



Corte II
B-883/2011

Sentenza del 24 ottobre 2011

Composizione

Giudici Francesco Brentani (presidente del collegio),
Philippe Weissenberger, Jean-Luc Baechler,
cancelliere Corrado Bergomi

Parti

1. X. _____,
2. **Fondazione Y.** _____,
entrambi patrocinati dall'avv. Giovanni Merlini,
Via S. Gottardo 56, CP 1631, 6648 Minusio,
ricorrenti,

contro

Dipartimento federale dell'interno DFI,
Segreteria generale SG-DFI,
Vigilanza federale sulle fondazioni,
Schwanengasse 2, 3003 Berna,
autorità inferiore.

Oggetto

Provvedimento d'urgenza (decisione incidentale)
del 3 gennaio 2011;
sospensione momentanea di un membro del Consiglio di
Fondazione.

Fatti:**A.**

La fondazione Y._____ (di seguito: ricorrente 2), costituita il 28 gennaio 1963, è una fondazione di diritto privato con sede a (luogo). Secondo l'estratto del registro di commercio del cantone Ticino essa ha come scopo la "[...] tenuta di conferenze annuali chiamate "Y._____ Tagungen" nello spirito e secondo le intenzioni della fondatrice Z._____ (scienza comparata delle religioni-scienze morali-scienze naturali). La collaborazione con altri istituti per creare ulteriori incontri interdisciplinari nello spirito di Y._____. La raccolta delle conferenze stesse in un annuario da pubblicare a cura di una casa editrice. La creazione di un luogo di lavoro e di riposo per persone attive nel campo intellettuale. A persone che, a discrezione del consiglio di fondazione, rispondono a tali requisiti, dovrà essere messa a disposizione per periodi brevi o eventualmente lunghi un alloggio nelle proprietà Y._____, gratuitamente o dietro corresponsione di una modesta partecipazione ai costi". In data 11 novembre 2005, X._____ (di seguito: ricorrente 1) è entrato a far parte del Consiglio di fondazione della ricorrente 2.

B.

Nell'esaminare i conti della ricorrente 2, l'autorità inferiore aveva riscontrato, in concomitanza con l'ufficio di revisione, diversi problemi. Di conseguenza, in data 13 gennaio 2010 essa ha indetto d'urgenza una riunione a Berna con il dimissionario presidente della fondazione A._____, sua moglie B._____ (anche dimissionaria), il ricorrente 1 ed E._____. A mente dell'autorità inferiore, alla riunione sono stati convocati tutti i membri del Consiglio di fondazione della ricorrente 2.

Il 4 giugno 2010 l'autorità inferiore ha sporto denuncia penale per amministrazione infedele e truffa nei confronti del ricorrente 1 e di A._____ a svantaggio della ricorrente 2 presso il Ministero pubblico del Cantone Ticino. Il 30 giugno 2010 la Procura ha decretato il non luogo a procedere.

C.

Il 1 dicembre 2010 l'autorità inferiore ha chiesto la riapertura del procedimento penale presso la Procura del Cantone Ticino, la quale ha aperto un'inchiesta penale tuttora in corso. Secondo l'ordine di perquisizione e sequestro del Procuratore generale del 21 dicembre 2010

viene imputato ai denunciati summenzionati, tra cui il ricorrente 1, di avere, nel periodo 2005-2009, nella loro funzione di organi della fondazione, "[...] ripetutamente ed intenzionalmente violato i loro doveri, in particolare addebitando alla fondazione ingenti costi almeno in parte non giustificati dallo scopo della stessa, ciò ben sapendo che la situazione finanziaria della fondazione Y._____ era già fortemente compromessa e facendo sì che il suo patrimonio venisse concretamente danneggiato". Sempre secondo lo stesso ordine di perquisizione e sequestro tra "[...] gli ingenti costi addebitati alla Fondazione Y._____ " risulterebbero "[...] quelli relativi all'asserito rilancio dell'attività della stessa attraverso la Fondazione Z._____ con sede a (luogo) [...]" e, a detta della segnalante, "[...] alle uscite contabili dalla Fondazione Y._____ aventi quale causale il rilancio dell'attività [...]" non corrisponderebbero "[...] speculari entrate nella contabilità della Fondazione Z._____".

D.

Il 3 gennaio 2011 l'autorità inferiore ha deciso la sospensione momentanea del ricorrente 1 dalla sua funzione di membro del Consiglio di fondazione della ricorrente 2. "In seguito a nuovi fatti emersi e a denunce sollevate da terzi [...]" essa ha addotto di aver chiesto la riapertura di un'inchiesta penale contro il ricorrente 1 e che quindi, nell'ambito del suo potere di vigilanza, si sarebbe imposta la sospensione momentanea del ricorrente 1 "[...] finché l'inchiesta penale non avrà stabilito il suo ruolo nella vicenda". Con risposta del 27 gennaio 2011 la medesima autorità ha respinto la domanda della ricorrente 2 del 14 gennaio 2011 volta alla sospensione del provvedimento sino all'eventuale (e denegata) promozione dell'accusa nei confronti del ricorrente 1.

E.

Contro la decisione del 3 gennaio 2011 la ricorrente 2 e il ricorrente 1, entrambi patrocinati dall'avv. Giovanni Merlini, hanno interposto in data 2 febbraio 2011 ricorso presso lo scrivente Tribunale, chiedendo l'annullamento della stessa e postulando la congiunzione dei due ricorsi.

Secondo i ricorrenti sarebbe facile inficiare i sospetti di reati penali denunciati dall'autorità inferiore come l'amministrazione infedele e la truffa a carico del ricorrente 1. Essi affermano innanzitutto come i flussi finanziari indiziati siano tutti legali e che il ricorrente 1 non è mai stato responsabile della contabilità della ricorrente 2, per cui non possono essergli imputate registrazioni le cui diciture eventualmente non risulterebbero del tutto adeguate. I ricorrenti spiegano che il ricorrente 1

da parte sua ha sempre consegnato puntualmente al servizio contabile tutte le pezze giustificative degli esborsi da lui anticipati personalmente e con proprio denaro a favore della ricorrente 2. A mente dei ricorrenti, l'autorità inferiore non ha minimamente motivato la sua decisione. A loro dire, dalla lettura dell'ordine di perquisizione e sequestro dal Procuratore generale del 21 dicembre 2010 risulta lo stesso impianto accusatorio della prima denuncia penale del giugno 2010, conclusosi in un non luogo a procedere. Secondo i ricorrenti, un semplice richiamo alla circostanza che in seguito a nuovi fatti emersi e a denunce sollevate da terzi – in casu calunnie contenute in una denuncia mendace sporta da un ex inquilino di "H. _____" che da tempo coverebbe sentimenti di rancore nei confronti degli organi della fondazione, sia perché il suo contratto di locazione sarebbe stato disdetto dalla fondazione, sia perché la sua pretesa di far parte della direzione della ricorrente 2 e di indicare nominativi di suo gradimento quali membri del consiglio non sarebbero state soddisfatte – non basta per giustificare un tale provvedimento, e già per questo vizio di forma la decisione va annullata per violazione del diritto federale. Per i ricorrenti non è chiaro che cosa intende l'autorità inferiore laddove scrive "(...) questa volta sfociata in un'inchiesta penale". Essi reputano che in realtà il procedimento davanti al Ministero pubblico si trova nella fase istruttoria che, in virtù del nuovo codice di procedura penale (in vigore dallo scorso 1° gennaio 2011), si ritrova anticipata rispetto a quanto previsto dalla vecchia procedura penale cantonale: secondo i ricorrenti, con il nuovo codice, chi è oggetto di una denuncia penale ha fin dall'inizio la posizione di imputato (con più estesi diritti e garanzie) e non più di indiziato; ciò non toglie che le indagini della presente istruzione formale possano sfociare – come prima – in un non luogo a procedere, oppure nella promozione dell'accusa o nel decreto d'accusa, perciò l'attuale posizione processuale del ricorrente 1 non è diversa, in sostanza, da quella dello scorso mese di giugno.

I ricorrenti fanno inoltre valere che l'autorità inferiore ha abusato del suo potere di apprezzamento e che il provvedimento è censurabile anche in quanto inadeguato, considerato che il ricorrente 1 non ha il diritto di firma individuale per arrecare eventuali pregiudizi patrimoniali alla ricorrente 2. A mente loro, il provvedimento è sproporzionato anche per la ricorrente 2, la sospensione del ricorrente 1 dal Consiglio di fondazione toglierebbe infatti "[...] una risorsa insostituibile per competenza, interessi e relazioni". I ricorrenti spiegano che la ricorrente 2 non dispone di un direttore operativo, per cui i lavori di ordinaria amministrazione devono poter essere ripartiti su tutti i membri della fondazione. Essi indicano che attualmente è in corso una fase di "rilancio scientifico della Fondazione"

comprendente i lavori preparatori per il contributo alle commemorazioni del 50mo anniversario della morte di C. G. Jung, ciò che comporta un dispendio elevato delle risorse. Essi aggiungono che il ricorrente 1 si è impegnato con successo a riallacciare importanti contatti con un istituto americano, solo grazie ai quali sarebbe stato possibile assicurare alla ricorrente 2 la continuità del sostegno finanziario di _____ (cifra) US \$ annui, oltre al sostegno di diverse attività. I ricorrenti ribadiscono che con la sospensione temporanea del ricorrente 1 vi è il rischio che tali sostegni finanziari vengano meno, il che potrebbe comportare la cessazione delle attività e la chiusura della fondazione. Considerato infine l'unico elemento che avrebbe indotto l'autorità inferiore ad emettere la sua decisione, cioè l'esistenza di un'inchiesta penale, i ricorrenti sostengono che incombeva alla stessa di procedere ad un accertamento esatto e completo della fattispecie o perlomeno dei fatti (riportati nelle nuove denunce di terzi) rilevanti ai fini dell'applicazione del diritto in materia di vigilanza sulle fondazioni, per appurare se in concreto fosse adeguata una tale decisione. I ricorrenti sono convinti che se l'autorità inferiore, prima di emettere la decisione incidentale, avesse proceduto ad un'accurata ponderazione degli interessi in gioco, sarebbe giunta alla conclusione che nessun interesse pubblico giustificerebbe il verosimile e probabile pregiudizio degli interessi degni di protezione del ricorrente 1.

F.

Con ordinanza del 3 marzo 2011 lo scrivente Tribunale ha congiunto le procedure di ricorso B-883/2011 (riguardante il ricorrente 1) e B-884/2011 (riguardante la ricorrente 2) sotto il numero di ruolo B-883/2011, chiedendo nel contempo all'autorità inferiore di inoltrare una risposta ai ricorsi.

G.

Con risposta del 2 maggio 2011 l'autorità inferiore postula la reiezione dei gravami. Nella motivazione essa adduce che, esaminando i conti annuali della ricorrente 2 conformemente al suo dovere di vigilanza, essa ha notato che l'ufficio di revisione aveva emesso una riserva rispetto ai conti chiusi il 31 dicembre 2008 e chiesto, nel dicembre 2009, il dettaglio di alcune voci relative alle spese del conto economico della ricorrente 2, accorgendosi che importanti somme di denaro sarebbero state versate a due membri del Consiglio di fondazione della ricorrente 2. In seguito anche a nuovi fatti emersi e a denunce sollevate da terzi, l'autorità inferiore spiega di aver richiesto la riapertura del procedimento penale, per cui il magistrato avrebbe riscontrato elementi concreti di sospetto per aprire un'istruttoria penale. Essa specifica che la fase del non luogo a

procedere è ormai superata e che l'attuale posizione processuale del ricorrente 1, contrariamente a quanto affermato dai ricorrenti, è diversa da quella del mese di giugno 2010. L'autorità inferiore conclude che in questa circostanza il rischio che i beni della fondazione non siano utilizzati conformemente allo scopo della fondazione è concreto e quindi ben giustificato sospendere il ricorrente 1 dalle sue funzioni di membro del Consiglio di fondazione della ricorrente 2 fino a che il suo ruolo nella vicenda penale non sia chiarito. A detta dell'autorità inferiore, solo l'allontanamento del ricorrente 1 permetterebbe di evitare eventuali danni alla ricorrente 2. L'interesse preponderante attuale della ricorrente 2 sarebbe quello di far luce sull'utilizzo che sarebbe stato fatto dei beni della fondazione nel periodo tra il 2005-2009, nonché garantire che attualmente sussiste un utilizzo di tali beni conforme allo scopo statutario.

Inoltre l'autorità inferiore reputa non chiaro il motivo per cui il ricorrente 1 non si sia opposto alla sospensione provvisoria dalla funzione di membro del Consiglio della fondazione Z._____, anche ordinata in data 3 gennaio 2011, ritenendo assurdi la sua argomentazione e il suo comportamento. Secondo lei, un consigliere di fondazione serio, il quale dovrebbe svolgere la sua attività sostanzialmente per ragioni ideali, si sarebbe messo da parte nell'attesa dell'esito dell'istruttoria penale per non ledere gli interessi della fondazione e non causarne un danno di immagine. L'autorità inferiore è del parere che anche l'argomento che il provvedimento controverso causerebbe l'interruzione di sostegni finanziari della ricorrente 2 manca di plausibilità, in quanto sarebbe facile trovare un'altra persona di contatto per la collaborazione con l'importante sponsor. I ricorrenti non si sarebbero chiesti cosa penserebbe tale sponsor se sapesse che elementi concreti di sospetto gravano sul ricorrente 1. L'autorità inferiore spiega inoltre che la collaborazione con il ricorrente 1 per chiarire i fatti della vicenda non è stata esauriente, e a tutt'oggi, nonostante svariati richiami, comprese anche varie multe negli anni e mesi passati alla fondazione Z._____, i rendiconti 2007 e 2008 sono incompleti, e quelli del 2009 inesistenti.

L'autorità inferiore conclude che il provvedimento adottato è proporzionato e rispetta il principio di sussidiarietà, spiegando di aver fatto riferimento all'apertura dell'istruttoria penale che coincide con il riscontro da parte del Ministero pubblico del Cantone Ticino di elementi concreti di sospetto e danno nei confronti della ricorrente 2, il che rappresenta una motivazione più che sufficiente. L'autorità inferiore precisa in tale contesto che non avrebbe più strumenti per poter indagare su fatti di rilevanza penale e spetta alla procura a esaminare, da una

parte le accuse mosse da lei stessa, e dall'altra, gli argomenti in difesa dell'operato del ricorrente 1.

H.

Con scritto del 17 maggio 2011 lo scrivente Tribunale ha chiesto al Ministero pubblico del Cantone Ticino di pronunciarsi sui tempi previsti per il procedimento penale aperto nei confronti del ricorrente 1 nella summenzionata vicenda. Inoltre con ordinanza del 17 maggio 2011 lo stesso Tribunale ha chiesto all'autorità inferiore di inoltrare entro il 13 giugno 2011 una copia della richiesta di riapertura del procedimento penale del 1° dicembre 2010 e l'ha invitata a precisare i costi che vengono nominati nell'ordine di perquisizione e sequestro del 21 dicembre 2010 del Procuratore generale del Cantone Ticino.

I.

Con scritto del 24 maggio 2011 l'autorità inferiore ha comunicato che, a causa del segreto istruttorio e al fine di non pregiudicare le indagini penali attualmente in corso, è spiacente di non poter fornire ulteriori informazioni.

Con lettera del 1° giugno 2011 il Ministero pubblico del Cantone Ticino ha risposto che, allo stadio attuale, è difficile pronunciarsi in merito ai tempi previsti per il procedimento penale aperto nei confronti del ricorrente 1.

J.

Ulteriori fatti e argomenti addotti dalle parti negli scritti verranno trattati nei seguenti considerandi qualora risultino risolutivi per l'esito della vertenza.

Diritto:

1.

1.1. Conformemente all'art. 31 della legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (LTAF, RS 173.32), il TAF giudica i ricorsi contro le decisioni ai sensi dell'art. 5 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021), sempre che non vi siano eccezioni giusta l'art. 32 LTAF. Nel presente caso non sono date simili eccezioni. Il Dipartimento federale dell'interno DFI, Segreteria generale, Vigilanza federale sulle fondazioni, è un'autorità inferiore ai

sensi dell'art. 33 lett. e LTAF. Ha diritto di ricorrere chi ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo, è particolarmente toccato dalla decisione impugnata e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica della stessa (art. 48 cpv. 1 PA).

Secondo l'art. 5 cpv. 2 PA sono considerate decisioni anche le decisioni incidentali, tra cui le decisioni incidentali notificate separatamente e concernenti la competenza o domande di rikusazione (art. 45 PA) e le "altre" decisioni incidentali (art. 46 PA). La decisione incidentale non è finale, perché concerne solamente una fase del procedimento. Essa ha una funzione meramente strumentale rispetto a quella destinata a concludere il procedimento. Il ricorso contro altre decisioni incidentali notificate separatamente è ammissibile se tali decisioni possono causare un pregiudizio irreparabile (art. 46 PA cpv. 1 lett. a PA) o se l'eventuale l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defaticante e dispendiosa (art. 46 cpv. 1 lett. b PA). Secondo la prassi dello scrivente Tribunale il pregiudizio non dev'essere per forza di natura giuridica, ma può consistere anche in un inconveniente fattuale, particolarmente economico, se il ricorrente con la contestazione della decisione incidentale non intende unicamente impedire il prolungamento dei termini di procedura o l'aumento dei costi legati alla causa. Simili pregiudizi sono soltanto considerati irreparabili e quindi impugnabili con ricorso se arrecano all'interessato uno svantaggio che una decisione favorevole nel merito non permetterebbe di eliminare del tutto (cfr. decisione del Tribunale amministrativo B-5598/2010 del 27 maggio 2011 consid. 2.1; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zurigo 2009, n. 4 segg. ad art. 46 PA; cfr. in relazione all'inconveniente fattuale anche la sentenza del Tribunale federale 5A_274/2008 del 3 gennaio 2002, consid. 5.1).

1.2. Il provvedimento d'urgenza dell'autorità inferiore del 3 gennaio 2011 riporta il titolo "decisione incidentale". Ordinando nel dispositivo della decisione contestata che il provvedimento è in vigore "finché l'inchiesta penale non avrà stabilito" il ruolo del ricorrente 1 nella summenzionata vicenda, l'autorità inferiore esprime il carattere provvisorio della misura adottata. L'autorità inferiore mette così in evidenza che il controverso provvedimento non pone fine alla vertenza sulla sospensione del ricorrente 1 e che seguirà una decisione definitiva, perciò la decisione in oggetto può giustamente essere definita come decisione incidentale (cfr. decisione del Tribunale federale 5A_401/2010 dell'11 agosto 2011,

consid. 1; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2a edizione, Basilea 2010, n. 1181; STEFAN VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zurigo/Basilea/Ginevra 2008, p. 89 seg. e 98 seg.). Essa costituisce un'altra decisione incidentale ai sensi dell'art. 46 cpv. 1 PA ed è impugnabile dinanzi al Tribunale amministrativo federale nell'ambito delle disposizioni generali della procedura federale (cfr. art. 46 PA i. r. c. art. 31 segg. LTAF). I ricorrenti hanno descritto in modo plausibile e abbastanza dettagliato se e in che misura il provvedimento contestato potrebbe tangere i diritti individuali del ricorrente 1 e creare un dispendio amministrativo e economico alla ricorrente 2 (cfr. la presentazione riassuntiva alla lettera E. dei fatti). Queste indicazioni non vengono confutate o contestate in modo serio dall'autorità inferiore, per cui i pregiudizi incombenti non possono essere esclusi con l'ordinamento definitivo.

Pertanto i ricorrenti possono essere considerati destinatari diretti dell'atto impugnato di cui ne sono particolarmente toccati ed il quale è suscettibile di causar loro un pregiudizio irreparabile. Entrambi hanno quindi un interesse degno di protezione all'annullamento immediato dello stesso. Di conseguenza è data la loro legittimazione a ricorrere.

Le disposizioni sul termine, la forma e il contenuto del ricorso sono osservate (cfr. art. 50 e 52 cpv. 1 PA), gli anticipi spese sono stati versati entro il termine stabilito (cfr. art. 63 cpv. 4 PA), il rappresentante dei ricorrenti ha giustificato i suoi poteri con una procura scritta (cfr. art. 11 cpv. 2 PA) e sono parimenti adempiuti i rimanenti presupposti processuali (cfr. art. 44 segg. PA). Occorre quindi entrare nel merito del ricorso.

2.

2.1. La vigilanza federale sulle fondazioni d'interesse collettivo compete all'autorità inferiore (art. 3 cpv. 2 lett. a dell'ordinanza del 28 giugno 2000 sull'organizzazione del Dipartimento federale dell'interno, OOrg-DFI, RS 172.212.1). Le competenze di vigilanza sono sancite agli artt. 80-89 del Codice Civile Svizzero (CC, RS 210) e nell'ordinanza concernente l'ufficio di revisione delle fondazioni del 24 agosto 2001 che disciplina le condizioni per la richiesta di esonero dall'obbligo di designare un ufficio di revisione e per la nomina di un revisore particolarmente qualificato (RS 211.121.3). L'autorità di vigilanza, in casu l'autorità inferiore, provvede affinché i beni siano impiegati conformemente al fine della

fondazione (art. 84 cpv. 2 CC). Questo include il potere e l'obbligo dell'autorità di vigilanza di provvedere affinché il Consiglio di fondazione rispetti l'atto di fondazione ed eventuali prescrizioni e non oltrepassi il suo margine d'apprezzamento. All'opposto l'autorità inferiore non ha il diritto di sostituire questo margine d'apprezzamento, ma è tenuta a rispettare l'ambito dell'autonomia della fondazione e dei suoi organi e può intervenire per principio soltanto in caso d'abuso (cfr. decisione del Tribunale federale 5A_232/2010 del 16 settembre 2010, consid. 3; DTF 112 II 471, consid. 2 e 3; HAROLD GRÜNINGER, Aktuelles aus dem Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht, in: *successio* 2011, p. 121 seg.). Tra le attività dell'autorità inferiore si annoverano l'esame preliminare dei progetti di fondazione (facoltativo), l'assoggettamento delle fondazioni alla vigilanza, la verifica annuale dei rapporti d'esercizio, l'approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo, dello statuto e di eventuali regolamenti, nonché lo scioglimento di fondazioni (cfr. per tutto decisione del Tribunale amministrativo federale B-4826/2010 dell'8 febbraio 2011, consid. 2).

2.2. La vigilanza federale sulle fondazioni funge da autorità giudicante e di decisione nel caso di istanze o denunce formali inoltrate da terzi che vertono sulla legittimità delle attività della fondazione o sulla legittimità dell'operato degli organi della fondazione stessa. L'autorità dispone di un'ampia gamma di misure di vigilanza che possono essere ordinate d'ufficio o su richiesta motivata di terzi. Le misure, concretizzate dalla prassi, sono l'ammonimento (misura più lieve), la prescrizione, le misure sostitutive, la soppressione di determinati organi della fondazione e, nel caso più grave, lo scioglimento della fondazione. Nella scelta della misura da adottare l'autorità inferiore dispone di un ampio margine d'apprezzamento ed è quindi tenuta in modo particolare a rispettare i principi generali di diritto, in primo luogo il principio della proporzionalità e della sussidiarietà. Se il comportamento di un organo della fondazione è tale da non essere più sostenibile con l'attività della fondazione conformemente alla legge, l'autorità di sorveglianza è autorizzata, secondo prassi e dottrina, per esempio a sospendere tale organo, ma è però tenuta a fare uso di un simile provvedimento soltanto se altrimenti sarebbe compromesso l'impiego dei beni della fondazione secondo lo scopo e altre misure meno rigorose non promettono il successo sperato (cfr. decisione del Tribunale federale 5A_232/2010 del 16 settembre 2010, consid. 3.1.2; DTF 105 II 321, consid. 5; HAROLD GRÜNINGER, in: *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, 4 ed., Basilea 2010, n. 12 segg. ad art. 84 CC). Tuttavia, l'autorità di vigilanza non ha competenze di polizia: eventuali perquisizioni domiciliari, confische e simili possono essere condotte unicamente dalle autorità incaricate del perseguimento penale.

L'estensione dei poteri di sorveglianza nel dettaglio avviene in base alle circostanze del singolo caso (cfr. decisioni del Tribunale federale 5A_274/2008 del 19 gennaio 2009, consid. 5.1 e 5A_401/2010 dell'11 agosto 2010; decisioni del Tribunale amministrativo federale B-3318/3007 e B-3223/2007 del 6 marzo 2008 consid. 5.1, B-3867/2007 del 29 aprile 2008 consid. 3; cfr. inoltre per i compiti dell'autorità inferiore il sito web <http://www.edi.admin.ch/esv/00471/00472/index.html?lang=it>, visitato l'ultima volta l'11.10.2011).

Di seguito bisogna esaminare se la sospensione temporanea del ricorrente 1 dalla sua funzione di membro del Consiglio di fondazione della ricorrente 2 è corretta.

3.

3.1. L'autorità inferiore ha motivato la decisione impugnata principalmente con il riferimento all'inchiesta penale per amministrazione infedele e truffa contro il ricorrente 1, aperta dalla Procura del Cantone Ticino su denuncia dell'autorità inferiore stessa. Essa espone che, nell'ambito dell'esame dei conti annuali della ricorrente 2 conformemente al suo obbligo di vigilanza, l'ufficio di revisione aveva emesso una riserva rispetto ai conti chiusi il 31 dicembre 2008, accorgendosi che importanti somme di denaro erano state versate a due membri del Consiglio di fondazione della ricorrente 2, tra cui il ricorrente 1. Per questo motivo l'autorità inferiore spiega di aver richiesto dettagli su alcune voci relative alle spese del conto economico della ricorrente 2. Secondo lei, analizzando in simultanea la contabilità disponibile della ricorrente 2 e della fondazione Z._____, emerge che uscite asseritamente dichiarate in una contabilità a favore dell'altra fondazione, non troverebbero riscontro nella contabilità di chi avrebbe dovuto beneficiare.

L'autorità inferiore, come risulta dalla risposta del 2 maggio 2011, è dell'opinione che in questa circostanza il rischio che i beni della fondazione non siano utilizzati conformemente allo scopo della fondazione è concreto e quindi ben giustificato sospendere il ricorrente 1 dalle sue funzioni di membro del Consiglio di fondazione della ricorrente 2 fino a che il suo ruolo nella vicenda penale non sia chiarito. A mente dell'autorità inferiore, solo l'allontanamento del ricorrente 1 permette di evitare eventuali danni alla ricorrente 2 e il proprio interesse preponderante consisterebbe nel fare luce sull'utilizzo che sarebbe stato fatto dei beni della fondazione nel periodo tra il 2005-2009, nonché

garantire che attualmente ci sia un utilizzo di tali beni conforme allo scopo statutario.

Con scritto del 24 maggio 2011 l'autorità inferiore ha inoltre dichiarato che a "causa del segreto istruttorio e al fine di non pregiudicare le indagini attualmente in corso in Ticino", non è in grado di fornire informazioni sui costi nominati nell'ordine di perquisizione e sequestro del 21 dicembre 2010 del Procuratore generale del Cantone Ticino.

3.2. Con ricorso del 2 febbraio 2011 i ricorrenti sostengono innanzitutto che un semplice richiamo a "nuovi fatti emersi e a denunce sollevate da terzi" non basta per giustificare tale provvedimento. A loro dire l'autorità inferiore non porta alcuna prova documentaria a sostegno delle sue allegazioni. Per i ricorrenti i sospetti flussi finanziari si sarebbero svolti tutti in modo legale. Essi precisano le circostanze che hanno causato la denuncia penale per i titoli di amministrazione infedele e truffa nei confronti del presidente di allora della ricorrente 2, A._____, e del ricorrente 1. Per quanto riguarda per esempio l'indiziato versamento mensile di CHF _____, i ricorrenti precisano che si tratta di una pigione per la locazione di uffici da parte della ricorrente 2 presso il Centro C._____ di proprietà della (...) SA di (luogo), di cui il ricorrente 1 era ed è amministratore unico. Secondo loro il ricorrente 1 non ha neanche il diritto di firma individuale per recare eventuali pregiudizi patrimoniali alla fondazione.

4.

4.1. Secondo la prassi, la sospensione di un organo dal Consiglio di fondazione può, di principio, entrare in considerazione soltanto se il principio della proporzionalità non impone una misura più lieve (cfr. decisione del Tribunale federale 5A_232/2010 del 16 settembre 2010, consid. 3.1.2). La decisione impugnata costituisce un provvedimento cautelare (cfr. decisione del Tribunale federale 2A_64/2003 del 27 maggio 2003, consid. 2). Il divieto di esercitare un'attività, sebbene di carattere provvisorio, può costituire un intervento eccessivo in diversi diritti fondamentali e deve avvenire nel pieno rispetto dei principi dello Stato di diritto. Un provvedimento cautelare dev'essere urgente e presupporre che vi è seriamente da temere che sussista un rischio acuto per l'interesse pubblico o privato protetto, in casu lo scopo statutario della fondazione, ed ha in questo senso carattere preventivo (cfr. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, op. cit., n. 1178). Per tale provvedimento è necessario considerare le prospettive di successo

della causa principale, cioè della decisione definitiva sulla sospensione di un membro del Consiglio di fondazione, l'eventuale danno per la fondazione e la proporzionalità dell'ordinanza temporanea (cfr. VOGEL, op. cit., p. 92 segg.; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 116/1997 II, p. 322 n. 90 segg.). Anche se per una misura cautelare è sufficiente un esame sommario di fatto e di diritto è importante che l'autorità giudicante presenti il più presto possibile tutti gli elementi di fatto necessari per la comprensione dei considerandi di diritto.

4.2. Come mostrano i considerandi seguenti, la questione a sapere se e in che misura il solo rinvio all'apertura di un'inchiesta penale possa giustificare un provvedimento amministrativo e misure cautelari, può fortemente dipendere dal singolo caso. Indiscusso è comunque che una tale misura presuppone un certo rischio di recidiva (per la discussione nella dottrina cfr. ad esempio STEPHAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxikommentar, Zurigo/S. Gallo 2008, n. 3 ad art. 67 del Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 [CP, RS 311]; PETER HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarkt-aufsichtsgesetz, 2a edizione, Basilea 2011, n. 1 segg. ad art. 33 della legge federale del 22 giugno 2007 concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari [legge sulla vigilanza dei mercati finanziari, LFINMA, RS 956.1]). Gli effetti della decisione amministrativa fondata unicamente sull'indicazione di un'istruttoria penale in corso, rispettivamente su indizi o elementi di sospetto che si riferiscono ad uno stato provvisorio potrebbero rischiare di entrare in un certo qual modo in contraddizione con il principio della presunzione dell'innocenza. In ogni caso, i fatti determinati e gli indizi di reato devono almeno rispecchiarsi nel provvedimento amministrativo, cioè essere condivisibili affinché il procedimento penale in corso possa giustificare una decisione amministrativa corrispondente.

5.

Nel caso in esame, come menzionato precedentemente, balza agli occhi che la decisione impugnata è motivata essenzialmente con l'indicazione dell'apertura di un'inchiesta penale. Lo scrivente Tribunale riconosce che, di principio, l'ordine della sospensione temporanea di un membro del Consiglio di fondazione può essere possibile già solo sulla base dell'avvio di un procedimento penale a carico di tale organo, finché non sia stata fatta chiarezza sulle accuse mosse nei suoi confronti, conto tenuto in

particolare della possibile gravità dei reati in questione. Rimane comunque l'obbligo di esaminare se una tale motivazione, considerando l'insieme delle circostanze, sia pertinente anche nel singolo caso rispettivamente se sia condivisibile nella misura di permettere un esame della decisione impugnata tramite l'autorità di ricorso.

5.1. L'obbligo di motivazione deriva dal diritto di essere sentito. Il diritto di essere sentito sancito dagli artt. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost, RS 101) e 6 n. 3 della Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, RS 0.101) costituisce un aspetto importante e specifico del principio generale di un equo processo giusta gli artt. 29 cpv. 1 Cost e 6 n. 1 CEDU. Il diritto di essere sentito è una garanzia di natura formale. Una sua lesione comporta di regola l'annullamento della decisione impugnata, indipendentemente dalla fondatezza materiale del ricorso (DTF 124 V 183, consid. 4a; DTF 122 II 469, consid. 4a con rinvii; decisione del Tribunale federale 2P_67/2000 del 19 settembre 2000).

L'obbligo di motivazione è definito tra l'altro esplicitamente dall'art. 35 cpv. 1 PA ed è volto ad assicurare la trasparenza dell'attività dell'amministrazione, a favorire la comprensione del provvedimento da parte degli interessati, a salvaguardare l'esercizio del diritto di difesa dei concorrenti esclusi ed a permettere all'autorità di ricorso di pronunciarsi sulla legittimità dell'atto impugnato e renderlo controllabile (MARCO BORGI/GUIDO CORTI, Compendio di procedura amministrativa ticinese, ad art. 26 PAm, n. 1; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zurigo 2009, n. 12 segg. ad art. 35). E' sufficiente che la motivazione si esprima sulle circostanze significative, atte ad influire in un modo o nell'altro sul giudizio di merito, così da permettere all'interessato di afferrare le ragioni poste a fondamento della decisione e di impugnarla con cognizione di causa (DTF 129 I 232, consid. 3.2, DTF 126 I 97, consid. 2b; DTF 124 II 146, consid. 2a, DTF 123 I 31, consid. 2c). Ovvero, l'autorità non è tenuta a prendere posizione su tutti gli argomenti sollevati, ma può limitarsi ad esporre le sole circostanze rilevanti per la decisione (DTF 130 II 530, consid. 4.3; DTF 129 II 232, consid. 3.2.; DTF 126 I 97, consid. 2b; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, op. cit., n. 344). Se come nel caso di specie all'autorità è riconosciuto un ampio margine d'apprezzamento e la misura di vigilanza scelta tocca in modo particolare i diritti individuali, vigono esigenze più elevate all'obbligo di motivazione

(cfr. DTF 129 I 232, consid. 3.3 con ulteriori riferimenti, tra l'altro alla DTF 112 la 107, consid 2b).

5.2. È possibile ed appare incontestato che nella fattispecie diverse transazioni finanziarie non sono state registrate secondo i principi contabili. Però, come confermato dal Procuratore pubblico del Cantone Ticino nel decreto di non luogo a procedere del 30 giugno 2010 (cfr. n. 4 pagina 5 del decreto), da detta circostanza non si può direttamente risalire ad un reato. Secondo questo decreto, motivato in modo dettagliato e coerente, le problematiche erano principalmente legate alle eccessive spese, con particolare riferimento agli importi dati direttamente o tramite terze entità in favore di A. _____, nonché agli importi pagati a titolo di affitto dalla ricorrente 2 in favore di strutture riconducibili al ricorrente 1. Pur sostenendo il parere dell'autorità inferiore – secondo cui chi siede nel Consiglio di fondazione dovrebbe svolgere attività per scopi ideali – il Procuratore pubblico dichiara che non ci sono adeguati motivi per esperire ulteriori verifiche sul piano penale e che in effetti non risultano presenti sufficienti indizi a carico dei denunciati (cfr. n. 6 pagina 6 del decreto di non luogo a procedere del Procuratore pubblico del Cantone Ticino del 30 giugno 2010).

La decisione impugnata si limita sostanzialmente a richiamare che "in seguito a nuovi fatti emersi e a denunce sollevate da terzi" l'autorità inferiore ha chiesto la riapertura del procedimento penale contro il ricorrente 1 presso la Procura del Cantone Ticino e che il Procuratore Generale questa volta ha aperto un'inchiesta penale. L'autorità inferiore si accontenta di rinviare in modo globale a sospetti versamenti finanziari da parte dei ricorrenti, senza nominare i "terzi" denunciati o concretizzare i nuovi fatti sospetti e senza nemmeno fare un preciso riferimento agli atti corrispondenti. Fino ad oggi non è però documentato, né sostanziato quali "nuovi" e concreti elementi avrebbero causato la seconda denuncia penale contro il ricorrente 1, anche per capire se siano emersi fatti e indizi che possano confermare i menzionati sospetti ed un'eventuale condanna. L'autorità inferiore, da una parte, condiziona la sua decisione all'eventuale condanna penale del ricorrente 1, ma, dall'altra, afferma di non voler entrare "in materia sulle questioni penali e di competenza del Ministero Pubblico".

I ricorrenti, cioè la fondazione stessa, rappresentata dal Presidente e da un altro membro del Consiglio di fondazione, nonché il quarto ed ultimo membro, sia nelle lettere del 14 gennaio e del 27 maggio 2011 (allegate agli atti preliminari) sia nel ricorso del 2 febbraio 2011 hanno sostanziato

in modo plausibile quali sono gli interessi attuali, anche finanziari, della fondazione al mantenimento del ricorrente 1 allo stato di membro del Consiglio della fondazione.

Considerato che appena sei mesi fa, il Procuratore pubblico non ha potuto dar seguito alla denuncia dell'autorità inferiore, decretando il non luogo a procedere sulla base di una motivazione dettagliata, e, tenuto conto delle osservazioni dei ricorrenti già nell'ambito della procedura dinanzi all'autorità inferiore, ci si sarebbe potuto attendere che l'autorità inferiore motivasse il suo provvedimento nei confronti dei ricorrenti nella decisione stessa o nell'ambito della risposta al ricorso, anche sotto l'aspetto del diritto di vigilanza sulle fondazioni. Pure nel quadro dell'istruttoria del presente ricorso l'autorità inferiore non precisa i fatti "nuovi", e non espone in modo adeguato né i motivi che l'avrebbero condotta a sporgere denuncia una seconda volta, né le differenze di fatto tra i motivi alla base della seconda denuncia e quelli alla base della prima. Nella risposta del 2 maggio 2011 essa non si occupa a fondo delle allegazioni sostanziate dei ricorrenti. Per esempio, per quanto attiene all'argomento, secondo cui il ricorrente 1 non avrebbe il diritto di firma individuale per arrecare eventuali pregiudizi patrimoniali alla fondazione, l'autorità inferiore si è limitata ad addurre soltanto che l'edizione di ulteriori informazioni potrebbe pregiudicare le indagini penali attualmente in corso. Così facendo, l'autorità inferiore si sottrae alle sue responsabilità, tra le quali anche l'obbligo di motivare la sua decisione sotto l'aspetto del diritto di vigilanza sulle fondazioni, convalidarla con prove idonee e di cooperare all'accertamento dei fatti nell'ambito della fase istruttoria del ricorso. Senza indicazioni dell'autorità inferiore sui nuovi fatti, sospetti e sulle denunce di terzi, lo scrivente Tribunale in qualità di autorità di ricorso non è in grado di esercitare un controllo serio ed adeguato. L'atto impugnato non può essere esaminato sotto l'aspetto della fondatezza o veridicità e di conseguenza non può essere condiviso. Non sarebbe nemmeno possibile esaminare la proporzionalità del provvedimento, vale a dire la questione a sapere se l'autorità inferiore abbia scelto una misura necessaria per tutelare l'interesse della fondazione (per il principio della proporzionalità cfr. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER /FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zurigo/San Gallo 2010, n. 581 segg.).

5.3. Con ogni probabilità l'autorità inferiore, dichiarando che l'edizione di ulteriori informazioni potrebbe pregiudicare le indagini penali attualmente in corso, voleva impedire un eventuale pericolo di collusione. In questo contesto occorre menzionare che anche il Tribunale amministrativo

federale è soggetto al segreto d'ufficio. Sembra che l'autorità inferiore non abbia preso in considerazione le possibilità del Tribunale di limitare l'esame degli atti (art. 27 PA).

Infine la decisione emanata non manca di una certa contraddittorietà. È infatti difficile capire perché l'autorità inferiore, per tutelare la ricorrente 2 dal rischio di un probabile danno materiale ed immateriale da parte del ricorrente 1, non abbia fatto uso della facoltà prevista dall'art. 55 cpv. 2 PA, di togliere l'effetto sospensivo ad un eventuale ricorso o di chiedere tale provvedimento d'urgenza.

5.4. In base alle allegazioni suesposte si può affermare che la decisione impugnata soffre in diversi punti di un vizio di motivazione, il quale, nonostante l'esplicita possibilità data dallo scrivente Tribunale all'autorità inferiore nella procedura di ricorso, non ha potuto essere sanato. Come già accennato, la sospensione temporanea di un membro del Consiglio di fondazione dalle sue funzioni può, di principio, essere ordinata e giustificata già se nei confronti di tale organo è stato aperto un procedimento penale. In altre parole, il riferimento all'avvio di un procedimento penale può, di principio, bastare quale motivazione per disporre la sospensione provvisoria di un organo della fondazione, almeno fino al momento in cui non si siano chiariti i rimproveri mossi nei suoi confronti. Considerate invece le circostanze particolari del caso in esame - una prima denuncia penale terminata con un decreto di non luogo a procedere sei mesi fa, gli interessi (fatti valere in modo plausibile) della fondazione al mantenimento dello stato attuale, l'assenza di una domanda debitamente motivata volta all'annullamento dell'effetto sospensivo, l'assenza di argomenti che potrebbero sostanziare un certo rischio attuale per i beni della fondazione, nonché le obiezioni non sufficientemente sostanziate da parte dell'autorità inferiore quale risposta alle argomentazioni della ricorrente 2 - non si può che giungere alla conclusione che nel caso di specie, a titolo eccezionale, una motivazione limitata alla sola indicazione dell'apertura di un'inchiesta penale, non può bastare. Benché il Ministero pubblico, per la riapertura del procedimento, sia tenuto a rispettare i presupposti dell'art. 323 del Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007 (Codice di procedura penale, CPP; RS 312.0), questo non dispensa l'autorità inferiore dall'obbligo di motivare la misura amministrativa a grandi linee, non da ultimo anche affinché la decisione sia condivisibile nell'ambito di un eventuale controllo giuridico da parte delle autorità giudiziarie. Tenuto conto delle allegazioni precedenti, i nuovi mezzi di prova o fatti che chiamano in causa la responsabilità penale dell'imputato e che non

risultano dagli atti del procedimento conclusosi con un abbandono dovrebbero essere portati a conoscenza del tribunale.

5.5. Nel complesso va confermata la conclusione che la decisione impugnata soffre di un vizio formale nella motivazione, il quale non ha potuto essere sanato per motivi di cui è responsabile l'autorità inferiore.

6.

Considerato quanto precede, la decisione dell'autorità inferiore va quindi annullata e il ricorso accolto. Spetta all'autorità inferiore di esaminare e di decidere se, finché l'inchiesta penale non avrà stabilito il ruolo del ricorrente 1 nella vicenda summenzionata, vuole nuovamente ordinare, questa volta con una sufficiente motivazione al più tardi nella procedura di ricorso, la sospensione provvisoria del medesimo dalla sua funzione di Consiglio di fondazione della ricorrente 2, oppure eventualmente aspettare un prossimo passo nell'istruzione penale come l'eventuale promozione dell'accusa od il risultato dell'inchiesta penale o decretare altri provvedimenti adeguati.

7.

Visto l'esito del ricorso, ai ricorrenti, quale parte vincente, non vengono addossate spese giudiziarie (art. 63 cpv. 1 PA). Viene restituito ai ricorrenti l'anticipo di fr. 1'000.- ciascuno (fr. 2'000.- in totale) versato in data 16 febbraio 2011. Nessuna spesa processuale è messa a carico delle istanze precedenti (art. 63 cpv. 2 PA).

L'autorità di ricorso, se ammette il ricorso in tutto o in parte, può, d'ufficio o a domanda, assegnare al ricorrente un'indennità per le spese indispensabili e relativamente elevate che ha sopportato (art. 64 cpv. 1 PA). I ricorrenti sono rappresentati da un avvocato e sono da considerare parte vincente. Viene quindi loro assegnata un'indennità a titolo di ripetibili (art. 64 cpv. 2 PA in relazione con l'art. 7 art. del Regolamento del 21 febbraio 2008 sulle tasse e sulle spese ripetibili nelle cause dinanzi al Tribunale amministrativo federale (TS-TAF, RS 173.320.2). Il rappresentante non ha inoltrato alcuna nota d'onorario. L'indennità a titolo di ripetibili viene così stabilita d'ufficio e fissata secondo debito apprezzamento a fr. 1'500.- per ogni ricorrente (incluso spese e IVA), anche tenuto conto che i due ricorsi sono in larga misura identici (cfr. art. 14 cpv. 2 seconda frase TA-TAF).

Per questi motivi, il Tribunale amministrativo federale pronuncia:

1.

I ricorsi dei ricorrenti 1 e 2, congiunti durante la procedura di ricorso, sono accolti e la decisione incidentale dell'autorità inferiore del 3 gennaio 2011 concernente la sospensione momentanea del ricorrente 1 dalla sua funzione di membro del Consiglio di Fondazione della ricorrente 2 è annullata.

2.

Non si prelevano spese processuali. L'anticipo spese di fr. 2'000.- in totale, è restituito ai ricorrenti (fr. 1'000.- alla ricorrente 1 e fr. 1'000.- al ricorrente 2) dalla cassa del Tribunale dopo la crescita in giudicato della presente sentenza.

3.

Ai ricorrenti è assegnata un'indennità di ripetibili di fr. 1'500.- (IVA inclusa) ciascuno (in totale fr. 3'000.-) a carico dell'autorità inferiore.

4.

Comunicazione a:

- ricorrenti (atto giudiziario);
- autorità inferiore (n° di rif. 413-Ces; atto giudiziario).

Il presidente del collegio:

Il cancelliere:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Rimedi giuridici:

Contro la presente decisione può essere interposto ricorso in materia di diritto civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro un termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 72 cpv. 2 lett. b cfr. 4 della legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 [LTF, RS 173.110]). Gli atti scritti devono essere redatti in una lingua ufficiale, contenere le conclusioni, i motivi e l'indicazione dei mezzi di prova ed essere firmati. La decisione

impugnata e – se in possesso della parte ricorrente – i documenti indicati come mezzi di prova devono essere allegati (art. 42 LTF).

Data di spedizione: 28 ottobre 2011