



REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO

Nella Camera di consiglio del 26 giugno 2013

composta dai magistrati

dott. Ignazio FASO	Presidente;
dott. Rosario SCALIA	Consigliere relatore;
dott.ssa Carmela MIRABELLA	Consigliere;
dott.ssa Rosalba DI GIULIO	Consigliere;
dott.ssa Maria Teresa D'URSO	Primo referendario relatore;
dott.ssa Donatella SCANDURRA	Primo referendario;
dott.ssa Elena PAPA	Referendario.

VISTO l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

VISTA la legge costituzionale 18 ottobre 2011, n.3;

VISTO il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti";

VISTA la legge 5 giugno 2003 n. 131, recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18

ottobre 2001, n. 3”;

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14/CONTR./2000, contenente il regolamento per l’organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti e ss. mm. ii.;

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, del 26 marzo 2010, n. 8, recante “Pronuncia di orientamento generale sull’attività consultiva”;

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, in sede di controllo, del 17 novembre 2010, n. 54;

VISTA la nota, acquisita al prot. n. 3849 del 31 maggio 2013, con la quale il Sindaco di Roma Capitale ha inoltrato a questa Sezione una richiesta di parere ai sensi dell’art. 7, comma 8, legge n. 131/2003;

VISTA l’ordinanza n. 25 del 21 giugno 2013 con la quale il Presidente della Sezione ha convocato il Collegio per il giorno 26 giugno 2013;

UDITI nella Camera di consiglio i magistrati relatori, Consigliere Rosario Scalia e Primo referendario Maria Teresa D’Urso;

FATTO

Il Sindaco di Roma Capitale ha inoltrato a questa Sezione, ai sensi dell’articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003 n. 131, richiesta di parere riguardante l’applicabilità delle procedure e dei regimi assunzionali alle fondazioni di diritto privato partecipate da Roma Capitale, nonché l’applicabilità del principio di carattere onorifico sia della partecipazione agli organi collegiali di amministrazione, in relazione ai diversi vincoli e obiettivi

posti dalla legislazione nazionale a tutela del principio di sana gestione finanziaria delle pubbliche amministrazioni.

In particolare l'Ente, premessa una disamina della normativa di settore, chiede:

- I. se le modalità di assunzione, sia a tempo determinato che indeterminato ed i vincoli di spesa del personale previsti dall'articolo 18 e 76 del d. l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. 133/2008 siano applicabili alle Fondazioni di diritto privato partecipate da Enti locali;
- II. in caso di parere reso in senso affermativo, se la normativa si applichi indipendentemente dalla misura della partecipazione dell'Ente locale, ovvero subordinatamente alla sussistenza di una partecipazione maggioritaria;
- III. se sia applicabile alle Fondazioni suddette il principio del carattere onorifico sia della partecipazione agli organi collegiali di amministrazione che della titolarità di organi dei predetti Enti, di cui all'articolo 6, commi 2 e 5, D.L. n. 78/2010 (secondo l'interpretazione autentica di cui all'articolo 35, comma 2 bis, l. n. 35/2012) e se, in tal caso, come sembrerebbe emergere dal tenore letterale della normativa, si debba prescindere dalla misura della partecipazione.

AMMISSIBILITÀ

La Sezione è chiamata, in via preliminare, a pronunciarsi sull'ammissibilità soggettiva e oggettiva della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normativa vigente.

1. La richiesta di parere di cui sopra è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni Regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni Regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131/2003, recante norme di "Adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3", ha attribuito alla Corte dei conti.

Con particolare riferimento al profilo soggettivo, concernente l'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere degli Enti territoriali, si osserva che il Sindaco, in quanto organo istituzionale di vertice e di rappresentanza legale di Roma Capitale, ai sensi dell'art. 24 dello Statuto è certamente legittimato a formulare la richiesta di parere in questione, che pertanto deve considerarsi ammissibile sotto il profilo suddetto.

2. Con riferimento alle condizioni di ammissibilità oggettiva, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel comma 8, dell'art. 7 della legge n. 131/2003 - a tenore della quale le richieste di parere devono vertere sulla

materia della contabilità pubblica - va raccordata con il precedente comma 7, che attribuisce alle Sezioni Regionali della Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite in particolare con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere, tra l'altro, anche pareri in materia di contabilità pubblica.

Al riguardo, pur essendo stato più volte affermato che le Sezioni Regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore delle Regioni e degli Enti Locali, e che le attribuzioni consultive si connotano su quelle di controllo, è da rammentare che le Sezioni Riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento ai sensi dell'art. 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria della materia della contabilità pubblica, fondata sul *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici"*, da intendersi tuttavia in senso dinamico, anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (cfr. deliberazione n. 54, in data 17 novembre 2010).

Si osserva in merito che la sussistenza di uno specifico collegamento tra il sistema dei vincoli di natura finanziaria, posti dal Legislatore nazionale a presidio dell'obbligo di assicurare il tendenziale contenimento della spesa di personale, e il sistema delle regole – per alcuni aspetti avente natura derogatoria rispetto a quelle valesi per il personale assunto nel settore privato per ciò che riguarda i limiti al rinnovo di contratti a tempo determinato – posto a base della gestione dei rapporti individuali di lavoro, è da ritenere individuabile, ormai, nella lettura integrata di ambedue i richiamati principi, dato che è giunto il tempo per ricostruirne l'effettivo rispetto da parte delle amministrazioni indicate nell'art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 e ss.mm.ii.

Il sostanziale intreccio che la Corte dei conti è chiamata a cogliere tra i vincoli di finanza pubblica fissati per contenere, nella sostanza, la crescita della spesa del personale delle istituzioni pubbliche e gli aspetti gestionali sottostanti ad essi, induce, in primo luogo, a una meditata riflessione sul ruolo della Corte dei conti, la quale, in sede di controllo sulla "sana gestione finanziaria" dell'Amministrazione richiedente, non si è sottratta dal cogliere l'incidenza negativa che può avere la non corretta gestione dei rapporti di lavoro sul bilancio stesso, soprattutto quando l'incidenza della voce "spesa di personale" finisce per ridurre la manovrabilità.

L'attenzione alle decisioni assunte in tale campo da società e da altri organismi partecipati e i suoi effetti sugli equilibri del bilancio dell'Ente locale è stata sempre alta¹.

¹ Cfr. Corte dei conti: sez. di controllo per il Lazio, del. n. 71/G/2007; sez. di controllo per il Lazio, del. n. 102/G/2007; sez. di controllo per il Lazio, del. n. 22/2012/PRSE.

Ad assumere, quindi, un ruolo di vigilanza rispetto agli equilibri di bilancio intesi in senso ampio, la Corte dei conti, nelle sue diverse e articolate funzioni (non esclusa, quindi, quella consultiva), risulta indotta dalla evoluzione che è da cogliere nella normativa di settore (spese del personale).

Infatti, da una iniziale competenza a rilevare gli effetti della gestione dei rapporti di lavoro, che consentono l'utilizzo delle diverse risorse umane necessarie al funzionamento degli apparati amministrativi/tecnici delle Amministrazioni pubbliche, si è passati – nell'intento di pervenire alla definizione di un quadro completo del rispetto del principio della "sana gestione finanziaria" (identificata dalla Corte stessa con il ricorso al parametro della maggiore/minore rigidità dei bilanci pubblici, risultando giustamente tra le spese correnti, quella imputabile al personale la più sottoposta a verifica) – ad un monitoraggio sul sistema amministrativo-gestionale (c.d. "amministrazione indiretta), nelle sue più diverse manifestazioni organizzative alle prime riconducibili².

A questo passo il Legislatore nazionale è stato indotto dalla progressiva, e sempre più consolidata, convinzione che le restrizioni e i vincoli imposti all' "amministrazione diretta" degli Enti locali risultavano essere insufficienti ad assicurare una risposta adeguata all'esigenza di ricondurre la "finanza pubblica allargata" all'interno di un recinto di analisi ispirato alla

² Corte dei conti, sez. di controllo per il Lazio, del. n. 20/2010/VSGF, in particolare, Capitolo II – "Il sistema di governance degli organismi partecipati e controllati" (pagg. 154 e ss.).

volontà di razionalizzare e riorganizzare anche l'“amministrazione indiretta”, promossa e creata dalle Regioni e dagli Enti locali nel corso del tempo³.

Infatti, la Sezione ritiene che, a supporto della tesi dell'ammissibilità oggettiva delle questioni interpretative così come poste dalla Regione richiedente, debba operarsi il richiamo alle norme introdotte dal Legislatore nell'ordinamento giuscontabilistico nazionale a partire dal 2008.

Tale normativa, richiamata in precedenti deliberazioni della Sezione stessa, ha costituito oggetto di verifica, in termini di concreta attuazione, nel contesto di una valutazione di carattere più generale, quella secondo cui il consolidamento dei bilanci delle istituzioni “satellite” (comprese quelle del settore sanità) al bilancio regionale possa realizzarsi seguendo un percorso di corretta identificazione delle spese del personale e del relativo contenimento nel tempo, dato che gli equilibri di bilancio vanno valutati, ormai, in ragione dell'incidenza che i primi hanno sul mantenimento a medio e lungo termine di essi; interpretazione questa che consente allo Stato, attraverso la Corte dei conti, di intervenire nella materia del coordinamento della finanza pubblica anche alla luce del ruolo che è ad esso assegnato dalla Costituzione a tutela dell'unità economica della Repubblica (Corte Cost., sent. n. 365/2007).

Se, poi, la legislazione nazionale più recente in materia di “armonizzazione dei bilanci pubblici” (art. 3, c. 3-5, d.P.C.M. del 28 dicembre 2011), in vista dell'anno 2014, richiede l'applicazione in concreto del principio

³ In tal senso va letto l'art. 3, c. 27 della l. 24 dicembre 2007, n. 244, come ribadito, per il rispetto del principio di trasparenza, dall'art. 8 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

secondo cui "la sostanza deve prevalere sull'apparenza", la "soportabilità", da parte del bilancio degli Enti locali , della spesa del personale di istituzioni-satellite deve essere costantemente monitorata, al fine di evitare rappresentazioni finanziario-contabili incapaci di cogliere il fenomeno nella sua integralità.

In tale direzione, infatti, vanno lette, ad avviso del Collegio, anche le disposizioni di più recente elaborazione contenute nel d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni), in quanto è da perseguire il traguardo della massima trasparenza possibile nel campo del personale; nelle diverse fasi, peraltro, della sua selezione, del suo utilizzo nel contesto organizzatorio (costo delle diverse strutture), e, infine, del suo rimpiazzo con altre risorse aventi minor costo.

Alla luce di tale recente disciplina, che va direttamente inquadrata nell'ambito del sistema normativo che presidia il potere della Corte dei conti di verificare la correttezza dei comportamenti istituzionali che possono compromettere l'attuazione del principio del coordinamento della finanza pubblica, soprattutto quando si presentano sotto le spoglie di una volontà di eludere le regole poste, la Sezione non può non riconoscere l'interesse dell'Amministrazione richiedente ad acquisire un parere che, nella sostanza, la dovrebbe orientare a fare scelte coerenti con le indicazioni rivenienti da

interpretazioni di norme che, essendosi succedute nel tempo, la stessa riconosce di difficile leggibilità e coordinamento.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la richiesta di parere in esame risulta essere ammissibile anche sotto il profilo oggettivo.

MERITO

1. Per una esatto inquadramento della fattispecie *de qua*, occorre premettere che la figura giuridica della fondazione, disciplinata dagli articoli 14 e ss. del codice civile, è quella di ente avente personalità giuridica di diritto privato, che non persegue scopi di lucro, ma può essere costituita per il perseguimento di fini educativi, culturali, religiosi, sociali o di altri scopi di pubblica utilità.

La figura giuridica della fondazione si caratterizza, quindi, "in negativo" rispetto alla tipologia societaria, per la non lucratività dello scopo sociale, che, conseguentemente, implica l'assenza di distribuzione di utili.

Essa è dotata di una propria organizzazione e di propri organi di governo ed utilizza le risorse finanziarie, attribuitele con il negozio di dotazione per lo/gli scopo/i indicati dal fondatore nel negozio di fondazione.

È lo Statuto a dettare le norme organizzative per il funzionamento dell'Ente, costituendo parte integrante del negozio unilaterale di fondazione.

La scarna disciplina del codice civile è integrata dal d.P.R. n. 361 del 10 febbraio 2000, che all'articolo 1, comma 3, richiede che lo scopo "*..sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo..*", dizione dalla quale dottrina e giurisprudenza concordemente

deducono la neutralità dello schema in esame rispetto alla rilevanza pubblica del fine.

Dalla particolare struttura della fondazione, caratterizzata dalla mancanza di una organizzazione a base personale, cioè di una collettività organizzata per il raggiungimento di un determinato scopo (come nelle associazioni), e dall'inesistenza di una assemblea degli associati che possa esprimere la volontà dell'ente, si deduce la immodificabilità dell'atto costitutivo e dello statuto, anche da parte lo stesso fondatore (soggetto pubblico o privato che sia), una volta che esso abbia ottenuto il riconoscimento giuridico dell'autorità pubblica regionale.

In una interpretazione evolutiva si è elaborata la diversa figura della "fondazione di partecipazione", che costituisce un modello atipico di persona giuridica privata, di recente teorizzazione dottrina, in cui è sintetizzato l'elemento personale, tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni.

Questa figura troverebbe legittimazione giuridica nel disposto "*..altre associazioni di carattere privato..*" del previgente articolo 12 cod. civ. - oggi abrogato, e recepito dall'articolo 1 del citato d.P.R. n. 361/2000⁴ - e nell'articolo 1332 cod. civ., alla luce dell'articolo 45 della Costituzione, che riconosce e promuove la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini speculativi.

⁴ In dottrina si ritiene che l'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000, facendo riferimento ad "*altre istituzioni di carattere privato*", offre la possibilità di costituire figure diverse (e quindi "atipiche" ex art. 1322, 2° comma, c.c.) dalle associazioni e dalle fondazioni tipiche, con il diritto ad ottenere la personalità giuridica privata, purché in possesso dei requisiti necessari.

Il carattere associativo è rilevabile per la presenza, nella fondazione di partecipazione, di tre categorie di soci: fondatori, aderenti e sostenitori.

I soci fondatori possono essere privati, aziende e enti pubblici, i quali dotano la fondazione dei mezzi necessari per raggiungere i propri scopi con il negozio di dotazione e partecipano sia al Consiglio Generale, che ha il compito di deliberare gli atti che si dimostrano essenziali per la vita dell'ente, sia al Consiglio di Amministrazione.

I soci aderenti e i soci sostenitori 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. Essi partecipano, quindi, 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.

Il controllo sull'operato della fondazione e sull'osservanza della legge e dello statuto spetta ad un Organo di Sorveglianza, composto esclusivamente dai rappresentanti degli enti pubblici partecipanti.

L'assetto patrimoniale, che è tipico della fondazione di fonte civilistica, 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. La fondazione di partecipazione è caratterizzata da un patrimonio di destinazione a struttura aperta (art. 1332 c.c.), a formazione progressiva, con la possibilità di partecipazione – con apporti in denaro, beni materiali o immateriali, professionalità o servizi - da parte di

tutti i soggetti, pubblici e privati (denominati sostenitori o partecipanti) che intendano contribuire economicamente alla realizzazione dello scopo di solidarietà sociale ritenuto meritevole di tutela.

Il modello origina dalla rilevata inadeguatezza dello schema classico di fondazione, prevista dal codice civile, a gestire l'attività oggetto della fondazione (in genere servizi di utilità sociale: cultura, sanità, ambiente, ricerca scientifica, assistenza ad anziani, ecc.) in una forma dinamica, anche attraverso il ricorso ad una *partnership* pubblico-privato, al fine di usufruire di maggiori disponibilità finanziarie.

Infatti, mentre nella fondazione prevista dal codice civile (artt. 14 e ss. c.c.), il patrimonio, successivamente al riconoscimento giuridico, diviene completamente autonomo rispetto alla figura del fondatore ed intangibile persino da quest'ultimo (art. 15 c.c.), nella fondazione di partecipazione prevale l'ottica gestionale, per cui il legame con i soci fondatori non viene mai reciso ed essi partecipano al Consiglio Generale, che ha il compito di deliberare gli atti essenziali alla vita dell'ente, ed al Consiglio di Amministrazione⁵.

Inoltre, il patrimonio iniziale delle fondazioni di partecipazione è alimentato (di norma annualmente) da ulteriori apporti e conferimenti da parte degli enti "soci", proprio per assicurare la realizzazione degli scopi statutari.

⁵ Anzi, di solito, all'interno degli organi gestionali i rappresentanti dell'Ente pubblico fondatore ottengono un peso qualificato (con vincolo di mandato imperativo da parte dell'Ente partecipante) al fine di massimizzare le entrate della fondazione, per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico, che costituisce lo scopo della medesima.

2. Tanto premesso, la richiesta di parere di cui trattasi risulta articolata in diversi quesiti, ciascuno meritevole di specifica ed analitica trattazione. Pertanto, ai fini di una più chiara e comprensibile esplicazione dell'avviso di questo Collegio si è ritenuto di suddividere il parere in specifici capoversi.

- a) Applicabilità alle Fondazioni di diritto privato partecipate da Enti locali delle modalità di assunzione, sia a tempo determinato che indeterminato, e dei vincoli di spesa del personale previsti dagli articoli 18 e 76 del d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008.

Pregiudiziale rispetto alla soluzione dei quesiti di merito sottoposti all'attenzione del Collegio risulta essere la conciliabilità della normativa pubblica vincolistica, vigente per gli enti soci, in materia di modalità di assunzione e di spesa di personale, nonché di conferimenti di incarichi a soggetti esterni, con la natura giuridica sia della fondazione di impronta civilistica, che della fondazione di partecipazione, figura giuridica privata atipica, quale risulta essere la fondazione "Museo della Shoah, organizzazione non lucrativa di utilità sociale (ONLUS)⁶".

Secondo l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato (*ex multis* sez. V, sentenza n. 7393 del 12 ottobre 2010⁷) perché possa essere

⁶ Tale deve qualificarsi la fondazione del Museo della Shoah di Roma, la cui *mission* è costituita dalla costruzione di un museo per mantenerne vivo il ricordo. Essa è costituita da tre associazioni ebraiche, l' "UCEI" , la "Comunità ebraica di Roma" e l' "Associazione dei figli della Shoah", persone giuridiche private, e dal comune di Roma, dalla Provincia di Roma e dalla Regione Lazio, queste ultime due aggiuntasi successivamente alla costituzione, secondo la modalità "per adesione", tipica di tale tipologia di fondazione. Il bilancio si fonda quasi esclusivamente su trasferimenti erogati dai soci pubblici.

⁷ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 7393 del 12 ottobre 2010: "Alla stregua della disciplina che regola la materia, confluita da ultimo nell'art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163/2006, sono

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'ente⁸.

Ed ancora, più 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 privatistiche⁹.

necessarie tre condizioni perché ricorra la figura dell'organismo di diritto pubblico, condizioni che devono ricorrere cumulativamente secondo l'interpretazione data dal giudice comunitario, e precisamente: 1) che l'organismo (anche in forma societaria) venga istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) che sia dotato di personalità giuridica; 3) che la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (cfr., da ultimo, Cassazione civile, sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225)..."

⁸ Cfr. Cassazione civile, Sez. Un., 7 aprile 2010, n. 8225.

⁹ Cons. Stato, Sez. V, sent. 66/2013: "...Tale scelta era espressione della tendenza, da tempo emersa nella prassi legislativa, ad una spiccata eterogeneità dei moduli organizzativi e di azione della pubblica amministrazione, che in dottrina e giurisprudenza ha persino dato vita ad una nuova ed aperta nozione di "ente pubblico", capace di comprendere anche figure soggettive formalmente privatistiche.

A tale "eterogeneità organizzativa" corrisponde, in perfetta simmetria, una fisiologica promiscuità della disciplina normativa inerente l'azione dei nuovi soggetti; la creazione di strutture "di confine" tra il pubblico e privato (come le società miste per la gestione di servizi pubblici locali) non è, infatti, fine a sé stessa, ma costituisce il presupposto per la creazione di regimi giuridici "di diritto speciale", solitamente connotati sia da aspetti pubblicistici che da profili privatistici, in relazione ai quali la maggiore difficoltà interpretativa è quella di coordinare disposizioni (in alcuni casi) potenzialmente confliggenti, nonché di colmare eventuali lacune normative.

A molteplici previsioni di "tenore" pubblicistico si affiancano disposizioni che consentono ai nuovi enti gestori di operare mediante veri e propri moduli privatistici..."

La Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 7 luglio 2011, n. 14958, avuto riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo in merito alla scelta del contraente e alla stipulazione di un contratto d'appalto, ha stabilito che ricorre la figura dell'organismo di diritto pubblico per la fondazione in cui ricorrano tutti e tre i requisiti richiesti dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: a) il requisito personalistico, trattandosi di soggetto dotato di personalità giuridica di diritto privato; b) il requisito dell'influenza dominante del soggetto pubblico, trattandosi di ente privato finanziato dall'Ente pubblico socio, oltre che dotato di organo direzionale a designazione totalitaria di provenienza pubblica; c) il requisito teleologico, trattandosi di ente destinato a realizzare funzioni di carattere generale proprie dell'Ente pubblico socio¹⁰.

Nell'ipotesi scrutinata, il bilancio della fondazione "Museo della Shoah" è alimentato, per la quasi totalità, da fondi pubblici. Inoltre, i rappresentanti dei soci fondatori pubblici negli organi della fondazione sono vincolati,

¹⁰ Il fatto che si tratti di personalità giuridica di diritto privato non è ostativo al riconoscimento della natura di organismo di diritto pubblico, come ha chiarito la Corte di giustizia che, nella sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00, dopo avere ribadito che, alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, alla nozione di organismo di diritto pubblico deve essere data un'interpretazione funzionale, ha affermato che, ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti, è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati e che *"il carattere di diritto privato di un organismo non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37.."*. Come ulteriore argomentazione, la Corte ha sottolineato che *"l'effetto utile delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 (...) non sarebbe pienamente preservato qualora l'applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma e il suo regime giuridico rientrano nell'ambito del diritto privato"*. La giurisprudenza nazionale ha accolto il principio delineato dalla Corte di Giustizia alla cui stregua ha, ad esempio, ritenuto qualificabile come organismo di diritto pubblico, nonostante la personalità giuridica di diritto privato, la fondazione O.N.A.O.S.I. (Opera Nazionale Assistenza Orfani Sanitari Italiani) (TAR Umbria 4 aprile 2006 n. 204), la Fondazione Accademia Nazionale di S. Cecilia (Cassazione Civile Sez. Unite ordinanza 8 febbraio 2006 n. 2637 e Consiglio di Stato sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3829) e la fondazione Carnevale di Viareggio (Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2010 n. 7393).

nell'esercizio del proprio mandato, all'osservanza degli indirizzi e delle direttive degli organi politici degli Enti fondatori e la Fondazione trasmette agli enti fondatori annualmente un programma delle attività che intende svolgere, corredato del relativo piano finanziario e di una relazione sull'attività svolta¹¹.

¹¹ Si veda, tra l'altro, quanto prevede l'art. 14 della l. regione Lazio 10 agosto 2010 n. 3 (Assestamento del bilancio annuale e pluriennale). (Partecipazione della Regione alla fondazione "Museo della Shoah")

1. La Regione, nell'ambito della promozione e valorizzazione delle attività museali, nel rispetto dell'articolo 6 dello Statuto e in conformità alle disposizioni del codice civile, partecipa alla fondazione "Museo della Shoah, organizzazione non lucrativa di utilità sociale (ONLUS)", di seguito denominata fondazione, per concorrere a mantenere viva e presente, nella società civile, la memoria della tragedia della Shoah.

2. La Regione partecipa alla fondazione di cui al comma 1 in qualità di socio fondatore successivo e tale partecipazione è subordinata alla condizione che:

a) l'atto costitutivo e lo statuto, oltre a richiamare espressamente le finalità di cui al comma 1, prevedano che la fondazione consegua il riconoscimento della personalità giuridica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto), nonché in quanto compatibili, delle disposizioni della legge regionale 2 dicembre 1983, n. 73 (Norme di organizzazione per l'esercizio delle funzioni delegate alla Regione in ordine alle persone giuridiche private, ai sensi degli articoli 14 e 15 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616);

b) sia recepito, in quanto compatibile, il codice etico approvato dal Consiglio regionale ai sensi dell'articolo 7 della legge regionale 28 dicembre 2006, n. 27 (Legge finanziaria regionale per l'esercizio 2007 - art. 11, LR. 20 novembre 2001, n.25).

3. Il Presidente della Regione, ovvero l'assessore competente in materia di cultura, da lui delegato, adotta tutti gli atti necessari al fine di procedere alla partecipazione alla fondazione in qualità di socio fondatore successivo.

4. I diritti della Regione inerenti alla qualità di socio fondatore successivo della fondazione sono esercitati dal Presidente della Regione o dall'assessore competente in materia di cultura, da lui delegato.

5. Alla nomina del rappresentante della Regione negli organi della fondazione provvede il Presidente della Regione ai sensi dell'articolo 41, comma 8, dello Statuto regionale. Tale rappresentante è vincolato, nell'esercizio del proprio mandato, all'osservanza degli indirizzi e delle direttive della Giunta Regionale.

6. La fondazione trasmette alla Regione annualmente un programma delle attività che intende svolgere, corredato del relativo piano finanziario e una relazione sull'attività svolta.

7. La Regione provvede:

a) per gli oneri derivanti dalle spese per le attività della fondazione, mediante l'istituzione, nell'ambito dell'UPB G13, di un apposito capitolo di spesa denominato: "Spese per le attività della fondazione "Museo della Shoah"", con uno stanziamento pari a 250 mila euro per l'esercizio finanziario 2010;

Il Collegio ritiene, quindi, sussistente il requisito della cd. "dominanza pubblica", basato su indici presuntivi del legame esistente tra ente pubblico e organismo partecipato¹².

Sussiste, altresì, il requisito teleologico, costituito dalla finalizzazione della fondazione al soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale¹³.

Come, infatti, si evince dallo Statuto della Fondazione e dalla legge n. 3 del 2010 della Regione Lazio, la partecipazione è connessa ad una finalità di promozione socio – culturale dell'Ente pubblico ("*.. concorrere a mantenere viva e presente, nella società civile, la memoria della tragedia della Shoah; contribuire alla promozione e alla diffusione dei valori della uguaglianza e della pace tra i popoli con l'affermazione del principio di fratellanza e di accoglienza di ogni diversità, contro ogni forma di razzismo e di discriminazione tra gli uomini..*"¹⁴), perseguita attraverso la creazione di un

b) per gli oneri derivanti dalla partecipazione della Regione alla fondazione, mediante l'istituzione, nell'ambito dell'UPB G14 di un apposito capitolo di spesa denominato: "Partecipazione della Regione Lazio alla fondazione "Museo della Shoah"", con uno stanziamento pari a 250 mila euro per l'esercizio finanziario 2010.

¹² La qualificazione di organismo di diritto pubblico riveste rilevante importanza con riferimento all'obbligo di applicazione, per gli stessi, non solo delle regole dell'evidenza pubblica in caso di appalti "sovra soglia", ma di un vero e proprio *corpus* normativo, quale, ad es., l'applicazione della disciplina in tema di accesso agli atti. Sul punto si veda l'articolo 3, comma 26, d. lgs. 163/2006, che, riprendendo la formulazione dell'articolo 1, paragrafo 9, direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, richiede, per la qualificazione di organismo pubblico, la compresenza di tre elementi: personalità giuridica; istituzione dell'organismo per il soddisfacimento dell'interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale; finanziamento del bilancio in misura maggioritaria da parte dello Stato, enti pubblici territoriali o altri organismi di diritto pubblico oppure controllo della gestione da parte di questi ultimi oppure nomina di almeno la metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza da parte di enti pubblici territoriali o organismi di diritto pubblico.

¹³ Cfr. Corte Giust., sent. 10 novembre 1988, causa C-360/96, BFI Holding.

¹⁴ Articolo 4 (Finalità) dello Statuto della fondazione.

soggetto solo formalmente dotato di personalità giuridica distinta¹⁵, così da individuare nel principio di ispirazione comunitaria, secondo cui la sostanza deve prevalere sull'apparenza, il canone ermeneutico di lettura della normativa applicabile al caso di specie.

Da quanto sopra detto discende che il ricorrere di determinati elementi, e cioè la costituzione/partecipazione, da parte di uno o più enti pubblici, di una persona giuridica privata, finalizzata alla realizzazione di un fine pubblico con l'impiego di finanziamenti pubblici e con modalità di gestione e controllo direttamente collegabili alla volontà degli enti soci, rende, di fatto, la persona giuridica privata un semplice modulo organizzativo dell'ente pubblico socio, al pari di altre formule organizzative aventi parimenti natura pubblicistica (aziende speciali e istituzioni).

In altri termini l'utilizzo dello schema giuridico "fondazione" da parte dell'Ente pubblico rende la persona giuridica privata un'entità strumentale dell'Ente stesso, ovvero una modalità di gestione dell'interesse generale perseguito.

Ciò implica l'applicazione a quest'ultima dei vincoli pubblicistici in materia di spesa del personale quali risultano previsti dall'articolo 76 del l. 133/2008¹⁶ e di reclutamento del personale e di conferimento degli incarichi

¹⁵ Cass. Civ., . Sez. Un. 23322/2009: " .. Una volta assegnato ad un ente la qualificazione di organismo di diritto pubblico in ragione della sua finalizzazione prevalente a perseguire interessi generali, non per questo lo svolgimento di una attività minoritaria di carattere industriale farebbe venire meno la qualifica stessa con la conseguenza di esonerare l'ente-organismo dall'osservanza delle regole di evidenza pubblica tutte le volte in cui a tale attività minoritaria decidesse di provvedere in regime di affidamento a terzi..".

¹⁶ Sul punto si veda in senso conforme Corte dei conti, Sez. di controllo della Toscana, con parere 26 febbraio 2013, n. 10, secondo cui le fondazioni devono ritenersi incluse nel novero dei soggetti che debbono attenersi alle norme limitative in tema di personale dettate per gli enti locali, in specie se risultano destinatarie di erogazioni a carico delle

di collaborazione autonoma, previsti per le società pubbliche dall'articolo 18 della stessa l. 133/2008.

Circa la formulazione letterale della norma da ultimo citata, che fa espresso richiamo esclusivamente alle società e non anche a tutte le forme associative degli enti locali (tra le quali rientrano fondazioni ed associazioni), il Collegio ritiene che l'assenza di un espresso richiamo alle formule associative debba essere ricondotto proprio alla natura di ente strumentale di tali organismi, caratterizzati, a differenza delle società partecipate, da un rapporto di immedesimazione organica con l'Ente medesimo¹⁷.

Del resto, il generale principio di razionalità e coerenza dell'ordinamento giuridico, che l'interprete della legge è chiamato a ricercare, impone la diretta applicazione della normativa vincolistica del settore pubblico a tutti gli organismi partecipati dagli Enti Locali e trova fondamento e giustificazione nel principio costituzionale della parità di trattamento (articolo 3 Cost.) per situazioni sostanzialmente uguali, in virtù dello scopo perseguito e delle risorse utilizzate per lo svolgimento delle attività, a prescindere dalla forma giuridica rivestita dell'organismo gestore¹⁸.

finanze pubbliche: "...Pur non essendo specificamente incluse nell'elenco dei destinatari delle norme di cui all'art. 18, comma 2 bis del D.L. 112/2008, di cui all'art. 3 bis, comma 6 del D.L. 138/2011 o anche dell'art. 114 TUEL, comma 5bis, introdotto dall'art. 25, comma 2 del D.L. 1/2012, convertito dalla L. 27/2012, si ritiene che le fondazioni, nelle ipotesi in cui siano legittimamente destinatarie di erogazioni a carico delle finanze pubbliche, debbano attenersi alle norme limitative in tema di personale dettate per gli enti locali...".

¹⁷ In senso conforme la Sez. di controllo della Lombardia, con il parere 350 del 2011, interpreta il richiamo espresso dell'articolo 18 della l. 133/2008 non come norma speciale, ma come espressione di un principio generale già presente nell'ordinamento in una interpretazione costituzionalmente orientata della norma in base all'articolo 97 della Costituzione (buon andamento della P.A.).

¹⁸ Corte dei conti, Sez. regionale di controllo per la Lombardia, 10 ottobre 2007, n. 46

Ulteriore argomentazione a sostegno di questa tesi deve rinvenirsi nel testo dell'abrogato articolo 113 bis TUEL, che con riferimento alle "associazioni e fondazioni costituite da enti locali" disponeva che le stesse potessero essere affidatarie dirette di servizi culturali, con ciò ritenendole espressamente un modulo organizzativo dell'Ente locale, al pari dell'Azienda speciale e dell'Istituzione ex art. 114 TUEL.

Infatti, anche prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2004, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 113 bis TUEL, l'affidamento diretto, cioè senza gara, poteva considerarsi conforme al diritto europeo solo ove fosse dato ad una organizzazione *in house*.

Alla fondazione si applicano, altresì, "divieti o limitazioni alle assunzioni di personale", in coerenza con l'interpretazione resa da questo Collegio nella materia di cui trattasi, con il parere 143/2013/PAR del 26 giugno 2013, depositato il 10 luglio 2013, ivi comprese le procedure pubbliche di selezione per le assunzioni, sia a tempo determinato che indeterminato, al quale si ritiene di dover fare necessario riferimento.

b) se la normativa si applichi indipendentemente dalla misura della partecipazione ovvero subordinatamente alla sussistenza di una partecipazione maggioritaria

Come si è già evidenziato, la fondazione di partecipazione rappresenta una figura atipica, che riassume i caratteri propri sia della fondazione che dell'associazione. Ad essa si applicano in via analogica, quindi, le norme in

materia di fondazione, in quanto compatibili¹⁹.

In particolare, la Sezione rileva che, con riferimento alla struttura della fondazione, gli organi di governo della fondazione (anche di partecipazione)²⁰ hanno natura "servente" rispetto allo scopo indicato dal fondatore – ente pubblico e cristallizzato nel negozio di fondazione, tale da divenire immodificabile anche per lo stesso fondatore successivamente al riconoscimento della personalità giuridica.

Da quanto sopra detto discende, in via interpretativa, che l'applicazione dei vincoli pubblicistici in materia di limiti di spesa e modalità di reclutamento del personale sono da applicare agli organismi partecipati di cui trattasi, in quanto moduli organizzativi dell'Ente locale per l'esercizio di funzioni generali proprie.

In quest'ottica, la nozione di partecipazione maggioritaria o minoritaria alla fondazione da parte dell'ente pubblico risulta perdere la pregnanza che assume, invece, per le società, dove la misura della partecipazione al capitale sociale è direttamente proporzionale all'influenza maggioritaria o dominante nell'assemblea ordinaria, ai sensi dell'articolo 2359

¹⁹ cfr. Cass. civ. 3142/1980: *"..In mancanza di una espressa previsione negoziale sono applicabili in via analogica le disposizioni contemplate per altri negozi ad essi assimilabili per natura e funzione economico-sociale.."*; Cass. civ. 611/1996: *"..ai contratti non contemplati dal legislatore (atipici o innominati) possono applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le norme regolatrici dei contratti nominati quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risulta dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme.."*.

²⁰ Solitamente sono indicati dal fondatore nel negozio di fondazione la composizione dell'organo amministrativo, le modalità di nomina dei suoi componenti, i relativi poteri e funzioni. E' possibile che il fondatore preveda anche in seno al consiglio di amministrazione un comitato esecutivo, cui sia delegata l'amministrazione attiva. Nel caso della fondazione "Museo della Shoah" lo Statuto prevede il Consiglio di amministrazione, che ha tutti i poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria, il Collegio dei fondatori, costituito dai rappresentanti legali degli enti fondatori, che definisce gli indirizzi istituzionali, culturali e scientifici della fondazione e ne verifica l'attuazione, il Collegio dei revisori dei conti e il Comitato scientifico-culturale.

C.C..

- c) Applicabilità alle fondazioni del principio del carattere onorifico sia della partecipazione agli organi collegiali che della titolarità di organi dei predetti enti di cui all'art. 6, commi 2 e 5, d. l. n. 78/2010, secondo l'interpretazione autentica di cui all'articolo 35, comma 2 bis l. n. 35/2012) e se, in tal caso, si debba prescindere dalla misura della partecipazione

L'articolo 6, comma 2, d.l. 78/2010²¹ dispone la gratuità della partecipazione agli organi collegiali, anche di amministrazione, degli enti che ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche. Il comma 2-bis dell'articolo 35 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, ha fornito l'interpretazione autentica del succitato comma 2, escludendo il carattere onorifico solo per i collegi dei revisori dei conti e sindacali e per i revisori dei conti²².

²¹ Art. 6, comma 2, d. l. 78/2010: "A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto la partecipazione agli organi collegiali, anche di amministrazione, degli enti, che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche, nonché la titolarità di organi dei predetti enti è onorifica; essa può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute ove previsto dalla normativa vigente; qualora siano già previsti i gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta giornaliera. La violazione di quanto previsto dal presente comma determina responsabilità erariale e gli atti adottati dagli organi degli enti e degli organismi pubblici interessati sono nulli. Gli enti privati che non si adeguano a quanto disposto dal presente comma non possono ricevere, neanche indirettamente, contributi o utilità a carico delle pubbliche finanze, salva l'eventuale devoluzione, in base alla vigente normativa, del 5 per mille del gettito dell'imposta sul reddito delle persone fisiche. La disposizione del presente comma non si applica agli enti previsti nominativamente dal decreto legislativo n. 300 del 1999 e dal decreto legislativo n. 165 del 2001, e comunque alle università, enti e fondazioni di ricerca e organismi equiparati, alle camere di commercio, agli enti del servizio sanitario nazionale, agli enti indicati nella tabella C della legge finanziaria ed agli enti previdenziali ed assistenziali nazionali, alle ONLUS, alle associazioni di promozione sociale, agli enti pubblici economici individuati con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze su proposta del Ministero vigilante, nonché alle società." La Corte costituzionale, con la sentenza 161 del 2012, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge 17/2011 della regione Abruzzo, che prevedeva la corresponsione di una indennità al Presidente ed ai consiglieri di amministrazione delle ASP proprio con riferimento all'articolo 6, comma 2, d.l. 78/2010, riconoscendone il carattere di norma di coordinamento della finanza pubblica per regioni, province autonome ed enti del SSN e, come tale, non derogabile dalla legislazione regionale.

²² La circolare MEF n. 5 del 2013 ha chiarito che sono destinatari del comma 2-bis dell'articolo 35

Il dubbio dell'Amministrazione sorge con riferimento all'ambito soggettivo di applicabilità della norma, laddove essa recita "...La disposizione del presente comma non si applica.....alle ONLUS...", stante la qualifica di ONLUS²³ rivestita dalla Fondazione "Museo della Shoah".

Deve ragionevolmente ritenersi in proposito che, trattandosi di norma la cui *ratio* è ispirata al rigore finanziario ed al contenimento delle spese, in particolare dei cd. "costi della politica", essa vada applicata anche all'ipotesi in esame in quanto, come ampiamente argomentato al precedente punto a), la fondazione in oggetto è da ricondursi ad un mero modulo organizzativo della P.A., finalizzato al conseguimento dell'interesse generale dell'Ente pubblico/Enti pubblici fondatori.

Se è vietato, infatti, corrispondere compensi agli amministratori di enti (di diritto pubblico e privato), dotati di personalità giuridica ed autonomia gestionale, quando l'Ente riceve contributi a carico delle finanze pubbliche²⁴, in un contesto interpretativo sostanziale della norma *de qua* non possono, di converso, riconoscersi compensi ad organi collegiali di organismi, che, ricevendo egualmente contributi pubblici in via continuativa, rappresentano

del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 aprile 2012, n. 35 anche gli Organismi Indipendenti di Valutazione della Performance (OIV), ovvero i nuclei di valutazione, laddove i primi non fossero stati costituiti in quanto organi di controllo.

²³ Con il termine ONLUS non si indica un soggetto di diritto diverso da associazione, fondazione, ecc., ma si individua esclusivamente una qualifica al cui possesso si connettono agevolazioni o esenzioni a fini fiscali. Le principali agevolazioni per le Onlus sono rappresentate da: contabilità estremamente semplificata; aliquota IVA sugli acquisti ridotta; non imponibilità ai fini delle Imposte Dirette, dell'IVA e dell'Imposta sugli spettacoli dei proventi di attività funzionali al perseguimento degli scopi sociali anche se fiscalmente commerciali; esenzione bollo, concessioni governative ecc.; tasse di registro in misura fissa; imposta ipotecaria sugli acquisti di immobili in misura fissa; esenzione INVIM sulle compravendite immobiliari; deducibilità fino a tre milioni degli atti di liberalità di privati fatti alle ONLUS; disciplina speciale per le cessioni gratuite di beni e servizi dalle società commerciali alle ONLUS; esenzione totale sulle sottoscrizioni pubbliche legate a speciali ricorrenze.

²⁴ Cfr. circolare MEF 40/2010.

un modulo organizzativo dell'Ente pubblico e perseguono funzioni direttamente collegabili all'ente stesso per la resa di servizi istituzionali²⁵.

D'altro canto l'articolo 10, comma 10, del d.lgs. n. 460 del 1997 espressamente dispone che *"Non si considerano, in ogni caso, ONLUS gli enti pubblici ..."*.

Né in senso contrario può argomentarsi sulla base dell'orientamento, recentemente mutato, dell' Agenzia delle Entrate, che, con la risoluzione n. 164/E del 28 dicembre 2004 e con la circolare n. 59/E del 31 ottobre 2007 par. 3, richiamando il carattere della cd. "dominanza pubblica" aveva, in un primo tempo, aprioristicamente escluso che potesse attribuirsi la qualifica di ONLUS ad organizzazioni partecipate da enti pubblici e/o società commerciali, qualora gli stessi esercitassero una influenza dominante nelle determinazioni dell'ente, tale da trasformare la persona giuridica privata in ente pubblico.

Con la circolare 38 del 1 agosto 2011 l'Agenzia delle Entrate ha cambiato prospettiva di analisi, ammettendo che anche gli enti pubblici possono costituire fondazioni ONLUS, ma spostando il *focus* sull'attività svolta da queste ultime, che non deve essere diversa da quelle consentite dall'articolo 10 del d.lgs. 460/1997, configurandosi, in tale ultima ipotesi, una elusione della norma, in quanto finalizzata a conseguire indebitamente benefici fiscali.

Tale diverso orientamento vale solo ad ammettere che, sotto l'aspetto fiscale, possono fruire dei benefici previsti anche le associazioni e/o

²⁵ se non nei termini e nella misura in cui la legge nazionale lo consente: *"... rimborso delle spese sostenute ove previsto dalla normativa vigente; qualora siano già previsti i gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta giornaliera..."*.

fondazioni ONLUS, partecipate da enti pubblici e/o società commerciali, aventi finalità socio-assistenziali e culturali, ma non risulta, a parere del Collegio, idoneo a sottrarre le fondazioni di partecipazione dall'applicazione di norme, come quella in argomento, aventi natura di coordinamento della finanza pubblica (Corte Costituzionale, sentenza n. 161 del 2012).

Pertanto la dizione ONLUS, di cui all'articolo 6, comma 2, d. l. 78/2010, in una interpretazione costituzionalmente orientata del principio di buon andamento della P.A., deve ritenersi riferita a quelle associazioni/fondazioni, che, avendo acquisito tale qualifica in ragione dell'attività svolta, beneficiano di provvidenze pubbliche, ma non presentano una *governance*, in cui il fondatore Ente pubblico gioca un ruolo preponderante e sono funzionali al soddisfacimento di interessi generali direttamente ricollegabili a quest'ultimo.

Diversamente argomentando, si creerebbe, altresì, una ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli organi collegiali, anche di amministrazione, di modelli organizzativi assimilabili come le Istituzioni e le Aziende speciali²⁶, cui l'articolo 6, comma 2, d. l. 78/2010 si ritiene, oramai, pacificamente applicabile.

Infine, da quanto già scritto al precedente punto b) discende, anche sotto il presente aspetto, la mancata rilevanza della nozione di partecipazione

²⁶ Cfr. Corte dei conti: sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 155/2011/PAR del 28 marzo 2011; sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 11/2012/PAR del 22 marzo 2012; sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione n. 10/2011/PAR del 24 marzo 2011; sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 61/2011/SRCPIE/PAR del 6 giugno 2011; sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 244/2011/PAR del 9 marzo 2011; sezione regionale per il Lazio, deliberazione n. 25/2012/PAR del 14 maggio 2012.

maggioritaria o minoritaria alla fondazione da parte dell'ente pubblico.

P.Q.M.

nelle sopra esposte considerazioni è il parere di questa Sezione.

La presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del Dirigente del Servizio di supporto, all'Amministrazione che ne ha fatto richiesta.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 26 giugno 2013.

I Relatori

f.to Rosario Scalia

f.to Maria Teresa D'Urso

Il Presidente

f.to Ignazio Faso

Depositato il Segreteria il 24 luglio 2013

Il Direttore del Servizio di Supporto

f.to Chiara Samarelli