

La creazione di una fondazione partecipata dal comune per la gestione di alcuni servizi culturali in campo musicale in sostituzione della Scuola di Alto Perfezionamento Musicale

Relazione resa dal Segretario Generale nell'ambito delle funzioni di assistenza giuridica agli organi del Comune ai sensi dell'articolo 97 del decreto legislativo n. 267/2000



La creazione di una fondazione partecipata dal comune per la gestione di alcuni servizi culturali in campo musicale in sostituzione della Scuola di Alto Perfezionamento Musicale.....	1
Premessa - I modelli gestionali utilizzabili dall'ente locale per la gestione dei servizi culturali	2
L'articolo 113 bis del decreto legislativo n. 267/2000 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004.....	5
La governance dei servizi pubblici locali	6
Le fondazioni di diritto speciale – le fondazioni musicali di cui al dlgs n. 367/1996.....	7
Le fondazioni partecipate	8
La finalità non lucrativa delle fondazioni e le attività strumentali – la natura di organismo di diritto pubblico	9
La strumentalità degli organismi costituiti per la gestione dei servizi pubblici locali nel decreto legislativo n. 267/2000.....	10
La strumentalità nei riflessi con le situazioni di ineleggibilità e di incompatibilità alle cariche pubbliche locali degli amministratori degli enti.....	13
L'inidoneità dello statuto della fondazione a derogare a norme di diritto pubblico	14
La strumentalità, il contratto di servizio e la carta dei servizi.....	15
La necessità di strutturare la fondazione pubblica di partecipazione in modo funzionale all'interesse pubblico perseguito e non elusivo di norme imperative.	15
La finalità dell'istituenda fondazione determinante per la valutazione della fattibilità giuridica dell'operazione.....	16
Le prospettive de jure condendo delle partecipazioni comunali ad enti gestori esterni.....	19
Le attività dell'ex Istituto Civico Musicale	20
La trasformazione di una società consortile in fondazione.....	20
Esperienze statutarie a confronto.....	22
La scelta dei fondatori privati.....	24
Il conflitto di interessi degli amministratori della fondazione.....	25

Premessa - I modelli gestionali utilizzabili dall'ente locale per la gestione dei servizi culturali

Prima di affrontare la problematica della gestione dei servizi culturali, occorrono brevi cenni sui servizi pubblici locali in generale. La disciplina fondamentale dei servizi pubblici locali si divide tra il testo unico sugli enti locali e le norme speciali riguardanti determinati settori come il gas, i rifiuti, il servizio idrico integrato. La disciplina del testo unico sugli enti locali è il risultato di numerosi interventi normativi che hanno cambiato il quadro complessivo dei modelli gestionali delineati per la prima volta nella legge n. 142/1990. Il cambiamento ha riguardato soprattutto la necessità di tenere conto

dell'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, con tutto ciò che ne consegue in termini di garanzia della concorrenza tra le imprese, nonché dalla necessità di tenere conto dell'evoluzione nei fatti delle esigenze gestionali degli enti locali.

La disciplina oggi in vigore definisce i servizi pubblici locali come quei “servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali” art. 112 dgl n. 267/2000.

La definizione dei servizi pubblici locali assume una importanza fondamentale anche alla luce dell'abrogazione del comma 2 dell'articolo 112 sopra citato, ad opera dell'articolo 35 comma 12, l. 28 dicembre 2001, n. 448, che appunto demandava alla legge la definizione dei servizi pubblici riservati ai comuni (I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge); viceversa oggi, non dovendosi più fare riferimento ad una espressa “privativa” comunale, i comuni possono decidere di gestire determinati servizi, in cui si ravvisino gli elementi descritti dal primo comma dell'articolo 112 e cioè siano rivolti a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Per l'esatta individuazione del concetto di servizio pubblico locale, da distinguersi dal mero appalto di servizi occorre avere riguardo alla destinatarietà del servizio pubblico agli utenti – fruitori, che in corrispettivo del servizio sono tenuti a pagare un prezzo, tariffa, canone e simili, ad esempio il servizio di trasporto locale, mentre l'appalto di servizio è destinato direttamente alla pubblica amministrazione, ad esempio un appalto del servizio di pulizia.

Ma la prospettiva in cui vanno letti i servizi pubblici locali non è solo giuridica, ma anche e soprattutto economica. Infatti le modiche apportate dal legislatore nel corso degli anni sono state dettate dalla necessità di tenere conto del mutato quadro economico di riferimento. Si pensi che originariamente i servizi coperti da privativa comunale erano anche il servizio dell'orologio civico, il forno comunale e così via. Il testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province di cui al regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, contiene una elencazione di tali servizi, senz'altro adatta all'economia del tempo, in cui il mercato non era in grado di fornire alla collettività determinati servizi, per cui l'intervento pubblico appariva come necessario.

Oggi con riferimento ai servizi pubblici locali non si parla più di gestione diretta, ma di diversi modelli gestionali, tutti esterni all'ente, rispetto ai quali l'ente titolare del servizio mantiene il ruolo di soggetto regolatore. Si pensi ad esempio ai servizi di

trasporto nei paesi anglosassoni, svolti in regime di libera concorrenza, in cui le pubbliche autorità svolgono un ruolo di regolamentazione. Come si diceva, anche il testo unico sugli enti locali ha recepito la tendenza liberalizzatrice, prevedendo alcuni modelli gestionali esterni all'Ente, diversificati sulla base della natura del servizio gestito, se avente rilevanza economica o se privo di tale rilevanza.

La distinzione tra servizi con rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è contenuta negli articoli 113 e 113 bis del dgls n. 267/2000 nella ultima formulazione.

Tale bipartizione fa leva un orientamento costante della Corte di giustizia Europea, recepito dai giudici italiani, che individua alcuni elementi della rilevanza economica di un servizio ad esempio nello scopo di lucro, nell'esistenza di un mercato, nell'assunzione dei rischi connessi a tale attività ed assenza di finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001).

La distinzione è quindi fondamentale per i seguenti aspetti:

- i servizi a rilevanza economica legittimano un intervento legislativo dello Stato a tutela della concorrenza, mentre i servizi privi di tale rilevanza possono essere disciplinati da fonti regionali o locali (Corte costituzionale, 27 luglio 2004, n. 272.
- Per la gestione dei servizi di rilevanza economica occorre la separazione della gestione delle reti dalla gestione del servizio
- I servizi di rilevanza economica possono essere gestiti esclusivamente nella forma della società di capitali, totalmente o parzialmente pubbliche
- I servizi privi di rilevanza economica possono essere gestiti oltre che nella forma della società di capitali, anche a mezzo di istituzione, azienda speciale o consorzio, associazione o fondazione costituita o partecipata dall'ente locale, ed in via del tutto residuale, in economia.

La distinzione fra servizi pubblici a rilevanza industriale e non è legata all'impatto che il servizio può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; pertanto, deve ritenersi a rilevanza industriale (economica) il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste una redditività (almeno potenziale) e quindi una competizione sul mercato; può invece ritenersi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione (per il mercato, ovvero sul mercato) e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza. In altri termini, laddove il settore di attività è economicamente competitivo (e la libertà di iniziativa economica appare in grado di conseguire anche gli obiettivi di interesse

pubblico sottesi alla disciplina del settore) i servizi sono servizi a rilevanza industriale, ai sensi dell'art. 113 cit., ed il comune ha potestà di disciplina regolamentare, indirizzo e vigilanza, ma la gestione deve essere affidata ad un soggetto esterno, avente natura di società di capitali; la qualificazione di un servizio come privo di rilevanza deve operarsi in via residuale, una volta che sia stata verificata l'insussistenza dei caratteri che connotano l'altra categoria. *T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527*

L'articolo 113 bis del decreto legislativo n. 267/2000 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004

I servizi privi di rilevanza economica sono disciplinati dall'articolo 113 bis del d.lgs n. 267/2000. In verità all'interno della norma citata sono ravvisabili due categorie di servizi pubblici, quelli privi di rilevanza economica, cui si riferisce al rubrica e il primo comma dell'articolo, e quelli culturali e del tempo libero, cui si riferisce il comma 3. Invero i servizi culturali e del tempo libero non hanno le caratteristiche individuate dalla giurisprudenza comunitaria per essere definiti privi di rilevanza economica, infatti esiste un mercato dei servizi culturali e del tempo libero, con la presenza di altri operatori, (si pensi alle strutture sportive private) e non sempre è ravvisabile l'assenza dello scopo lucrativo e l'assenza di finanziamenti pubblici. Di recente anche la giurisprudenza ha evidenziato la rilevanza economica dei servizi sociali, tradizionalmente considerati "non industriali", secondo la precedente dizione del testo unico sugli enti locali.

La materia dei servizi pubblici è stata oggetto nel 2004 di una importante sentenza della Corte Costituzionale, la n. 272, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 113 bis per violazione della competenza legislativa regionale e della normazione locale "in quanto la disciplina posta dallo stesso art. 113 bis non può essere giustificata sul presupposto dell'esigenza di tutelare la concorrenza, infatti relativamente ai servizi pubblici, privi di rilevanza economica, sono inapplicabili i principi comunitari in tema di concorrenza."

La caducazione della norma per effetto della dichiarazione di incostituzionalità non ha determinato per gli enti locali l'impossibilità di utilizzare i modelli giuridici ivi disciplinati per la gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, potendo sopperire alla carenza legislativa mediante l'autonomia normativa ed organizzativa riconosciuta loro dalla Costituzione.

Del resto il recepimento legislativo delle associazioni e delle fondazioni costituite o partecipate dagli enti locali, costituiva il riconoscimento di una prassi già operativa, e fondata sulla capacità giuridica di diritto privato degli enti locali. Tale prassi si è venuta formando negli ultimi anni, in quanto fino agli anni 60 non veniva ammessa dalla giurisprudenza: Cons. st., par., 19 dicembre 1961, n. 2213, in *Cons. st.*, 1962, II, secondo cui "lo Stato e gli enti pubblici non possono partecipare, quali fondatori, ad un atto notarile di costituzione di una fondazione privata".

La governance dei servizi pubblici locali

La trasformazione degli enti locali negli ultimi anni, che sono passati dall'essere soggetti direttamente gestori ed erogatori di servizi, a essere soggetti regolatori di servizi gestiti da una molteplicità di operatori esterni, dal privato sociale alle società di capitali partecipate, impone un ripensamento del ruolo del Comune, peraltro già presente nella recente legislazione, <<in un processo spinto di esternalizzazione di servizi da parte degli enti pubblici, molto spesso si deve prendere atto, però, di una carente organizzazione del "governo" delle partecipazioni.... Una volta esternalizzati i servizi, le società, delle quali gli enti sono diventati soci, rappresentano un'entità "astratta" rispetto alla gestione degli stessi enti i quali soventemente si trovano a "subire" passivamente tutto quello che dalla società viene prodotto e realizzato, in termini qualitativi, economici e finanziari. Attuare una governance delle partecipate vuole dire innanzitutto garantire tutto quanto sopra descritto – in termini qualitativi, finanziari ed economici – in senso positivo>> Atelli – D'Aries – la public governance nei servizi pubblici locali, la gestione e il controllo delle partecipate – Ed. Il sole 24 ore 2006.

Ormai si parla esplicitamente di "governance" pubblica, intesa come un insieme di istituzioni e regole, giuridiche e tecniche, finalizzate alla realizzazione del governo di un organismo (pubblico o privato) che non sia solo efficace ed efficiente, ma anche corretto ai fini della tutela di tutti i soggetti interessati al funzionamento dello stesso e come contemperamento degli interessi e relazioni di collaborazione, piuttosto che contrapposizione pubblico/privato.

La necessità di controlli sulle partecipate, assume anche rilievo attraverso l'utilizzazione degli strumenti di diritto comune e consente al Comune di evitare responsabilità per danno erariale, conseguenti alla mancata vigilanza sui soggetti

partecipati. È da segnalare al riguardo l'interessante sentenza della Corte dei Conti, sez. Lazio - 10 settembre 1999 con la quale il Sindaco del Comune di Tivoli, socio unico di "Acque Albule SpA", è stato condannato per mancato esercizio di azione sociale di responsabilità nei confronti di amministratori della società resisi responsabili di comportamenti illegittimi ed illeciti, nonché della violazione delle regole di gestione (efficienza, economicità ed efficacia) cui deve uniformarsi l'azione di qualsiasi amministrazione pubblica o privata. L'obiettivo della Corte, in tale occasione, era quello di affermare la responsabilità del Sindaco del Comune socio, che avrebbe dovuto verificare l'andamento della gestione della società, esercitando, ove necessario, i propri poteri dell'azionista di controllo.

Le fondazioni di diritto speciale – le fondazioni musicali di cui al dlgs n. 367/1996

Il legislatore ha privilegiato la fondazione per lo svolgimento di alcune funzioni di interesse generale come le fondazioni bancarie, oggetto di specifica disciplina, o come le fondazioni musicali.

Queste ultime in particolare sono disciplinate dal decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 (in Gazz. Uff., 11 luglio, n. 161), che ha previsto la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale **di interesse nazionale** in fondazioni di diritto privato.

Le fondazioni musicali di cui al dlgs n. 367/1996 “perseguono, senza scopo di lucro, la diffusione dell'arte musicale, per quanto di competenza la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività.” Esse “Per il perseguimento dei propri fini, .. provvedono direttamente alla gestione dei teatri loro affidati, conservandone il patrimonio storico-culturale e realizzano, anche in sedi diverse, nel territorio nazionale o all'estero, spettacoli lirici, di balletto e concerti; possono altresì svolgere, in conformità degli scopi istituzionali, attività commerciali ed accessorie;... operano secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto del vincolo di bilancio.” Articolo 3 dlgs n. 367/1996.

La disciplina giuridica delle fondazioni musicali lascia poco all'autonomia statutaria, prevedendo ad esempio la presidenza del consiglio di amministrazione che spetta al sindaco della città nella quale la fondazione ha sede, stabilisce l'ammontare minimo dell'apporto patrimoniale privato e così via. Ma ha anche un ambito di applicazione ristretto, come definito dall'articolo 1, secondo cui: “Gli enti di prioritario

interesse nazionale che operano nel settore musicale devono trasformarsi in fondazioni di diritto privato secondo le disposizioni previste dal presente decreto.”

La normativa di cui al decreto citato, pertanto non è applicabile al di fuori degli enti ivi considerati, tuttavia può costituire un criterio ispiratore per il confezionamento di statuti di fondazioni in campo musicale, costituite o partecipate dagli enti locali.

Le fondazioni partecipate

Le fondazioni partecipate dall'ente locale, previste dall'articolo 113 bis del dgl n. 267/2000, costituiscono una ipotesi atipica di fondazione, in quanto non espressamente disciplinata dal codice civile, una sorta di *tertium genus* tra associazione e fondazione, il cui campo di sperimentazione è stato proprio quello dei servizi culturali comunali. Fino agli anni 60 invece, come già detto, era negata la capacità dell'ente pubblico di divenire socio di fondazioni e associazioni.

L'elemento caratterizzante delle fondazioni di partecipazione è, analogamente alle fondazioni di diritto comune, nella destinazione di un patrimonio e di una conseguente attività al conseguimento di uno scopo, che tuttavia assume un carattere di maggiore elasticità rispetto allo schema tipico della fondazione.

<<La sua caratteristica principale risiede, oltre che nel canalizzare la complessiva gestione delle sue attività nel raggio del diritto privato, nella idoneità di realizzare "un'equilibrata sintesi dell'elemento personale, proprio delle associazioni, e dell'elemento patrimoniale, tipicamente presente nelle fondazioni". In altri termini - muovendo dall'osservazione che l'art. 12 c.c. contempla la possibilità di riconoscere la personalità giuridica (oltre che alle associazioni ed alle fondazioni) "a le *altre* istituzioni di carattere privato" e che queste, secondo quanto illustra la Relazione di presentazione al Re, possono riferire la loro disciplina ora all'uno ora all'altro di quei due modelli tipici - la sua teoria si fonda sul convincimento che ciò renda ammissibile individuarne un altro; e cioè non tanto un ulteriore tipo di fondazione accanto alle ormai numerose che la prassi e la dottrina hanno via via finito per riconoscere evolutivamente coerenti all'impianto codicistico, bensì un vero e proprio terzo modello che non possiede carattere associativo in quanto costituito per la destinazione di un patrimonio ad un dato scopo; ma che neppure implica la separazione fra la volontà del soggetto fondante (espressa nel negozio che esegue la destinazione patrimoniale) e la sua diretta capacità di concorrere ad amministrarlo in quanto membro dell'organo deputato a tal fine (il cda), che caratterizza la fondazione. Anzi, si sostiene sul punto che un'altra sua peculiare caratteristica risieda

proprio nella capacità di ammettere, ove previsto dallo statuto, la progressiva espansione del novero dei fondatori originari laddove nuovi soggetti manifestino, pur in un secondo momento, la volontà di "partecipare" alle sue attività (quest'ultimo carattere, tipico al caso delle associazioni, è invero comunemente ritenuto ammissibile dalla dottrina anche rispetto al modello della fondazione).>> Guido Franchi Scarselli - Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni – **in Rivista di arti e diritto on line n. 3 - 2000 ed. Aedon - il Mulino; v. anche** E. Bellezza - F. Florian, *Le fondazioni del terzo millennio*, Firenze, 1998, 63-64,

Gli elementi evidenziati dalla dottrina come caratteristici della fondazione di partecipazione, dunque, sono i seguenti:

- la possibilità del socio fondatore di partecipare direttamente all'amministrazione, come membro del consiglio di amministrazione
- la possibilità, ove prevista dallo statuto, di espansione del numero dei fondatori, mediante manifestazioni di volontà successive
- la possibilità di aggiornamento dello scopo, attraverso gli apporti dei successivi fondatori

La finalità non lucrativa delle fondazioni e le attività strumentali – la natura di organismo di diritto pubblico

La finalità non lucrativa della fondazione, seppur nella forma atipica della fondazione di partecipazione, non è incompatibile con attività accessorie commerciali, concepite come strumentali all'attività no profit, purchè il lucro derivante da tali attività sia destinato al soddisfacimento dell'interesse pubblico indicato nel negozio di fondazione. Tuttavia occorre in merito prestare particolare attenzione al cosiddetto "abuso della personalità giuridica", consistente nel ricorso alla forma del no profit (spesso con personalità giuridica) per "mascherare" l'esercizio di attività economiche esclusive o prevalenti, ai fini di lucro. Di recente, onde scoraggiare questi comportamenti, si è addivenuti al riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale in capo ad enti no profit esercenti in via esclusiva o principale un'attività economica, quindi, a prescindere dalla forma giuridica utilizzata, sulla base dell'attività oggettivamente svolta.

Se da un punto di vista privatistico, e soprattutto per finalità di tutela dei creditori, nonché per ragioni fiscali, si è addivenuti al riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale ad enti no profit, da un punto di vista pubblicistico è chiara l'ascrizione di

strumentale”. Entrambe hanno in comune la strumentalità rispetto ai fini sociali perseguiti dal comune, differenziandosi solo per la diversa configurazione giuridica, essendo l’azienda speciale dotata di personalità giuridica autonoma, mentre ne è priva l’istituzione.

La disciplina dell’azienda speciale e dell’istituzione, contenuta nell’articolo 114 de dgls n. 267/2000, era anteriore alla riforma dei servizi pubblici locali operata con l’articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, mentre l’introduzione delle fondazioni ed associazioni partecipate dall’ente locale nell’articolo 113 bis, non è stata accompagnata da ulteriori profili disciplinatori, che oltretutto non sarebbero stati legittimi, visto che la Corte Costituzionale ha ritenuto la materia di competenza regionale e locale. Del resto anche la gestione mediante società di capitali, pur non essendo definita nel suo carattere di strumentalità, tuttavia non tradisce la titolarità pubblica del servizio, e la configurazione di un rapporto tra ente titolare e soggetto gestore, improntato ai principi della “governance”.

E’ evidente che il mero aspetto definitorio di ente strumentale è insufficiente a illustrare le strette relazioni tra ente titolare del servizio e soggetto gestore, pur nel coordinamento tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato.

Non solo la presenza di un soggetto pubblico negli enti no profit, ma soprattutto la natura del servizio esercitato, depongono per una sicura prevalenza delle norme di diritto pubblico, dettate dal legislatore al fine di tutelare interessi generali di rango sicuramente superiore a quelli posti a base del diritto privato.

Pertanto anche la fondazione, già snaturata nella prassi applicativa, nella versione della fondazione di partecipazione, deve soggiacere alle superiori norme di diritto pubblico.

La giurisprudenza ha già sostenuto l’applicabilità delle norme del Testo Unico sugli Enti Locali riguardanti i poteri di nomina e revoca dei rappresentanti del comune in seno ad enti, aziende ed istituzioni, anche alle fondazioni di diritto privato:

Il potere di revoca dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni deve considerarsi immanente al rapporto che lega il rappresentante all’ente locale che lo ha nominato. Risulta, pertanto, legittimo l’esercizio da parte del sindaco o del presidente dell’amministrazione provinciale del potere - dovere di nomina e di revoca dei rappresentanti del comune e della provincia in enti, aziende e istituzioni ove, una volta insediatisi, ritengano sia venuto meno il rapporto fiduciario con essi (alla stregua di tali principi, il collegio ha dichiarato legittimo il decreto che ha disposto la revoca di un

rappresentante dell'amministrazione provinciale nel consiglio di amministrazione di una fondazione motivato in relazione al mutamento delle condizioni politiche nelle zone interessate dalla fondazione). T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 21 febbraio 2005, n. 132

Deve invero, ritenersi - contrariamente a quanto, ad altri fini, affermato dalla sezione II di questo tribunale (cfr. sent. 10 settembre 1998 n. 783) - che la Fondazione Carnevale di Viareggio si configuri alla stregua di un'istituzione, nata per iniziativa del Comune ed a questo legata da un vincolo di dipendenza funzionale che, come tale, giustifica l'ingerenza degli organi dell'ente fondatore nel provvedere alla revoca ed alla sostituzione dei suoi amministratori. L'Ente di cui trattasi non può non essere annoverato fra quelli contemplati dall'art. 32 comma 2 lett. n) e dall'art. 36 comma 5 l. n. 142 del 1990 presso i quali, sulla base degli indirizzi stabiliti dal Consiglio, il sindaco provvede alla nomina, alla designazione ed anche alla revoca dei rappresentanti del Comune, ove ciò sia richiesto dall'esigenza di tutelare gli interessi della comunità locale. T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 20 dicembre 1999, n. 1114

Sono particolarmente importanti le affermazioni del tar Toscana, che evidenzia una sostanziale coincidenza tra l'istituzione e la fondazione, valorizzando il vincolo di dipendenza funzionale della fondazione dal Comune, “nasce, anzitutto, dalla constatazione che la Fondazione è stata costituita per uno scopo ben preciso: quello di approntare uno strumento agile, snello e duttile, in grado di svolgere con tempestività ed efficienza tutti gli atti organizzativi finalizzati alla realizzazione dell'importante manifestazione carnevalesca viareggina.

E che si tratti di un obiettivo di notevole rilevanza culturale, economica e sociale risulta dalla dichiarazione resa dallo stesso Consiglio Comunale nelle premesse della deliberazione di costituzione della Fondazione..”

Anche qui, come per la situazione di “abuso della personalità giuridica” ciò che conta è l'attività oggettivamente svolta.

La strumentalità nei riflessi con le situazioni di ineleggibilità e di incompatibilità alle cariche pubbliche locali degli amministratori degli enti

Oltre che alla disciplina della nomina dei componenti del consiglio di amministrazione, le norme di diritto pubblico applicabili sono anche quelle relative all'incompatibilità degli amministratori di cui all'articolo 63 n. 1:

“Non può ricoprire la carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale:

1) l'amministratore o il dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento di ente, istituto o azienda soggetti a vigilanza in cui vi sia almeno il 20 per cento di partecipazione rispettivamente da parte del comune o della provincia o che dagli stessi riceva in via continuativa una sovvenzione in tutto o in parte facoltativa, quando la parte facoltativa superi nell'anno il dieci per cento del totale delle entrate dell'ente.

E le norme relative all'ineleggibilità di cui all'articolo 60 n. 11 del dgl n. 267/2000.

“Non sono eleggibili a sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale: ...11) gli amministratori ed i dipendenti con funzioni di rappresentanza o con poteri di organizzazione o coordinamento del personale di istituto, consorzio o azienda dipendente rispettivamente dal comune o dalla provincia;”

Il precetto sancito dall'art. 3, comma 1, n. 1, della l. n. 154 del 1981 - a norma del quale l'amministratore di un ente soggetto a vigilanza del comune non può ricoprire la carica di consigliere comunale - è diretto ad evitare il conflitto, anche potenziale, tra l'interesse che l'amministratore dell'ente controllato deve tutelare e quello che deve tutelare l'eletto alla carica del comune controllante. Sicché il concetto di "vigilanza" va inteso nel senso di comprendere ogni forma d'ingerenza o di controllo del comune nell'attività dell'ente controllato, non occorrendo che la vigilanza medesima s'espliciti nelle forme più penetranti dell'annullamento o dell'approvazione degli atti dell'ente stesso. Pertanto, si trova in una situazione d'incompatibilità rispetto alla carica di consigliere comunale l'amministratore di una associazione sportiva: che sia obbligata a predisporre e sottoporre al controllo della giunta comunale un regolamento per l'utilizzo degli impianti sportivi; alla cui riunione partecipi il comune per il tramite di un suo rappresentante nominato dal sindaco; che debba confrontarsi con il comune su progetti specifici in ambito sportivo, con eventuale contributo comunale per progetti eventualmente ritenuti validi; le cui

tariffe per l'utilizzazione degli impianti possano essere applicate solo dopo formale approvazione da parte della G.M. Cassazione civile, sez. I, 28 dicembre 2000, n. 16203

La differenza tra l'articolo 60 che stabilisce l'ineleggibilità e l'articolo 63 che parla di semplice incompatibilità, deriva dal fatto che nel primo caso si tratta di cariche ricoperte presso enti "dipendenti" cioè chiaramente strumentali all'ente pubblico, e nell'altro di enti soggetti a vigilanza o sovvenzionati.

L'inidoneità dello statuto della fondazione a derogare a norme di diritto pubblico

La superiorità del diritto pubblico deriva anche da una considerazione pratica. Le norme che il codice civile dedica alle fondazioni, non si occupano di aspetti pubblicistici, che quindi rimangono disciplinati dalle diverse fonti normative.

Lo statuto della fondazione, avendo natura negoziale, non può derogare alle norme di legge.

In tal senso ad esempio: Consiglio Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 19: "Spetta al sindaco e non al consiglio comunale la nomina dei rappresentanti di un comune nel consiglio d'amministrazione di un'istituzione pubblica d'assistenza e beneficenza-Ipab, in quanto l'art. 35 comma 5 l. 8 giugno 1990 n. 142 attribuisce al primo la competenza, sulla base degli indirizzi stabiliti dal secondo, a nominare i rappresentanti dell'ente in enti, aziende e istituzioni, mentre, dal canto suo, l'art. 9 l. 17 luglio 1890 n. 6972 (c.c. "legge Crispi") non devolve tale competenza al consiglio comunale, rinviando agli statuti ed ai regolamenti dell'Ipab, fermo restando che questi ultimi, anche quando dispongano d'affidare al consiglio la competenza stessa, restano pur sempre fonti subordinate e, come tali, inidonei a resistere a sopravvenienze normative di rango superiore e, soprattutto, ad integrare il presupposto di cui all'art. 32 comma 2 lett. n) l. n. 142 del 1990 per l'esercizio della nomina da parte del consiglio." Il fatto che le ipab in seguito alla riforma sui servizi sociali di cui alla legge n. 328/2000, possano essere trasformate in fondazioni di diritto privato, non sposta le competenze degli organi comunali fissati nella legge.

Analogamente per le situazioni di ineleggibilità ed incompatibilità di cui al testo unico sugli enti locali. Ai fini dell'accertamento della situazione di dipendenza dell'ente, azienda o istituzione o di vigilanza, deve aversi riguardo alla situazione sostanziale e alle relazioni funzionali tra l'ente pubblico e l'ente dipendente o vigilato: Cassazione civile,

sez. I, 15 gennaio 2002, n. 382: “Il presidente di un'azienda provinciale di promozione turistica è ineleggibile alla carica di consigliere regionale, ai sensi dell'art. 2 l. 23 aprile 1981 n. 154, essendo la detta azienda un ente strumentale o dipendente della Regione, la quale ultima esercita su di essa penetranti poteri di ingerenza e controllo in via immediata e diretta.”

La strumentalità, il contratto di servizio e la carta dei servizi

Il comma 5 dell'articolo 113 bis, stabilisce anche per la gestione dei servizi privi di rilevanza economica e per i servizi culturali e del tempo libero che “I rapporti tra gli enti locali ed i soggetti erogatori dei servizi di cui al presente articolo sono regolati da contratti di servizio”.

Il contratto di servizio costituisce un primo elementare approccio alla logica della “governance” dei servizi pubblici locali. Infatti è nel contratto di servizio che vengono fissati gli standards quantitativi e qualitativi dei servizi offerti all'utenza, la disciplina delle tariffe, i servizi accessori, e soprattutto adeguati strumenti di verifica del raggiungimento degli standards previsti. La logica cui risponde un buon contratto di servizio è quella del mantenimento del controllo pubblico sull'erogazione del servizio, attraverso lo strumento contrattuale, sul presupposto che il servizio svolto abbia caratteristiche di servizio pubblico locale.

Accanto al contratto di servizio il legislatore ha previsto la carta dei servizi di cui all'articolo 11 del dlgs n. 286/1999: “I servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi.”

La necessità di strutturare la fondazione pubblica di partecipazione in modo funzionale all'interesse pubblico perseguito e non elusivo di norme imperative.

Da quanto sopra esposto emerge la necessità di ipotizzare dei modelli di fondazioni partecipate o costituite dall'ente locale o di associazioni di analoga natura, coerenti con i numerosi aspetti pubblicistici evidenziati ed in particolare tenendo conto

- della natura del servizio pubblico locale rivolto a fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali

- della necessità di realizzare un efficace sistema di “governance” sui servizi esternalizzati, in modo che privatizzazione non significhi abdicazione del ruolo pubblico di soggetto titolare e regolatore del servizio, nell’interesse degli utenti e della cittadinanza. In tal senso occorre prevedere un efficace sistema di controlli finanziari, economici e di qualità, conciliando le esigenze di controllo pubblico con le esigenze di efficienza gestionale.
- Del rispetto delle norme sulle incompatibilità e ineleggibilità degli amministratori locali, al fine di prevenire situazioni disfunzionali di conflitto di interesse, sanzionate dal legislatore
- Della valorizzazione del contratto di servizio come momento fondamentale di regolazione dei rapporti tra l’ente locale e il soggetto gestore e della redazione della carta dei servizi a garanzia degli utenti finali.

La finalità dell’istituenda fondazione determinante per la valutazione della fattibilità giuridica dell’operazione

Che sia possibile istituire fondazioni culturali da parte degli enti locali è fuor di dubbio, sia per l’espressa previsione legislativa di cui all’articolo 113 bis (pur se cassato per motivi di competenza legislativa dalla Corte Costituzionale), sia perché i servizi culturali sono di competenza comunale.

Nell’ordinamento pubblico, occorre tenere presente che sono state distribuite delle funzioni amministrative e dei servizi tra Comuni, Province e Stato.

L’articolo 3 del d.lgs n. 267/2000 stabilisce:Il comune è l’ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo....I comuni e le province hanno autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa nonché autonomia impositiva e finanziaria nell’ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica....comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali.”

Il fatto che il Comune sia un ente a fini generali, con il solo limite della territorialità e della destinatarietà alla comunità amministrata comporta, attraverso il combinato disposto dell’art. 3 e 112 del decreto legislativo n. 267/2000 che il comune

abbia “la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 t.u.e.l.), assumere come doverose.” *T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527*

Tuttavia tale facoltà non è illimitata, come potrebbe desumersi dalla massima riportata, che comunque si riferisce a servizi tradizionalmente comunali come l’illuminazione pubblica e la manutenzione delle strade, ma va letta alla luce di quanto previsto dall’articolo 165 del dgl n. 267/2000 in tema di struttura del bilancio comunale.

Il comma 5 dell’articolo 165 citato prevede: 5. La parte spesa è ordinata gradualmente in titoli, funzioni, servizi ed interventi, in relazione, rispettivamente, ai principali aggregati economici, alle funzioni degli enti, ai singoli uffici che gestiscono un complesso di attività ed alla natura economica dei fattori produttivi nell’ambito di ciascun servizio. La parte spesa è leggibile anche per programmi dei quali è fatta analitica illustrazione in apposito quadro di sintesi del bilancio e nella relazione previsionale e programmatica.

l’elencazione delle funzioni e dei servizi gestibili dagli enti locali è contenuta nel dpr n. 194/1996, ~~che non è~~ ^{non è} ~~quando~~ ^{quando} possibile per il comune istituire servizi che non abbiano alcun punto di contatto con le funzioni e i servizi elencati nel bilancio di previsione.

Un ulteriore limite è da ravvisarsi nelle competenze attribuite ad altri enti, come la Provincia o la Regione. Non appare percorribile infatti la strada di istituire un servizio a livello comunale, già svolto dalla Provincia o dalla Regione, e attribuito per legge a livelli diversi di amministrazione.

La formazione professionale, in particolare, è da una parte una competenza legislativa regionale, e dall’altra è una competenza amministrativa della Provincia.

La legge regionale del Piemonte n. 63/1995 e s.m.i., prevede, accanto ai soggetti istituzionali, le agenzie formative, che, ai sensi dell’articolo 11, possono realizzare, mediante convenzione con la Provincia, le attività formative previste dalle direttive regionali. Le condizioni cui la legge regionale subordina la convenzione con la Provincia per la realizzazione di attività formative sono le seguenti:

- a) avere tra i propri fini statutari l’esercizio di attività di formazione professionale;
- b) disporre di strutture materiali ed organizzative, di attrezzature e capacità professionali idonee alla realizzazione degli interventi formativi programmati;
- c) applicare nei confronti del personale dipendente il contratto collettivo nazionale della

formazione professionale o del settore di appartenenza;

d) non essere destinatarie di sentenze passate in giudicato che accertino gravi o reiterate violazioni alle norme in materia di lavoro ed assicurazioni sociali obbligatorie.

Tali caratteristiche devono essere possedute dai seguenti soggetti:

- a) Enti pubblici che svolgano attività di formazione professionale;
- b) Enti senza fini di lucro che siano emanazione o delle organizzazioni democratiche e nazionali dei lavoratori dipendenti, dei lavoratori autonomi, degli imprenditori, del movimento cooperativo, o di associazioni con finalità statutarie formative e sociali;
- c) consorzi e società consortili con partecipazione pubblica;
- d) imprese e consorzi di esse.

Dall'elencazione contenuta nella legge regionale si desume che anche gli enti pubblici possano essere riconosciuti come agenzie formative, purché svolgano attività di formazione professionale, e che tale attività sia prevista tra i fini statutari del comune, disponga di attrezzature e capacità professionali idonee alla formazione.

Il comune, quindi non ha tra i propri fini statutari la formazione professionale dei cittadini, ma ha tra i propri obblighi derivanti da leggi e da contratti collettivi, la formazione del proprio personale dipendente, il che non è sufficiente a coniugarlo come agenzia formativa. Una considerazione a parte hanno i servizi sociali, di competenza comunale, e svolti spesso mediante consorzio intercomunale, nel cui ambito sono previste attività di formazione professionale.

L'assunzione in via principale da parte del Comune di una attività di formazione professionale, contrasterebbe inoltre con il principio di sussidiarietà orizzontale, che postula l'intervento pubblico solo quando il sistema degli operatori privati non è in grado di garantire il servizio.

Pertanto l'assunzione in capo al comune di attività di formazione professionale ha senso in quanto tale attività sia strumentale ed accessoria rispetto ad altre finalità di sicura pertinenza comunale, come i servizi culturali. In tal senso si è mosso il legislatore nazionale nel disciplinare le fondazioni musicali, (fondazioni di diritto speciale) nel dgsi n. 367/1996 all'articolo 3 individua le finalità di tali fondazioni come segue:

“1. Le fondazioni di cui all'art. 1 perseguono, senza scopo di lucro, la diffusione dell'arte musicale, per quanto di competenza la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività.

2. Per il perseguimento dei propri fini, le fondazioni provvedono direttamente alla gestione dei teatri loro affidati, conservandone il patrimonio storico-culturale e

realizzano, anche in sedi diverse, nel territorio nazionale o all'estero, spettacoli lirici, di balletto e concerti; possono altresì svolgere, in conformità degli scopi istituzionali, attività commerciali ed accessorie. Esse operano secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto del vincolo di bilancio.”

Va anche tenuta presente la considerazione generale sull'assunzione di nuovi servizi da parte del Comune, che è legittima solo in quanto sia rivolta a fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale. Pertanto la destinatarietà prevalente della formazione professionale a soggetti esterni alla comunità potrebbe essere problematica, qualora non collegata ad un più ampio progetto culturale nel settore musicale riguardante la città.

Le prospettive de jure condendo delle partecipazioni comunali ad enti gestori esterni

La partecipazione degli enti locali ad una miriade di soggetti esterni è stata da ultimo oggetto di attenzione da parte del legislatore, prima nella bozza di legge finanziaria e poi nella legge delega per la riforma dell'ordinamento degli enti locali. In particolare è stata avvertita la necessità di limitare l'intervento pubblico locale a quegli organismi che svolgono effettivamente servizi pubblici locali, escludendo la legittimità di altri tipi di partecipazione e imponendo agli enti un correlativo obbligo di dismissione.

Oltre alla situazione descritta, un ulteriore ambito di intervento è costituito dalla limitazione degli organi delle partecipate, con consigli di amministrazione che non potranno andare oltre i 3 componenti.

Lo spirito che si coglie dalle norme in itinere è quello di razionalizzazione del sistema delle partecipazioni comunali e della semplificazione degli organi di gestione.

da Il Sole 24 Ore

di

Giorgio Santilli

... La Finanziaria prevede, (prima dello stralcio) inoltre, che queste società dovranno avere tre componenti del consiglio di amministrazione, salvo le società al di sopra di una certa soglia di capitale (da definire con Dpcm) per cui il cda potrà essere composto di cinque componenti.

Lo stesso principio di contenimento dei costi vale anche per le società partecipate o controllate dalle Regioni, ma in questo caso saranno direttamente le Regioni a definire le modalità del contenimento. Ma il taglio ai costi della politica locale è una strategia più complessiva della Finanziaria 2007, arriverà anche

.... dalla fusione di società partecipate...

Il riconoscimento come agenzia formativa ai sensi dell'articolo 11 della legge regionale n. 63/1995

Tra i soggetti elencati nell'articolo 11 come agenzie formative non figurano le fondazioni partecipate da enti pubblici. Tuttavia è stato acquisito un precedente relativo alla Fondazione per la Venaria reale, in cui le attività formative sono state riferite ad una scuola di diretta emanazione della fondazione medesima, ed in tal modo è possibile ottenere il riconoscimento come agenzia formativa della scuola predetta, ma non della fondazione.

Anche alla luce di ciò è fondamentale definire le finalità della istituenda fondazione come più ampie e relative ai servizi culturali in campo musicale, ed attribuire la formazione professionale alla scuola interna alla fondazione, che aspira ad essere agenzia formativa.

Le attività dell'ex Istituto Civico Musicale

Un elemento di fondamentale importanza nell'operazione che il Comune si accinge a realizzare, è l'avvenuto trasferimento delle attività di istruzione in campo musicale facenti capo al cosiddetto "istituto civico" alla Scuola di Alto Perfezionamento, in vista della riunificazione di varie politiche comunali in campo musicale in capo ad un unico soggetto.

Che le attività del civico musicale siano tradizionalmente di competenza comunale è fuor di dubbio, non fosse altro perché sono riconducibili alla istruzione pubblica.

La trasformazione di una società consortile in fondazione

Con la riforma del diritto societario ad opera del decreto legislativo n. 6/2003, sono stati introdotti gli articoli 2500 septies e 2500 octies del codice civile, riguardanti, il primo la trasformazione eterogenea da società di capitali, e il secondo la trasformazione eterogenea in società di capitali.

L'articolo 2500 septies prevede che “le società disciplinate nei capi V, VI, VII del presente titolo possono trasformarsi in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni.”, mentre l'articolo 2500 octies prevede l'operazione inversa.

La trasformazione omogenea è riconducibile alla disciplina generale di cui agli articoli 2498 del codice civile e seguenti, e riguarda la trasformazione tra due modelli societari omogenei, ad esempio da un tipo ad un altro nell'ambito di società lucrativa o da un tipo all'altro di società mutualistica.

La riforma del diritto societario ha inciso prevalentemente sulle società, ma già la dottrina anteriore alla riforma ammetteva le trasformazioni tra società consortile e enti senza scopo di lucro. (ELIO BERGAMO, PIERLUIGI TIBURZI – LE NUOVE

TRASFORMAZIONI FUSIONI SCISSIONI- della collana Il diritto privato oggi a cura

di Paolo Cendon, pag 36: *pare, pertanto, corretto che le società consortili potranno*

trasformarsi anche in: società di persone, società cooperative, consorzi, comunioni

*d'azienda, associazioni non riconosciute, **fondazioni**. Le modalità operative saranno*

quelle disciplinate dall'art. 2500 octies e 2500 novies e quindi con la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato – in tal senso,

già anteriormente alla riforma, Volpe Putzolu 1992, 278; Borgioli 1985, 215; Trib.

Pistoia, 20.4.2000, So, Assembleare per la trasformazione di s.r.l., riconosce ai soci

dissenzienti il diritto di recesso, come anche Trib. Milano, Massime, RN, 2000, 753;

l'art. 2498 del codice civile, per il principio di continuità dei rapporti giuridici, prevede che

in caso di trasformazione l'ente trasformato conservi i diritti e gli obblighi e prosegua in

tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione. Con la

trasformazione si viene quindi a modificare solo il modello organizzativo e di gestione

della società senza che, di fatto, si venga a estinguere il vecchio soggetto e ne nasca uno

nuovo.

Per quanto riguarda le formalità richieste va detto che l'atto di trasformazione è soggetto

alla disciplina prevista per il tipo adottato ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla

pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione, quindi è

necessario l'atto pubblico richiesto per la costituzione della fondazione dall'articolo 14

del codice civile.

Secondo la dottrina sopra riferita, alla trasformazione di una società consortile in

fondazione risultano applicabili gli articoli 2500 octies e 2500 novies, rubricati

rispettivamente Trasformazione eterogenea in società di capitali e Opposizione dei

creditori.

La prima norma prevede ai fini della deliberazione della trasformazione, la maggioranza richiesta dallo statuto per il caso di scioglimento anticipato.

La seconda norma prevede che la trasformazione abbia effetto dopo 60 giorni dagli adempimenti pubblicitari previsti dall'articolo 2500, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso e che i creditori possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione.

E' evidente pertanto che preliminare alla delibera di trasformazione è la ricognizione di tutti i rapporti giuridici pendenti al fine di trasferirli in capo al nuovo soggetto giuridico e ciò assume un particolare rilievo nel caso di specie, trattandosi di unico socio ente pubblico, che in quanto tale, soggiace prima che alle norme di diritto civile, alle superiori norme di diritto pubblico e di contabilità pubblica, soprattutto per quanto riguarda eventuali esposizioni debitorie dell'ente trasformando.

Dovranno inoltre essere oggetto di approfondimento gli aspetti fiscali relativi alla trasformazione, per cui il testo unico sulle imposte sui redditi (Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917) come modificato dal decreto legislativo 12 dicembre 2003 n. 344 – (Riforma dell'imposizione sul reddito delle società, a norma dell'articolo 4 della legge 7 aprile 2003, n. 80) reca apposita disciplina.

Esperienze statutarie a confronto

Gli organi della fondazione e l'ordinamento interno sono definiti dal Fondatore nel relativo negozio costitutivo. Il fondatore può designare direttamente i primi amministratori della fondazione, stabilendone le competenze e la durata del relativo incarico, oppure stabilire i criteri in base ai quali procedere alle nomine. L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonchè le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite, possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio e quelle relative alla loro trasformazione (art. 14 codice civile).

Nell'ambito dell'atto costitutivo, occorre distinguere il negozio unilaterale istitutivo della fondazione o atto di fondazione, dall'atto di dotazione del patrimonio, reputato dalla dottrina una donazione, se contenuto nell'atto pubblico e mortis causa se contenuto nel testamento

La fondazione di partecipazione è stata individuata, quale modello atipico, combinando le previsioni normative del libro I e II del codice civile concernenti le persone giuridiche di diritto privato, con l'art. 1332 del codice civile che disciplina i contratti a struttura aperta (Se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalità dell'adesione, questa deve essere diretta all'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari). Nell'ambito di una fondazione di partecipazione le esperienze applicative hanno evidenziato a volte la distinzione tra due categorie di fondatori:

- i fondatori veri e propri che provvedono a dotare la fondazione dei mezzi necessari per raggiungere i propri scopi
- gli aderenti e i sostenitori che possono fornire contributi diversi, quali il versamento di somme di denaro una tantum o periodiche, l'effettuazione di donazione di beni e lo svolgimento di lavoro volontariato.

Gli organi di amministrazione prevedono generalmente:

- un consiglio di amministrazione, composto da rappresentanti designati dai fondatori, dai sostenitori e dagli aderenti
- il consiglio generale che riunisce i fondatori
- l'organo di sorveglianza che, composto da rappresentanti degli enti territoriali o di altri enti pubblici ha il compito di verificare la continua aderenza degli atti deliberativi e dell'operato della fondazione di partecipazione alla legge, allo statuto e al pubblico interesse
- l'assemblea generale o di partecipazione, di cui fanno parte gli aderenti e i sostenitori
- il comitato scientifico, competente ad esprimere pareri in merito agli indirizzi scientifici e culturali dell'ente.

Tale ultimo organo viene segnalato dalla dottrina come di importanza strategica soprattutto nella esperienza dei musei internazionali, in cui le politiche finanziarie tengono conto delle indicazioni che provengono dalla direzione scientifica (vedesi Metropolitan Museum, Louvre).

La complessità organizzativa sopra delineata, deve necessariamente essere adattata alla concreta situazione e dimensione dell'ente che si intende creare, per cui va valutata anche la sostenibilità organizzativa.

Pertanto si propone una struttura più semplice in cui i fondatori e i sostenitori ed aderenti siano riuniti in un unico collegio dei fondatori, nel cui ambito è possibile attribuire un peso maggiore nelle votazioni ai fondatori.

La scelta dei fondatori privati

La natura giuridica della fondazione, di ente senza scopo di lucro, la annovera tra quegli enti per i quali non si dovrebbero porre problemi di tutela della concorrenza, come peraltro evidenziato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2004.

Conseguentemente la scelta dei fondatori privati non deve essere preceduta da procedure di evidenza pubblica, come avviene per le società miste.

“ Se non è dubitabile che la fondazione operi senza scopo di lucro, e dunque la scelta dei partner privati sia sottratta alle procedure di evidenza pubblica, potevano sorgere dubbi sulla possibilità per lo stesso ente di costituire o partecipare a società di capitali che svolgono in via strumentale ed esclusiva attività dirette al perseguimento degli scopi statuari. ...ormai la giurisprudenza ha ammesso l'esercizio di attività speculative in via strumentale al perseguimento dello scopo statutario, mentre gli aspetti problematici riguardano l'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale.

...A ciò va aggiunto il problema delle responsabilità connesse all'esercizio delle attività in forma imprenditoriale, ed la delicata questione in ordine alla relativa assunzione da parte dell'ente pubblico non economico. ...” - Sergio Foà in Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i Beni e le Attività culturali –Rivista telematica Aedon Ed Il Mulino.

Secondo la dottrina sopra riferita, occorre prestare particolare attenzione allo svolgimento di attività imprenditoriali da parte della fondazione, con particolare riferimento al caso in cui si ammetta la partecipazione della fondazione a società di capitali, perché in tale circostanza occorrerà rispettare le norme di evidenza pubblica per la scelta del socio privato.

Invece per la cooptazione di fondatori privati non sono necessarie procedure particolari, poiché si tratta di acquisire disponibilità patrimoniali per il fondo di dotazione e di gestione.

Un diverso problema è quello della “onorabilità” dei fondatori privati, i quali, aderendo ad un negozio aperto con la pubblica amministrazione, dovranno possedere

i requisiti di capacità a contrattare stabiliti dalle norme vigenti in materia di contratti pubblici, compresa l'assenza di misure sanzionatorie sulle persone giuridiche di cui al decreto legislativo n. 231/2001.

Il conflitto di interessi degli amministratori della fondazione

Il rapporto esistente tra gli amministratori di una persona giuridica e l'ente cui appartengono è riconducibile alla nozione generale di rappresentanza organica, nel senso che l'ente pone in essere dei rapporti giuridici attivi e passivi a mezzo dei propri organi cui sono conferiti i poteri di rappresentanza.

L'articolo 18 del codice civile stabilisce che gli amministratori delle fondazioni sono responsabili verso l'ente secondo le regole del mandato.

L'articolo 1710 del codice civile prevede che il mandatario (rappresentante) è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia e che se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore.

Il contratto di mandato costituisce un caso tipico di esercizio di poteri rappresentativi, nella specie definita dall'articolo 1704 del codice civile, di "mandato con rappresentanza", nel qual caso risultano applicabili le norme sulla rappresentanza di cui all'articolo 1397 e seguenti del codice civile.

Tra le norme dettate in materia di rappresentanza negoziale, applicabili anche alla rappresentanza organica, esiste l'articolo 1394 in materia di conflitto di interessi, che sanziona con l'annullabilità il negozio concluso dal rappresentante (l'amministratore) in conflitto di interessi con il rappresentato (l'ente). Ma a parte la sanzione nel campo civilistico dell'annullabilità del negozio giuridico, vi sono anche alcuni profili pubblicistici che possono venire in considerazione, tenuto conto che la natura giuridica della fondazione costituita o partecipata dall'ente locale non è propriamente di diritto privato, ma riconducibile alla nozione di "organismo di diritto pubblico" contenuta nella legislazione in materia di contratti pubblici di derivazione comunitaria. non è escluso che possa ricorrere la condizione soggettiva prevista dall'articolo 358 del codice penale riguardante l'esercente un servizio pubblico, secondo cui:

Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della

pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

Conseguentemente l'assunzione di un atto da parte di un amministratore della fondazione, in situazione di conflitto di interessi potrebbe dare luogo all'ipotesi di reato di cui all'articolo 323 del codice penale.

Il Segretario Direttore Generale

Orlando dott.ssa Concetta