



**REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
Sezione Regionale di Controllo per la Liguria**

composta dai seguenti magistrati:

Ennio COLASANTI	Presidente
Luisa D'EVOLI	Consigliere
Alessandro BENIGNI	Referendario
Francesco BELSANTI	Referendario (relatore)
Claudio GUERRINI	Referendario

nell' adunanza del 26 novembre 2013 ha assunto la seguente

DELIBERAZIONE

- vista la lett. prot. n. 96 dell'11 ottobre 2013, con la quale il Presidente del Consiglio delle Autonomie locali ha trasmesso alla Sezione la richiesta di parere formulata dal Comune di Genova, ai sensi dell'art. 7, comma 8, L. 5 giugno 2003, n. 131;
- vista l'ordinanza presidenziale n.81/2013, che ha deferito la questione all'esame collegiale della Sezione;
- udito il magistrato relatore dott. Francesco Belsanti;

FATTO

Con istanza n. 310509 dell'11 ottobre 2013, trasmessa dal Presidente del Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria con nota n. 96 dell'11 ottobre 2013 ed assunta al protocollo della Segreteria della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Liguria il 14 ottobre 2013 con il n. 0003472 -14.10.2013 - SC _ LIG - T85 - A, il Sindaco del Comune di Genova chiede alla Sezione di controllo un

parere in merito all'applicazione del comma 5 bis dell'art. 114 del Tuel ad una fondazione di partecipazione di cui l'Ente detiene una partecipazione maggioritaria.

L'articolo citato estende anche alle aziende speciali ed alle istituzioni degli Enti locali l'applicazione delle norme che impongono da una parte il rispetto del Patto di stabilità interno e dall'altra il rispetto dei limiti alle assunzioni ed alla spesa del personale vigenti per l'ente di riferimento. Nell'ultimo capoverso, però, la norma citata esclude *"dall'applicazione delle disposizioni del presente comma aziende speciali ed istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, servizi scolastici e per l'infanzia, culturali e farmacie"*.

Pertanto il comune di Genova, richiamando alcune pronunce giurisprudenziali che parificano le fondazioni di partecipazioni agli enti strumentali quali aziende ed istituzioni, chiede se alla Fondazione Fulgis, (Fondazione Urban Lab Genoa International School), fondazione di partecipazione che opera nel settore dei servizi scolastici ed educativi, debbano applicarsi le stesse regole di contenimento della spesa riferite al comune di Genova o se possa rientrare tra gli enti strumentali che sono sottratti alla disciplina in esame ai sensi dell'ultimo capoverso citato.

DIRITTO

1. Sull'ammissibilità della richiesta di parere

La richiesta di parere è da considerarsi ammissibile sotto il profilo soggettivo e procedurale, in quanto è stata sottoscritta dall'organo legittimato a rappresentare l'Amministrazione ed è stata trasmessa tramite il Consiglio delle Autonomie Locali della Liguria, nel rispetto, cioè, delle formalità previste dall'art. 78 L. 5.06.2003 n. 131.

Valutazione positiva, in punto di ammissibilità, va espressa anche con riguardo al profilo oggettivo in quanto il quesito posto all'esame del Collegio è riconducibile alla materia della contabilità pubblica poiché attiene la corretta applicazione della normativa relativa al contenimento ed alla riduzione alla spesa

pubblica ed, in particolare, di una sua tipologia particolarmente rilevante, rappresentata dalla spesa per il personale.

2. La questione di merito e la soluzione del Collegio.

Il quesito formulato dal comune di Genova con la richiesta di parere in esame, riguarda l'esatto ambito applicativo di norme tese a contenere e ridurre la spesa per il personale ed, in particolare, di quella sostenuta da una fondazione di partecipazione (di cui il Comune è socio fondatore detentore della partecipazione maggioritaria in termini finanziari) qualora quest'ultima si occupi, in modo prevalente, di servizi educativi e scolastici.

La fondazione di partecipazione è una persona giuridica atipica di recente creazione dottrinarie che unisce in se alcuni dei caratteri propri della fondazione e dell'associazione e realizza un nuovo modello di organizzazione sociale distinto dalle figure tipizzate dal codice civile.

Con la fondazione tradizionale condivide lo scopo non lucrativo, il patrimonio destinato al perseguimento del fine predeterminato e immutabile individuato nell'atto costitutivo ma se ne distingue in quanto nella fondazione di partecipazione (Fdp) il fondatore partecipa alla vita della fondazione; vi è la possibilità che si uniscano successivi fondatori nonché ulteriori categorie di aderenti (partecipanti e sostenitori); il patrimonio è a struttura aperta ed a formazione progressiva e si distingue tra fondo di dotazione (riserva intangibile) e fondo di gestione (patrimonio utilizzabile); infine vi è la possibilità di prevedere un modello di gestione modulato secondo diversi caratteri di partecipazione con un peso diverso di ciascun partecipante alla fondazione.

La possibilità di prevedere una gestione partecipativa avvicina la Fdp all'associazione ma allo stesso tempo se ne distingue in quanto, a differenza dell'associazione, è possibile diversificare il peso decisionale dei partecipanti. Inoltre

ulteriore differenza è l'immutabilità dello scopo nella Fdp diversamente da quanto previsto nelle associazioni.

Il modello giuridico in esame, pertanto, nato nella prassi come modello innovativo capace di realizzare molteplici finalità, non coincide né con l'associazione né con la fondazione (di cui segue, però, ove possibile, la disciplina secondo un orientamento maggioritario di giurisprudenza e dottrina) ma si presta proprio per questo motivo a divenire uno strumento utile in mano agli Enti pubblici per realizzare interessi della collettività primi fra tutti quelli rientranti nel welfare. La vicinanza dell'interesse del Fdp con il territorio consentirà, ad esempio, ad ogni cittadino di sentirsi responsabile della realizzazione di tale interesse dando un contributo nel limite delle proprie possibilità (responsabilizzazione del cittadino nel nuovo sistema di welfare). In altri termini l'elemento personale (tipico delle associazioni) e quello più propriamente patrimoniale (tipico delle fondazioni) confluiscono dando vita ad un unicum operativo che si caratterizza anche per la larga base associativa su cui può poggiare.

In altri termini la Fdp può costituire il tramite per convogliare al sistema pubblico, mediante una condivisione con il sistema privato, maggiori disponibilità finanziarie riducendo i rischi che derivano dalla gestione diretta del servizio pubblico cosa che invece non si realizza con l'Istituzione la cui gestione grava solo sull'Ente locale senza avere la possibilità di coinvolgere i privati, né con capitali, né con capacità gestorie.

Individuati i caratteri essenziali della Fdp occorre definire la cornice giuridica in cui essa opera. Siamo di fronte ad un soggetto che acquista personalità giuridica di diritto privato e che con le regole del diritto privato opera (ex art. 12 C.C. ora art. 1 del D.P.R. 361/2000 che facendo riferimento ad "altre istituzioni di carattere privato sembra riferirsi a fattispecie atipiche come la Fdp) per il perseguimento dello scopo oggetto del negozio di fondazione. Difatti l'ente pubblico trae vantaggio dal ricorso a procedure più snelle e semplificate di quelle a cui dovrebbe invece

ricorrere qualora si servisse, per la realizzazione del medesimo interesse pubblico, di modelli pubblicistici tipici. (istituzione, azienda speciale).

Individuato ed inquadrato il modello della Fdp, si pone il problema se alla stessa vadano applicate le norme finanziarie che pongono divieti e limiti di spesa all'ente pubblico fondatore soprattutto per ciò che concerne il personale ed il conferimento di incarichi esterni. Al problema va data risposta positiva nel momento in cui si riconosce una valenza pubblicistica alla Fdp in quanto connotata da caratteristiche che ne fanno un "organismo di diritto pubblico". In tal senso la giurisprudenza, sia amministrativa sia civile, concorda sulla necessaria presenza di alcune condizioni (che devono ricorrere cumulativamente) affinché un soggetto giuridico di diritto privato possa confluire all'interno del settore pubblicistico con ciò che ne consegue in termini di disciplina giuridica applicabile: che l'organismo venga istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; che sia dotato di personalità giuridica; 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 (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 7393 del 12 ottobre 2010; Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 7 luglio 2011, n. 14958).

E' indubbio che tali condizioni ricorrano nella Fdp in esame: è soggetto cui è stata riconosciuta la personalità giuridica di diritto privato; persegue interessi di carattere generale come indicato dall'art. 3 dello Statuto (*La Fondazione persegue finalità di promozione educativa e culturale, scolastica e formativa, personale e sociale*); la sua attività è finanziata pressoché interamente dal comune di Genova (come risulta dalla delibera C.C. n.66/2009 e dai suoi allegati) non solo con il patrimonio conferito al fondo di dotazione ma soprattutto con i contributi conferiti

annualmente in veste di socio fondatore promotore, contributi che costituiscono la quasi totalità delle risorse a disposizione della Fondazione; infine il controllo esercitato dal Comune è pressoché assoluto in quanto, come indicato nella delibera n.66, allo stesso spetta *“la titolarità nella determinazione degli indirizzi strategici, nelle deliberazioni degli organi amministrativi della Fondazione, nel controllo della gestione”*. Titolarietà esplicitata nello Statuto che all’art.11 dispone sia il comune di Genova, socio fondatore promotore, a nominare la maggioranza dei componenti nel Consiglio di indirizzo, organo che detiene il maggior potere di controllo esercitando le funzioni ivi elencate al comma 8. Controllo che inoltre trova ulteriore esplicitazione nella nomina dei componenti degli altri organi della Fondazione e nei poteri agli stessi attribuiti dallo Statuto.

Ammessa la natura pubblicistica della Fdp in esame e, pertanto, l’applicabilità in astratto della disciplina finanziaria a cui è sottoposto il Comune, occorre individuare l’impianto normativo concretamente riferibile alla Fondazione in esame.

Difatti la Fdp pur essendo ente strumentale del Comune mantiene una propria specificità di persona giuridica che non trova esplicito riconoscimento in nessuna delle norme di carattere finanziario che hanno disposto limiti e divieti alle assunzioni, al conferimento di incarichi esterni, alla stipulazione di contratti di cui al d.lgs. n.163/03, o che hanno regolamentato la sottoposizione degli enti strumentali al Patto di stabilità.

La fattispecie in esame, in considerazione dell’affidamento diretto del servizio e della presenza di quelle condizioni che affermano la natura pubblicistica di un soggetto privato, potrebbe essere ricondotta nell’alveo delle società cd. *in house* con conseguente applicazione della normativa di cui ai commi 5 e 6 dell’art.3 bis della legge n.148/2011, sia nell’alveo degli enti strumentali di cui all’art.114 del TUEL con conseguente applicazione della normativa di cui al comma 5 bis.

La disciplina richiamata dalle norme sopra citate è pressoché identica: i commi 5 e 6 dispongono che *“ Le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni...”* e ancora *“Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori”*.

Allo stesso modo l'art.114, comma 5 bis del TUEL dispone che *“A decorrere dall'anno 2013, le aziende speciali e le istituzioni sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per gli affari regionali, il turismo e lo sport, sentita la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, da emanare entro il 30 ottobre 2012..... Alle aziende speciali ed alle istituzioni si applicano le disposizioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché le disposizioni che stabiliscono, a carico degli enti locali: divieto o limitazioni alle assunzioni di personale; contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze anche degli amministratori; obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali. Gli enti locali vigilano sull'osservanza del presente comma da parte dei soggetti indicati ai periodi precedenti. Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente*

comma aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, servizi scolastici e per l'infanzia, culturali e farmacie".

La finalità perseguita dalla Fondazione sembra meglio adattarsi, però, al tipo di ente individuato dall'art.114: in tal senso depone anche l'ormai abrogato art.113 bis del TUEL per cui *"Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e **fondazioni** da loro costituite o partecipate".*

Infine l'applicazione del comma 5 bis consente di estendere anche alle Fondazioni di partecipazione la deroga ivi richiamata per cui *"sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente comma aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, servizi scolastici e per l'infanzia, culturali e farmacie".* Deroga non prevista dall'art.3 bis della legge n.148/2011 (infatti non si può escludere che lo strumento societario venga utilizzato per gestire servizi come quelli richiamati all'ultimo capoverso del comma 5 bis citato: si pensi alla gestione delle farmacie ad opera di una società partecipata da più Comuni).

Tale deroga, in considerazione delle finalità perseguite dalla Fondazione di partecipazione in esame, si applica a quest'ultima che pertanto nel perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla sua azione non si troverà costretta dai limiti e dai divieti posti dalle norme finanziarie cui soggiace il Comune. Quest'ultimo tuttavia, dovrà tenere conto delle spese sostenute dalla Fondazione secondo un principio di consolidamento delle spese sostenute dalla galassia pubblica con a capo l'ente locale. Questo pertanto dovrà sommare alle proprie spese (di personale, di consulenza) quelle sostenute dalla Fondazione che in considerazione della rilevanza del fine perseguito, sarà esonerata dal rispetto delle norme più volte richiamate. Allo stesso modo le spese sostenute dalla Fondazione dovranno rilevare ai fini del rispetto del Patto di stabilità.

P.Q.M.

nelle esposte considerazioni è il parere della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Liguria sulla richiesta avanzata dal Comune di Genova.

Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, al Sindaco del Comune di Genova.

Così deciso in Genova, nella camera di consiglio del 26 novembre 2013.

Il Magistrato estensore
Francesco Belsanti

Il Presidente
Ennio Colasanti

Depositata il 28 novembre 2013

Per Il Direttore della Segreteria
(Dott. Claudio Di Marino)