

# La “Fondazione di partecipazione” come ipotesi di gestione dei servizi pubblici locali.

**Autore:** Palmerini Giancamillo

**In:** Diritto amministrativo

Il Codice civile del 1942 colloca gli enti senza scopo di lucro all'interno del Libro Primo. Configura così l'associazione come un insieme di persone aventi finalità di carattere ideale, con valori etici e sociali da perseguire e da promuovere, mentre definisce la fondazione come un insieme di beni vincolati a uno scopo, con le cui rendite l'ente persegue le proprie finalità sociali.

I tentativi di riforma di questa parte del Libro Primo del codice hanno dimostrato che la disciplina attuale è assai carente sotto molti punti di vista (soci, responsabilità degli amministratori, bilanci, procedure in caso di insolvenza, devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento dell'ente, ecc.).

A ciò si aggiunga che la legislazione fiscale ( art. 111 del T.U.I.R.), ma anche la legislazione solidaristica più recente (eg. la Legge 266/91 sulle organizzazioni di volontariato; piuttosto che l'art. 5 della Legge 383/2000, concernente le associazioni di promozione sociale ) insistono, con riferimento agli enti di tipo associativo, sul requisito della democraticità della struttura.

Al contrario, la sollecitazione legislativa di un nuovo approccio al coinvolgimento delle Fondazioni nelle dinamiche evolutive dei sistemi locali è senza dubbio molto forte in considerazione della presumibile capacità di intervento (in termini di massima efficacia) in settori tradizionalmente complessi (area sociale e area culturale). A tal proposito, la Relazione ministeriale[1] relativa alla legge 361/00 sul riconoscimento delle persone giuridiche precisa che a queste peculiari istituzioni si applicherà ora la disciplina delle associazioni ora quella delle fondazioni, a seconda che la loro natura e struttura si avvicinino più a quella dell'uno o dell'altro tipo di ente. Ancora. La Relazione ministeriale rappresenta un valido ausilio al momento di definire concretamente la provenienza delle suddette istituzioni di carattere privato. Stando alla lettera, nel paragrafo di commento all'art. 12 (cfr. n. 43) si afferma che il riferimento deve essere quello attinente alle "istituzioni prodotte dalla varietà della vita moderna".

In sostanza l'art. 12 ha una portata molto più vasta di quanto si potrebbe pensare ad un primo approccio. Si applica non solo a figure giuridiche tipiche, come fondazioni ed associazioni, ma anche a figure giuridiche atipiche, ovvero alle "altre istituzioni di carattere privato".

Tra queste figura il modello della cosiddetta “Fondazione di Partecipazione”(di seguito F.d.P.) elaborata dal Notaio milanese Enrico Bellezza.

A tal proposito, il modello a cui fare riferimento in campo comunitario potrebbe essere quello del “charitable trust” anglosassone[2]; si deve notare come il perseguimento di scopi charitable è divenuta per molta parte del mondo produttivo un modo efficace di collegarsi alla società civile, superando il classico strumento della sponsorizzazione.

Per altri aspetti la FdP è assimilabile alle “community foundations” soggetti che hanno la caratteristica tipica di essere fondazioni senza fondatori ma con forti radici nel territorio, che poi è la strada per certi aspetti intrapresa dalle Casse di Risparmio.

La fondazione può divenire così uno strumento gestionale di primo piano nel panorama del nuovo welfare, se correttamente applicata per forme di partnership pubblico-privato o fra Enti pubblici. Può consentire al sistema pubblico di usufruire di maggiori disponibilità finanziarie e di management nella gestione dei servizi sociali, venendosi così a ridurre il rischio “aziendale”, associato a qualunque attività di produzione di servizi. La fondazione inoltre come innovativa modalità di erogazione dei servizi sociali, nella logica dell’ aggregazione distrettuale, può garantire maggiori livelli di collaborazione tra Enti, rispetto alla mission comune, e assicurare la più economica ed efficiente produzione/erogazione della rete integrata di interventi e servizi.

Gli Enti locali

possono quindi optare:per la costituzione di Fondazioni “evolutive” rispetto al modello del Codice Civile.

L’ interazione tra EE.LL e

la Fondazione chiamata a gestire i servizi verrebbe comunque ad essere connotata da due fondamentali garanzie.

Il rapporto si costituisce con affidamento diretto, quindi con prefigurazione di una relazione nella quale “la parte pubblica” è la “parte forte” e la Fondazione opera con chiarissima funzione strumentale addirittura vincolata all’effettivo sviluppo del servizio.da questo punto di vista diventa centrale la capacità del soggetto pubblico di redigere un buon contratto di servizio che diviene nel casi di affidamento diretto del servizio l’unico strumento di regolazione di una disciplina negoziale[3].

Le relazioni sono in ogni caso definite nei loro profili tecnici-qualitativi da contratti di servizio. Infatti, mentre nella normativa precedente il contratto di servizio veniva esplicitamente previsto solo per le aziende speciali, la legge finanziaria 2002 lo introduce per regolare i rapporti tra enti locali e soggetti gestori, sia nel caso di servizi industriali che non industriali (oggi leggasi servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza).

Il percorso fatto negli ultimi anni dalle esperienze pratiche, è stato quello di rendere disponibile una

“variante” della fondazione “tradizionale”

capace di permettere un efficace quadro operativo sinergico tra Pubblico e Privato.

La FdP

permette di far coesistere in un unico soggetto operativo imprese, società miste, associazioni, enti locali, ciascuno con la possibilità di mantenere intatte le proprie peculiarità pur entrando a pieno titolo nella creatività del progetto e nella trasparenza dell'operazione.

La

novità della soluzione vuole essere quella

di costruire un percorso dove la Fondazione tradizionale, il cui modello è frutto della giurisprudenza ottocentesca, e l'Associazione si incontrano e

si riuniscono per dare vita a quella figura ancora non tipizzata ma prevista da alcuni provvedimenti legislative (fondazioni museali sul modello olandese) e da alcune realizzazioni nella prassi.

Il modello di riferimento per queste modalità innovative di gestione può ritrovarsi nella legislazione dei beni culturali dove la Fondazione di partecipazione è delineata come strumento di gestione delle strutture museali.

La F.d.P può dunque definirsi patrimonio a struttura aperta, a formazione progressiva, nel quale l'elemento personale e quello più propriamente patrimoniale confluiscono dando vita ad un unicum operativo che si caratterizza anche per la larga base associativa su cui può poggiare ed a cui si lega.

La disciplina applicabile alle FdP è comunque, per i suoi sostenitori, quella della Fondazione e non quella dell'Associazione. Ritengono che la natura stessa dell'ente lo escluda, in quanto la possibilità che ai soggetti originari possano aggiungersene altri non riguarda il momento genetico dell'Ente, bensì una sua eventuale ed auspicabile strutturazione successiva. In definitiva il termine adesione allude solo alla successiva partecipazione di nuovi soggetti al contratto stipulato da altri. La verifica delle condizioni di ammissibilità, fissate nello Statuto o nell'Atto costitutivo, è demandata, in ogni caso, a chi ha fondato l'ente. Questo rilievo trova un riscontro legislativo nell'art. 1332, in cui si ribadisce che le modalità di adesione devono essere "dirett(e) dall'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto". Nel caso della Fondazione di partecipazione quest'organo è il Consiglio di amministrazione o il Consiglio generale. La clausola di adesione, infatti, non vale da sola ad attribuire al terzo una posizione giuridicamente tutelabile in materia di diritto all'ammissione

La FdP infatti nasce con la destinazione di un

patrimonio a forma progressiva destinato ad uno scopo

su cui si innesta l'adesione patrimoniale o comunque patrimonialmente valutabile di altri soggetti: in un certo senso l'ente è il patrimonio. Senza tale momento patrimoniale la F.d.P. non sussiste.

Secondo Bellezza, notaio, consulente del Comune di Milano e membro della commissione per la riforma del

diritto societario, nonché

ideatore della FdP, individua

la copertura giuridica (civilistica e costituzionale) del modello negli articoli 12 C.C., oggi abrogato e recepito nell' art. 1 del D.P.R. 361/2000 sul riconoscimento delle persone giuridiche, e 1332 C.C. combinati con l' articolo 45 della Costituzione che riconosce e promuove la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculativi.

Per rintracciare la copertura costituzionale della FdP occorre quindi ricondursi al lungimirante art. 45 della Costituzione che se ad una prima lettura fa richiamare alla mente le società cooperative e di mutuo soccorso, nella seconda parte del primo comma fa carico al legislatore e, in sua assenza all' interprete, di promuovere lo sviluppo della cooperazione senza fine speculativo con i mezzi più idonei, e lo impegna alla ricerca di soluzioni sempre più efficaci e moderne. E' pertanto indiscutibile che una FdP possa essere considerata strumento giuridico deputato al succitato scopo delineato dalla Costituzione, e insistentemente proposto dalla prassi.

In merito alla copertura civilistica, come detto, il modello trova fondamento nell' ex art. 12 C.C. ora art. 1 del D.P.R. 361/2000 che facendo riferimento

ad "altre istituzioni di carattere privato", offre la possibilità di costituire delle entità diverse dalle associazioni e dalle fondazioni, aventi comunque il diritto ad ottenere la personalità giuridica privata, purché in possesso dei requisiti necessari.

La FdP si ritiene quindi sia contemplata proprio nella locuzione "altre istituzioni di carattere privato" che sono "necessariamente atipiche".

Altri autori, in riferimento

a tale previsione normativa, hanno affermato che il termine "istituzioni" rende l' idea di un'opera costituita da una pluralità di fondatori che provvedono alla sopravvivenza dell' ente e alla realizzazione degli scopi prefissati, mentre le fondazioni tradizionali sono quelle istituite da un solo fondatore, che ha donato in una sola volta l'intero patrimonio. E' il caso quindi di una pluralità di soggetti che partecipano all' atto di fondazione con modalità di intervento stabilite dall' atto costitutivo, non contestualmente ma con successive adesioni differite nel tempo.

La teoria di Bellezza si fonda quindi

sul convincimento che la locuzione "altre istituzioni di carattere privato" renda ammissibile individuare, 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 consiglio di amministrazione), che caratterizza la fondazione[4].

Già da qualche tempo gli enti locali utilizzano modelli privatistici e in particolare quello della fondazione, proprio nella configurazione innovativa e atipica della FdP. Se la sua rapida diffusione, in modo particolare nei servizi culturali, ne attesta l'aspettativa di efficacia o comunque la preferenza rispetto ad altri modelli tipici. Sempre secondo il nostro autore, la FdP pubblico/privata si pone quale istituto giuridico non commerciale/lucrativo, fiscalmente agevolato e nel contempo gestibile con criteri di efficienza e economicità capace di conferire al Pubblico ed al Privato i giusti ruoli.

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". E' quindi un soggetto aperto all' esterno, con una struttura duttile e flessibile.

Le principali caratteristiche della FdP sono:

.

personalità giuridica di diritto privato. La fondazione acquisisce la personalità giuridica con il provvedimento di riconoscimento, che andrà chiesto all' autorità competente sulla base dell' ampiezza territoriale d'azione della fondazione stessa.

.

L'atto costitutivo è un contratto plurilaterale con comunione di scopo che può ricevere l'adesione di altre parti oltre quelle originarie, ai sensi dell' art. 1332 del C.C. Deve indicare la denominazione, lo scopo, il patrimonio e la sede nonché le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione. Non vi sono quindi vincoli sulla struttura amministrativa della fondazione, che può essere concepita con gradi di libertà molto elevati.

l'aspetto associativo è garantito dalla presenza di tre categorie di soci: fondatori, aderenti e sostenitori. I soci fondatori possono essere privati, aziende od enti finanziatori, i quali contribuiscono in modo significativo a dotare la FdP dei mezzi necessari per raggiungere i propri scopi. I soci fondatori sono riuniti sia in un Consiglio Generale, che ha il compito di deliberare gli atti essenziali alla vita dell'ente, sia in un Consiglio di Amministrazione. I soci aderenti e i soci sostenitori sono coloro che versano somme di denaro o prestano lavoro volontario oppure donano beni materiali od immateriali, dando un contributo alla sopravvivenza dell'ente e senza che ciò alteri l'unitarietà di governo. Ciò facilita l'impostazione di un'attività strutturata di raccolta di fondi e di contributi anche su base di volontariato. Essi partecipano al Consiglio d'Amministrazione e si riuniscono nell'Assemblea di Partecipazione, che fornisce parere consultivo sui bilanci e formula proposte per la programmazione dell'attività dell'ente. Si deve notare come lo stesso Consiglio di stato abbia avuto modi di rilevare com la presenza di un organo assembleare in una fondazione non sia "indice assoluto della sua natura giuridica associativa"[5]

possono far parte di una FdP Stato, Regioni, enti pubblici e privati, con il diritto di nominare i loro rappresentanti nel Consiglio di Amministrazione, secondo le indicazioni dello statuto, dagli ampi gradi di modularità, redatto nel momento costitutivo;

l'ingresso di nuove parti è garantito dalla clausola di adesione, o apertura, la quale può implicare il controllo di determinate condizioni di ammissibilità (ovviamente prima determinate nel contratto);

attraverso una definita composizione di Organi viene garantita la proporzionalità tra tipologia di contributo e partecipazione all'attività;

il controllo sull'operato della FdP e dell'aderenza alla legge, allo statuto ed al pubblico interesse spetta ad un Organo di Sorveglianza, composto esclusivamente dai rappresentanti degli enti pubblici partecipanti

Quest'organo ha ampi poteri, tanto che può arrivare a censurare gli atti valutati contrari agli scopi istituzionali della Fondazione.

Per quel che concerne l'assetto patrimoniale della FdP, esso è costituito da un fondo patrimoniale (intangibile e comprensivo del fondo di dotazione) e da un fondo di gestione, utilizzabile per l'attività corrente e la gestione della Fondazione. Lo stesso patrimonio di destinazione è, come già ricordato, a struttura aperta: possono cioè successivamente aderire (secondo regole fissate in sede di statuto) soggetti pubblici e privati apportando beni mobili, immobili, denaro, servizi e lavoro. Il rischio economico è formalmente limitato ai beni inizialmente destinati in sede di costituzione.

Si segnala come le fondazioni operanti nel settore dell'assistenza sociale e sanitaria possano divenire ONLUS, consentendoli di godere di significative agevolazioni fiscali, tra cui l'esenzione sostanziale delle imposte

sui redditi e la possibilità per i sostenitori di porre in detrazione, entro certi limiti e , le somme erogate a titolo di liberalità.

Mori nella sua tesi sul processo evolutivo delle fondazioni[6] evidenzia come ulteriori possibili vantaggi fiscali di questo modello la possibilità di adottare una contabilità semplice(al limite per cassa e non per competenza), e la non tassabilità delle donazioni, esclusi i fini Irap.

La FdP consente, in particolare, di delineare, in unità di contesto spazio, temporale e decisionale quali siano i ruoli dei soggetti pubblici e privati. L'Ente, si pone come centro strategico e decisionale dei processi di analisi, individuazione e soluzione delle problematiche condotti alla luce del perseguimento dell'interesse pubblico in una logica imprenditoriale. Lo statuto stabilirà prerogative, funzioni, ruolo dei singoli partecipanti.

La FdP conserva all'ente pubblico partecipante una serie di poteri strategici, senza prevederne necessariamente una presenza maggioritaria,

quali l'indirizzo e il controllo, con il vantaggio operativo relativo al fatto che la Fondazione è un soggetto di diritto privato e, come tale, agisce attraverso gli strumenti tipici privatistici, che si traducono in maggiori elasticità ed efficacia della gestione.

Si andrebbe a dare vita ad un ente autonomo, ma non svincolato dai soggetti che lo costituiscono, che vive di vita propria indipendentemente dalle vicende in cui si possono imbattere i fondatori. Non è esclusa l'ipotesi che, in determinate condizioni, gli stessi soci scioglano l'ente. Ovvio come tale caratteristica sia funzionale alla progettualità, alla durata ed alla efficienza delle strutture e dei servizi.

L'interesse perseguito dalla struttura è, per sua stessa definizione, di pubblica utilità senza finalità lucrative.

Sarebbe possibile, in linea di massima, compatibilmente con le finalità statutarie, anche attività d'impresa attraverso la creazione di strutture commerciali, nonché la gestione, anche in forma associata, di progetti finanziati dalla Comunità europea o dalle Regioni.

La FdP si presenta in definitiva come uno strumento teso a creare una rete di rapporti tra soggetti diversi pubblici e privati, che possono partecipare all'interno dell'organizzazione. Questi soggetti devono però essere incentivati ad far parte della FdP



attraverso la presentazione di una mission ed una vision chiara, nonché attraverso la stesura di prospetti economici-finanziari da cui emerge evidente la capacità della FdP di creare reddito ed attivi d'esercizio.

Una voce critica rispetto a questo modello la si può ritrovare in Guido Franchi Scarselli[7] che riprende la costruzione logica del notaio Bellezza per demolirla proprio sul suo fondamento.

Se l'elemento che caratterizza l'associazione è dato dall' aggregazione di più persone per la soddisfazione di uno scopo comune interno ai loro interessi, mentre quello che caratterizza la fondazione consiste, viceversa, nella destinazione di un patrimonio alla soddisfazione della volontà esterna del fondatore, ecco che la FdP ammetterebbe di associare più fondatori per la gestione di un patrimonio che rimane loro collettivamente proprio (nella loro disponibilità) e, suo tramite, altresì soddisfare uno scopo di pubblica utilità che non è più ad essi esterno, in quanto cristallizzato nella volontà del fondatore, bensì continuamente aggiornabile in relazione a ciò che concretamente richiede la valorizzazione del patrimonio secondo la volontà dell'organo che lo amministra.

Secondo l'autore la FdP altera la peculiarità del modello fondazionale nella capacità di saper perseguire fini generali o particolari, ma comunque nell'interesse di soggetti diversi dal fondatore. Si supera quindi il requisito del distacco fra la volontà del fondatore e quella degli amministratori chiamati a realizzarla, che caratterizza il modello tipizzato.

Anche la dottrina, sostiene, ha più volte negato l' astratta configurazione della FdP, riferendo l' oscura locuzione dell' art. 12 C.C. ora espressamente ai comitati e alle multiformi istituzioni di assistenza e beneficenza, ora complessivamente, nella prospettiva di aggregare ogni altro soggetto, distinto dagli enti pubblici e dalle società, ai caratteri di quei due soli modelli.

Secondo questa dottrina la formula nell' intenzione del legislatore del 1939, sarebbe stata quella di chiudere il sistema delle persone giuridiche e non di lasciarlo aperto.

Il fatto che la legge autorizzi gli enti locali a servirsi di "associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate" non può lasciar concludere che abbia tipizzato, e dunque introdotto nell' ordinamento, quel "modello" di fondazione.

L' autore inoltre si sofferma sul fatto che l' art. 12 del C.C. è stato nel frattempo abrogato e che quella espressione "altre persone giuridiche private" essendo ora contenuta in una fonte secondaria, il D.P.R. 361/2000, rende più flebile la sua capacità di innovare l'ordinamento.

Sotto un profilo squisitamente dottrinario, si rileva come la FdP quale fondazione atipica, violerebbe il principio di tipicità delle persone giuridiche, e darebbe rilevanza a una persona giuridica che, contenendo elementi tipici della fondazione "frammisti" a quelli dell' associazione susciterebbe dubbi non solo sulla disciplina da applicarsi, ma anche circa la legittimità dell' istituto.

Bellezza, tuttavia, pur condividendo la necessità di una complessiva revisione codicistica in tema di persone giuridiche private, ritiene che possano essere rintracciati elementi documentali e condotte riflessioni che portano a dissolvere le perplessità circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento di fondazioni atipiche, quali di FdP, con conseguente legittimità dell'istituto e specificità di disciplina applicabile al medesimo.

Alcuni dubbi possono essere eliminati per effetto previsione contenuta nell'art. 90 della Legge 388/2000 (Finanziaria 2001) che oltre a promuovere le "sperimentazioni gestionali" tipizza in modo cristallino fra gli attori di dette fattispecie, proprio le fondazioni di diritto privato in sinergia con gli "enti pubblici".

E' auspicabile anzi che il processo di estensione applicativa dell' istituto della fondazione si traduca in una disciplina operativa utile a dare impulso alle potenzialità innovative di questo strumento organizzativo-gestionale che in un contesto di generale garanzia di trasparenza, efficienza ed efficacia di azione risulterebbe quanto mai adeguato per ottimizzare, attraverso l'integrazione e il coordinamento dell' apporto di più soggetti, con finalità istituzionali diverse ma complementari, le risorse disponibili.

L'Ente locale, in particolare, ha il diritto-dovere di gestire le situazioni che esistono sul proprio territorio ed anche di sostenere quelle che crescono su iniziativa privata, ma ha anche il diritto-dovere di optare per le forme di gestione che si sono dimostrati più efficaci. Il vero limite dell' Istituzione è stato quello di gravare esclusivamente sulle spalle degli enti locali, non avendo la capacità di coinvolgere i privati, né con capitali, né con capacità manageriali.

I rappresentanti del settore pubblico devono quindi avere la possibilità di operare assieme ai soggetti privati interessati alla conduzione di imprese di interesse generale.

Si tratta, in ogni caso, di percorsi giuridicamente "in fieri" con carattere di specificità e dunque, riconducibili al concetto di sperimentazione gestionale, peraltro auspicata dal legislatore fin dal 1991. E' utile ricordare come la disciplina riferibile si trova quindi collocata in quella zona d'ombra che vi è tra la norma e l'interpretazione, nell' attesa che una riforma specifica offra un'organica regolamentazione della materia.

Secondo i sostenitori del modello siamo di fronte ad uno strumento innovativo, ma comunque legittimato da un corretto studio di principi e di regole che secondo una logica interpretativa di tipo estensivo, consentono di affermare l'ammissibilità di questa forma di gestione in una pluralità di servizi alla persona.

[1] Si veda il

progetto di massima della Biblioteca Europea di Milano su [www.beic.it](http://www.beic.it) e [http://www.studiobellezza.it/servizi/servizi\\_index.htm](http://www.studiobellezza.it/servizi/servizi_index.htm) il sito del Studio notarile di Enrico Bellezza.

[2] D. Mori, "Dalle fondazioni alle fondazioni di partecipazione", Trieste, A.A. 2003/04, p65 e ss. A proposito delle fondazioni delle Casse di Risparmio , si segnala l'esperienza Cariplo

[3] S. Galatessi, "I servizi pubblici locali tra la normativa europea e quella comunitaria", Roma, A.A. 2004/2005, p. 82.

[4]

Si veda a tal proposito Scarselli su "Aedon" 3/2000,  
<http://www.aedon.mulino.it/archivio/2000/3/franchi.htm>

[5] Parere 2452/96, Il Consiglio di Stato, 1998, I, 144

[6] D. Mori, "Dalle Fondazioni...", op.cit, p 72 e ss.

[7] Si veda a tal proposito Scarselli su "Aedon" 3/2000,  
op. cit.

<https://www.diritto.it/la-fondazione-di-partecipazione-come-ipotesi-di-gestione-dei-servizi-pubblici-locali/>