre un proprio rappresentante all’interno dell’organo di amministrazione, anche ove tale ruolo avvenga in un momento successivo (nomina a Presidente con successivo atto dell’ente escluso).

Inoltre, si tenga presente che l’impresa sociale trova la sua specifica regolamentazione nel D.Lgs. n. 112/2017, le le società costituite da un unico socio persona fisica, le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l’erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati». Inoltre, al successivo art. 4, c. 3 precisa che «le società costituite da un unico

Conclusioni. La Nota ministeriale in commento interviene a chiarire e perimetrare l’ambito di operatività delle disposizioni del CTS che intervengono ad individuare quei soggetti c.d. “esclusi” dalla possibilità di acquisire la qualifica di ETS.

La Nota fa, correttamente, riferimento all’art. 4 del CTS per individuare tali enti esclusi, non richiamando invece il precedente art. 3 CTS, ove si evidenzia che le disposizioni contenute nello stesso non si applicano alle fondazioni “bancarie” (rectius enti di cui al D.Lgs. n. 153/1999), salvo quanto previsto dal Capo II del Titolo VIII in merito al finanziamento dei Centri di servizio per il volontariato.

In effetti, il Legislatore delegato ha reso “inapplicabili” a tali enti le norme del CTS, sterilizzando per essi la possibilità di acquisire la veste di ETS. Al contempo però, tali enti non sembrano essere nelle medesime condizioni di quelli citati nel successivo art. 4, c. 2, almeno in relazione alla possibilità di esercitare “direzione, coordinamento o controllo” nell’ETS. Il combinato disposto dei citati artt. 3 c. 3 e 4 c. 2 non consente di mettere sullo stesso piano le due tipologie di soggetti rispettivamente richiamate nelle disposizioni e renderebbe, dunque possibile ad una fondazione “bancaria” di esercitare una posizione dominante (direzione, coordinamento o controllo) non assumendo essa direttamente la qualifica di ETS.

Operata tale breve riflessione, che sarà probabilmente oggetto di futuri chiarimenti, si ritiene utile esprimere qualche sintetica valutazione in relazione all’applicazione concreta della disposizione contenuta nel citato c. 2, art. 4, sino ad ora commentata.

Rispetto alla platea degli “enti esclusi” dalla possibilità di rivestire la qualifica di ETS è opportuno ribadire – come la stessa Nota ministeriale ci ricorda – «che l’esclusione dalla perimetrazione soggettiva del Terzo settore di tali categorie di enti» non costituisce una novità, giacché il CTS ripropone le previsioni rinvenibili, rispettivamente, nella disciplina in tema di ONLUS e di APS.

Non riesce difficile, invero, comprendere la motivazione dell’esclusione degli “enti pubblici” che risiede – con tutta probabilità – nella volontà di «favorire la crescita ed il consolidamento di un Terzo Settore privato ed autonomo, in grado di funzio-

nare al di fuori dei canali di collocazione diretta delle risorse pubbliche» (cfr. Relazione di accompagnamento al Decreto ONLUS). Al contempo, l’attuale disposizione di legge ha ritenuto opportuno individuare “le amministrazioni pubbliche” escluse attraverso un richiamo legislativo (D.Lgs. 165/2001), forse sull’onda di interpretazioni cangianti della dottrina e della giurisprudenza che, spesso hanno qualificato come “pubbliche amministrazioni” anche soggetti privati.

Differenti le valutazioni in merito all’esclusione delle formazioni ed associazioni politiche, dei sindacati, delle associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche delle associazioni di datori di lavoro. Per essi, al di là di taluni appigli riscontrabili nella Costituzione (artt. 39 e 49) non vi sono motivazioni specifiche evidenti, nemmeno nella Relazione accompagnatoria. In tale contesto è verisimile ritenere che vi sarà un’oscillazione interpretativa estensiva o restrittiva sia da parte degli enti che riterranno di poter accedere al RUNTS sia da parte dei soggetti vigilanti che saranno deputati alla verifica soggettiva, ai sensi dei citati articoli 4 CTS e 1 e 4 del Decreto sull’Impresa sociale, al fine di ammettere o meno l’ente all’iscrizione nel RUNTS.

Resta, infine, essenziale un cenno agli enti religiosi, richiamati nel terzo comma dell’art. 4 CTS. Ad essi il Codice riserva una strutturazione del tutto peculiare disponendo che le disposizioni dello stesso si applichino loro, limitatamente allo svolgimento delle attività di interesse generale di cui all’articolo 5 CTS a condizione i) che per tali attività sia adottato un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata che – nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti – recepisca le norme del CTS, ii) che tale atto sia depositato nel RUNTS, iii) che sia costituito un patrimonio destinato e iv) che siano tenute separatamente le scritture contabili di cui all’art. 13 CTS.

In definitiva, le questioni che attendono ulteriori interventi interpretativi sono ancora numerose e dottrina, prassi e giurisprudenza non mancheranno di essere sollecitate dai numerosi dubbi che continuano a delinearsi nell’applicazione delle nozioni disposizioni, ad ormai quasi 3 anni dalla loro approvazione.