

Novara, 14 Febbraio 2019

Q: Il CdA è stato coinvolto nella discussione delle modifiche statutarie?

A: Come ampiamente rappresentato in sede di approvazione del nuovo Statuto, sia nelle competenti commissioni consiliari che in aula e poi ancora successivamente nelle ulteriori Commissioni, il nuovo Statuto è stato deliberato dal Consiglio Comunale, su invito dell'assemblea della Fondazione del 26 aprile 2018, tenendo conto delle proposte di modifica formulate dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 18 giugno 2018.

A tal proposito si richiama quanto già espressamente descritto nella relazione inviata alla Corte dei Conti, di seguito riportata e di cui la stessa Corte ha preso atto nella deliberazione relativa al monitoraggio semestrale, pervenuta via PEC il 21 dicembre 2018 con la nota protocollo n. 11972 in data 21 dicembre 2018 (acquisita agli atti con prot. 113712_2018):

"IL NUOVO STATUTO APPROVATO CON CARATTERISTICHE LA FONDAZIONE DELIBERA c.c. N. 4512018 - DI PARTECIPAZIONE QUALE ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO: UN'ORGANIZZAZIONE" IN HOUSE".

In seguito alla deliberazione assembleare della fondazione del 26 aprile 2018, il Consiglio Comunale ha provveduto con deliberazione n. 45 del 24.7.2018 (Ali. 14), esecutiva ai sensi di legge, ad approvare un nuovo Statuto della Fondazione di Partecipazione che recepisce in primo luogo e immediatamente quanto disposto dallo Statuto Comunale all'art. 72 bis, approvato con deliberazione consiliare n. 35 del 27.4.2017 in ordine all'affidamento e gestione diretta dei servizi pubblici culturali da parte del Comune di Novara. Si è provveduto, al contempo, anche a conformare lo Statuto della fondazione alla normativa del D.lgs n. 42/2004 (Codice dei Beni Culturali) con particolare attenzione alla norma sulla tutela e conservazione del patrimonio e alla sua valorizzazione.

Fra le modifiche così apportate si è anche regolarizzata la dotazione patrimoniale della Fondazione, recependo espressamente i contenuti dei decreti della Soprintendenza pervenuti in data 15.10.2013 e 18.12.2013 e non ancora formalizzati nello Statuto precedentemente approvato con deliberazione n. 83 del 23.12.2013.

Il nuovo Statuto deliberato dal Consiglio Comunale in data 24.7.2018 (delibera di C.C. n. 45), nel suo articolato, ha assorbito anche in parte quanto proposto dallo stesso CdA con il verbale del 18.6.2018. Quindi in fatto si può concludere che le modifiche apportate, stante quanto dispone il comma 3 dell'art. 2 del DPR 361/2000, non mutano lo scopo "consacrato" nello Statuto della fondazione esistente ed indicato all'art. 2 dello stesso (n.d.r.: lo svolgimento di quello che è il servizio pubblico della cultura). Queste attengono alla struttura organizzativa dell'ente fondazione e quindi non pregiudicano lo scopo programmato, anzi, verosimilmente lo rendono lecito e legittimo, rispetto alla normativa vigente in materia sia di aggiudicazione e gestione del servizio pubblico nonché in materia di tutela e valorizzazione dei beni del demanio culturale (cfr: Tar Lombardia Brescia sez. 1,12/1/2016 n. 41).

Pertanto, il Consiglio Comunale ha certamente operato nel pieno esercizio del potere di primazia demandato a tale organo in subiecta materia dall'ordinamento degli Enti Locali (n.d.r.: combinato disposto degli articoli: art. 1 commi 1, 3 e 4, mi. 112 co 1, art. 42 co.2 lett. e) e letto g) del TUEL), e le modifiche sono coerenti con il miglior realizzarsi proprio dello scopo sociale.

Nella prospettiva così delineata viene valorizzato il nesso di strumentalità delle modifiche apportate con i fini dell'ente fondazione, quale organismo di diritto pubblico come individuato nell'art. 72 bis dello Statuto Comunale.

Occorre anche evidenziare che l'art. 112, co.5, del Codice dei Beni Culturali, entrato in vigore già dal 2004, consente il legittimo affidamento diretto ad un organismo (n.d.r.: art. 112 co. 5 del Codice dei Beni Culturali " apposito soggetto giuridico"), quale la Fondazione di Partecipazione, della gestione del servizio pubblico culturale.

Quindi si configurano e vengono declinati i contenuti del requisito della cd "dominanza pubblica" basato su indici presuntivi del legame esistente tra ente locale ed organismo partecipato (cfr: deliberazione n. 151 del 2013 PAR sez. regionale di controllo Lazio). Da quanto sopraddetto discende che il ricorrere di determinati elementi, e cioè la costituzione/partecipazione, da parte di un ente locale, di una persona giuridica privata, finalizzata alla realizzazione di un fine pubblico certamente immanente nel servizio pubblico locale con l'impiego di finanziamenti pubblici e con modalità di gestione e controllo direttamente collegabili alla volontà del Socio fondatore rende, di fatto, la persona giuridica privata un semplice modulo organizzativo dell'ente locale socio, al pari di altre formule organizzative aventi natura pubblicistica (aziende speciali ed istituzioni, art. 114 del TUEL) (cfr: deliberazione n. 151/2013 Corte dei Conti Lazio).

In altri termini l'utilizzo dello schema giuridico della Fondazione di Partecipazione da parte dell'ente locale rende la persona giuridica privata una entità strumentale dell'Ente, ovvero una modalità di gestione dell'interesse locale perseguito nel servizio pubblico locale.

La sezione delle autonomie locali sin dal 2014 ha definito la Fondazione di Partecipazione come una "fondazione strumentale" all'ente pubblico fondatore (cd fondazione amministrativa). Tale organismo risponde all'esigenza di disporre di uno strumento flessibile, caratterizzato dalla commistione dell'elemento patrimoniale con quello associativo, funzionale a una sorta di parternariato pubblico privato.

La norma (art. 72 bis Statuto Comunale) è certamente necessaria affinché lo scopo della fondazione possa ritenersi, oltre che possibile anche lecito, in quanto conforme all'ordinamento vigente nell'ente locale per tale materia (cfr: in tale prospettiva di normazione v. la sentenza Corte costituzionale 272 del 2004 nonché il parere della corte dei conti, sez. consultiva Sardegna n.9/2007).

La Fondazione di Partecipazione, come modificata dal nuovo Statuto, viene altresì a conformarsi a quanto dispone l'art. 112 comma 5 del Codice dei Beni Culturali (cfr: comma 5 gli enti pubblici territoriali possono costituire, nel rispetto delle vigenti disposizioni appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani di cui al comma 4, cioè lo sviluppo per la valorizzazione culturale relativamente ai Beni Culturali di pertinenza pubblica)". Infatti, nell'art. 72 bis dello Statuto Comunale, si qualifica la Fondazione di Partecipazione nella sua declinazione quale apposito "soggetto giuridico", un organismo di diritto pubblico.

Invero, la Fondazione di Partecipazione, in forza di una interpretazione evolutiva, costituisce un modello atipico di persona giuridica privata, di recente teorizzazione dottrina (cfr. Deliberazione Il, 151/20J3/PAR Sezione Controllo per il Lazio), in cui si è sintetizzato l'elemento personale, tipico delle associazioni e l'elemento patrimoniale caratteristico delle fondazioni. E' un modulo che si distacca radicalmente dalla fondazione classica civilistica caratterizzata dalla mancanza di una organizzazione a base personale e quindi dall'inesistenza di una assemblea di associati che possa esprimere la volontà dell'ente. La fondazione classica (cd patrimoniale) di cui all'art. 14 e seguenti del c.c., è improntata alla realizzazione dello scopo attraverso il patrimonio, patrimonio che, successivamente al riconoscimento giuridico diviene completamente autonomo rispetto alla figura del fondatore ed intangibile persino da quest'ultimo (art. 15 c.c.). Così delineato tale modello sarebbe un organismo giuridico incompatibile con l'affidamento diretto/gestione di un servizio pubblico che per definizione non potrebbe mai esistere senza il rispetto dei principi che ne governano l'organizzazione e la gestione, come già detto, in capo all'Ente Locale.

Nella Fondazione di Partecipazione, che è il modello proprio previsto dall'art. 72 bis dello Statuto Comunale, al contrario, l'ottica è gestionale, ed il legame con il socio fondatore non viene mai reciso, così realizzando uno schema in qualche modo assimilabile alla governance societaria. In questo diverso modello prevale l'ottica gestionale, per cui il legame con il o i soci fondatori non viene mai reciso ed essi partecipano sia all'organismo che ha il compito di deliberare gli atti essenziali della vita dell'ente nonché a quello preposto all'amministrazione.

In tal senso devono essere considerate le modifiche apportate con la deliberazione di C.C n. 45/2018 che in ultima analisi rendono lecito e possibile che la Fondazione di Partecipazione, quale organismo di diritto pubblico, possa essere soggetto giuridico appositamente costituito (ex art. 112 co. 5 Codice dei Beni Culturali) a cui è affidata direttamente la gestione del servizio pubblico locale della cultura come del resto qualificato dall'art. 101 co. 3, del medesimo Codice. Secondo l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato (ex multis sez.V, sentenza n. 7393 del 12 ottobre 2010), perché possa essere attribuita natura pubblicistica ad una persona giuridica di diritto privato occorre identificare la concorrenza di una serie di elementi: la costituzione da parte di un ente pubblico (Stato, Regione, Ente locale), il perseguimento di un fine pubblico da parte dell'ente di diritto privato, la presenza maggioritaria di fonti pubbliche di finanziamento, l'esistenza di controlli da parte di soggetti pubblici, l'ingerenza pubblica nella gestione dell'ente (cfr: Cassazione civile, sez Un., 7 aprile 2010, n. 8225). Recentemente, lo stesso Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 66 del 2013 ha evidenziato come ad una spiccata eterogeneità dei moduli organizzativi e di azione della P.A. corrisponda una nuova ed aperta nozione di "ente pubblico", capace di comprendere anche figure soggettive formalmente privatistiche."