



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

OSSERVATORIO ENTI LOCALI

Novembre 2015

LE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE

a cura di

Laura Pascarella

Consiglieri Delegati CNDCEC

Marcello Marchetti

Giovanni Gerardo Parente

Consigliere Delegato FNC

Michele de Tavonatti



Sommario: 1. Premessa. – 2. I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. – 3. La sentenza della Corte Costituzionale 27 luglio 2004, n. 272, che abroga le disposizioni in materia di servizi pubblici privi di rilevanza economica, contenute nell'art. 113-bis TUOEL. – 4. Le fondazioni di partecipazione. – 5. Il divieto di istituire nuovi organismi introdotto dall'art. 9, comma 6, del DL 6 luglio 2012, n. 95, e successivamente abrogato. – 6. Conclusioni

1. Premessa

I servizi pubblici locali sono disciplinati dagli artt. 112 e seguenti del DLgs 18 agosto 2000, n. 267, recante il “Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”, nonché da ulteriori disposizioni legislative succedutesi nel tempo.

Dispone, in particolare, l'art. 112 TUOEL: “*Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.*”.

Nell'ambito dei suddetti compiti attribuiti agli enti, la normativa distingue tra servizi a rilevanza economica (art. 113 TUOEL) e servizi privi di detta rilevanza (art. 113-bis TUOEL).

Quanto ai primi, la disciplina vigente differenzia la gestione delle sole infrastrutture, reti e altre dotazioni destinate all'esercizio del servizio, dalla gestione del relativo servizio.

In particolare, l'art. 113 citato stabilisce che quando le discipline di settore consentono la separazione tra erogazione del servizio e gestione delle connesse infrastrutture, quest'ultime possono essere condotte secondo due differenti modalità: la gestione diretta a mezzo di affidamento “*a soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano* (cd. società in house)”; l'affidamento a terzi mediante procedure a evidenza pubblica.

La norma stabilisce, altresì, che, in tali circostanze, è necessario garantire l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati alla fornitura del relativo servizio.

Ulteriori disposizioni in materia di servizi pubblici a rilevanza economica sono state



introdotte con DL n. 179/2012 (art. 34, comma 20 e ss.)¹. In tale occasione, tuttavia, il legislatore, non ha imposto particolari condizioni in merito alla scelta, da parte dell'Ente, della modalità di gestione di detti servizi, ma si è limitato a specificare i presupposti necessari affinché il conferimento della loro titolarità risulti legittimo².

Quanto ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, l'art. 113-bis stabilisce che siano di regola gestiti *“mediante affidamento diretto a istituzioni, aziende speciali anche consortili, società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”*, con esclusione, dunque, dei privati e delle società miste. E' altresì consentita la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento ai suddetti soggetti. Per la gestione di servizi culturali e del tempo libero la norma consente l'affidamento diretto anche ad associazioni e fondazioni costituite o partecipate dagli enti locali.

Con sentenza n. 272 del 27 luglio 2004, tuttavia, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni contenute nell'art. 113-bis per violazione dell'art. 117 della Costituzione, riconoscendo la competenza regionale in materia. La categoria dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica è, dunque, oggi priva di disciplina statale positiva, e gli enti locali, in mancanza di una specifica normativa regionale, godono, nella scelta gestionale, di ampia autonomia.

2. I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica

L'art. 113-bis TUOEL, inserito dall'art. 35, comma 15 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, recava originariamente *“Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale”*, invece dell'attuale dicitura *“privi di rilevanza economica”*. La modifica, ad opera del DL n. 269/2003, si rese necessaria al fine di conformarsi al diritto comunitario, anche a seguito dei rilievi eccepiti dalla Commissione europea nella procedura di infrazione avviata nei confronti

¹ La disciplina contenuta nell'art. 34, comma 20 e ss. del DL n. 179/2012, ha sostituito le disposizioni precedentemente contenute nell'art. 4 del DL n. 95/2012, e dichiarate incostituzionali con sentenza n. 120 del 20 luglio 2012 (poiché di fatto riproponevano la medesima disciplina contenuta nell'art. 23-bis del DL n. 112/2008 e succ. mod. e integr., abrogata ad opera dell'affermazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011).

² Dettagliate disposizioni in merito all'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, sono contenute nel DLgs n. 163/2006, recante il *“Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*.



dell'Italia nell'anno 2000 (e reiterata nel corso del 2002) per violazione dei principi di non discriminazione e trasparenza ad opera della disciplina in materia di servizi pubblici locali contenuta nell'art. 22 della legge n. 142/1990, e successivamente confluita nel TUOEL. In tali circostanze, infatti, la Commissione, ricordò che *“rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario tutte le attività economiche di prestazione di beni o servizi ai sensi del Trattato CE. Più in particolare, l'articolo 50 del Trattato definisce come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Ne consegue che la qualificazione di alcune categorie di servizi pubblici come servizi privi di rilevanza industriale non può avere l'effetto di sottrarre l'affidamento di tali attività alle regole in materia di diritto comunitario degli appalti e delle concessioni.”*.

Il nostro ordinamento, tuttavia, non contiene una definizione di servizi privi di rilevanza economica. In verità, l'art. 35 della legge n. 448/2001, al comma 16, demandava a un successivo regolamento l'individuazione *“dei servizi di cui all'articolo 113, comma 1, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (ovvero, dei servizi pubblici a rilevanza industriale)”*. Il citato comma 16, tuttavia, fu abrogato ad opera del comma 3, dell'art. 14 del DL n. 269/2003, ed il regolamento non fu mai adottato.

L'individuazione della categoria dei servizi privi di rilevanza economica va dunque ricavata dai principi ed indirizzi di carattere generale.

A tal proposito, la Commissione europea, nel *“Libro Verde sui servizi di interesse generale”* del 21 maggio 2003, in merito alla distinzione tra servizi economici e servizi non economici, dopo aver precisato che *“le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di stato si applicano soltanto alle attività economiche”*, ha chiarito che *“la gamma dei servizi che possono essere offerti su un dato mercato è soggetta all'evoluzione tecnologica, economica e sociale e si è ampliata nel tempo. Di conseguenza, la distinzione fra attività economiche e non economiche ha dimostrato un carattere dinamico ed evolutivo e negli ultimi decenni sempre più attività hanno assunto una rilevanza economica. Per un crescente numero di servizi, tale distinzione è divenuta superflua.”*.

Recentemente, nella sua comunicazione n. 2012/C 008/02 *“Sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la*



prestazione di servizi di interesse economico generale”, la Commissione ha ribadito che *“poiché la distinzione tra servizi economici e non economici dipende dalle specificità politiche ed economiche di un determinato Stato membro, non è possibile redigere un elenco esaustivo di attività che a priori non hanno mai carattere economico. Tale elenco non fornirebbe un'autentica certezza giuridica e sarebbe quindi di scarsa utilità.”*.

A parere della Commissione, invero, la distinzione deve essere operata di volta in volta anche con l'ausilio della giurisprudenza comunitaria.

In particolare, la Commissione elenca alcune attività che in generale, a meno che lo Stato abbia deciso di introdurre meccanismi di mercato, non costituiscono attività economiche.

Si tratta, ad esempio, delle attività connesse all'esercizio dei pubblici poteri, quali la sicurezza del territorio e la gestione delle forze armate, in quanto funzioni essenziali dello Stato.

In materia di previdenza sociale di base, invece, il fattore discriminante deve essere ricercato nel rispetto o meno del principio di solidarietà, che può essere desunto, ad esempio dalla non necessaria proporzionalità delle prestazioni offerte rispetto ai contributi versati, dal fine esclusivamente sociale del sistema e dall'obbligatorietà dell'iscrizione.

Quanto all'assistenza sanitaria, i sistemi degli Stati variano notevolmente. Affinché l'offerta di servizi sanitari non costituisca esercizio di attività economica è necessario, dunque, in generale, che sia gratuita e che i relativi costi siano direttamente finanziati da contributi sociali e da altre risorse statali.

In merito alla pubblica istruzione, infine, la Commissione richiama la giurisprudenza comunitaria laddove ha stabilito che non è attività economica l'offerta di servizi scolastici organizzata nell'ambito del servizio nazionale, controllata e finanziata dallo stato.

La giurisprudenza amministrativa succedutasi nel tempo, in riferimento ai criteri identificativi del rilievo economico o meno di una attività, ha posto l'attenzione su alcuni aspetti fondamentali quali la redditività o meno del servizio, anche se solo potenziale, e la conseguente possibile esistenza di un mercato concorrenziale, sia pure circoscritto.

Con sentenza n. 7373 del 23 agosto 2006, il Tar Lazio Roma, Sez. II, precisa che *“in base agli arresti della giurisprudenza comunitaria e nazionale, tal differenza (tra servizi a rilevanza economica e quelli che ne sono privi) può rinvenire nel fatto che un servizio ha rilevanza economica quando s'innesta in un settore in cui esiste, perlomeno in potenza, una redditività e, quindi, una competizione sul libero mercato, indipendentemente da forme di finanziamento*



pubblico, più o meno cospicuo, dell'attività in questione.”.

Successivamente, il Tar Puglia-Bari, Sez. I, nella sentenza n. 24 del 5 gennaio 2012, richiamando la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6529 del 10 settembre 2010, chiarisce che *"ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza non si può dunque, alla stregua della riportata giurisprudenza costituzionale e della ivi richiamata giurisprudenza comunitaria, far ricorso all'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o meno, della loro erogazione tramite attività d'impresa svolta nel mercato, la quale garantisca la remunerazione efficace del capitale (i.e. la capacità di produrre utili), nel senso che nell'organizzazione imprenditoriale il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni e servizi) deve remunerare, con un tendenziale margine di profitto, il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione. In effetti, qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica - attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, gestiti in funzione di mera copertura delle spese sostenute, anziché del perseguimento di profitto d'impresa, le cui spese per lo più fanno carico alla finanza pubblica e la cui disciplina è normalmente diversa da quella dei servizi a rilevanza economica -, può essere svolta in forma d'impresa, purché vi sia un soggetto (in questi casi, un'istituzione pubblica) disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni. Si tratta di distinzione incerta e di differenze di regime non ontologicamente necessarie, come dimostrato dall'esistenza, per un verso, di servizi corrispondenti alla prima definizione erogati da pubbliche amministrazioni in forma non remunerativa (si pensi all'istruzione o alla sanità), e, per altro verso, di servizi analoghi a quelli del secondo gruppo, erogati da imprese (si pensi agli istituti di patronato o ai centri di assistenza fiscale). La scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, al quale le varie attività sono sottoposte, dipende, in definitiva, più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi.*

A fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la



disciplina normativa del servizio."

3. La sentenza della Corte Costituzionale 27 luglio 2004, n. 272, che abroga le disposizioni in materia di servizi pubblici privi di rilevanza economica, contenute nell'art. 113-bis TUOEL

La Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 272/2004, è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcune norme introdotte dal DL 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326, e, in particolare, in merito alle novelle disposizioni contenute nell'art. 113-bis, recante "Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica".

Significativa, a giudizio della Corte, è *"la dichiarazione, contenuta nel censurato art. 14 di modifica del comma 1 dell'art. 113 del DLgs n. 267 del 2000 citato, secondo cui le predette disposizioni sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore."* Ritiene, infatti, la Corte che l'art. 14 possa essere sostanzialmente considerato *"una norma-principio della materia, alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117 Cost., secondo comma, lettera e), e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali."*

E ancora, a giudizio della Consulta, *"la tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come di rilevanza economica, di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi privi di rilevanza economica previsti dall'art. 113-bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della*



concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale.”.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte conclude dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni introdotte dall'art. 14, comma 2 del DL 269/2003, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, di cui all'art. 113-bis TUOEL, in quanto, non potendosi certo riferire ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza, si configurano come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale.

4. Le fondazioni di partecipazione

Il vuoto normativo venutosi a creare a seguito della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 113-bis TUOEL, e il conseguente venir meno del principio di tipicità in materia di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, lascia alle regioni e, in subordine, agli enti locali, la facoltà di scegliere la tipologia gestionale ritenuta più opportuna, ferma restando la necessità di motivare la decisione con riferimento alle specifiche ragioni di pubblico interesse ed ai consolidati principi di economicità ed efficienza.

Prendono così piede anche forme di gestione atipiche, tra cui appunto le fondazioni di partecipazione (FdP), sino ad allora prerogativa di normative speciali relative a specifici settori, quali la cultura³, la ricerca scientifica⁴, la sanità⁵.

L'origine della FdP quale modello di gestione atipico dei servizi pubblici locali a rilevanza non economica, è riconducibile alla nascita, nel 1996, ad opera del notaio Enrico Bellezza, della “Fondazione Pier Lombardo”, primo esempio in Italia in ambito culturale di fondazione senza scopo di lucro a partecipazione mista pubblica e privata.

Il fondamento giuridico della FdP è rinvenibile nel contenuto dell'art. 12 c.c. (ora abrogato e recepito nei contenuti dall'art. 1 del DPR n. 361/2000), che prevede il riconoscimento della personalità giuridica non solo ad associazioni e fondazioni, ma anche ad altre, non meglio identificate, istituzioni di carattere privato, allargando, sostanzialmente, al riconoscimento di figure atipiche quali sono, appunto, le fondazioni di partecipazione⁶.

³ Cfr., a titolo esemplificativo, l'art. 10 del DLgs n. 368/1998, successivamente abrogato dall'art. 6 del DLgs n. 156/2006.

⁴ Cfr. art. 59 della legge n. 388/2000.

⁵ Cfr., in particolare, l'art. 28 della legge n. 448/2001 che consente la trasformazione degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico in fondazioni aperte alla partecipazione di soggetti pubblici e privati.

⁶ Circa la atipicità o meno delle FdP, in dottrina vi sono differenti orientamenti; per un approfondimento sui più diffusi orientamenti in dottrina e sulle principali caratteristiche del modello di FdP cfr. G. Trinchese, *Le*



L'elemento caratterizzante l'istituto in oggetto è la presenza di un patrimonio a formazione progressiva che riassume e sintetizza due aspetti tipici, rispettivamente, delle fondazioni (la presenza di un patrimonio vincolato ad uno scopo di utilità pubblica immutabile nel tempo) e delle associazioni (l'esistenza di un contratto plurilaterale a struttura aperta, a cui, cioè, possono aderire in qualsiasi momento nuovi membri che condividano lo scopo e che a tal fine apportino nuove risorse alla dotazione iniziale).

Tali aspetti conducono l'istituto a due ulteriori disposizioni normative, ovvero l'art. 45 della Costituzione che riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata, e l'art. 1332 del Codice Civile, recante "Adesione di altre parti al contratto", fattispecie tipica dei contratti aperti, appunto, all'adesione di terzi.

Sulla legittimità delle fondazioni di partecipazione si è espresso compiutamente il Consiglio di Stato nel parere del 20 dicembre 2000, n. 288.

In tale circostanza, è stato affermato che *"nulla vieta, infatti, che la nascita e la costituzione dell'Ente avvenga attraverso strumenti che valorizzano determinate partecipazioni in relazione ai diversi tipi di apporto al patrimonio, così come nulla vieta che il patrimonio iniziale sia costituito da più manifestazioni di volontà unilaterali cospiranti e destinate a fondersi in vista di uno scopo unitario. In quest'ottica i fondatori ben possono essere una pluralità di soggetti e l'atto costitutivo può attribuire ad essi i poteri di amministrazione della fondazione in relazione al diverso apporto, stabilendo anche regole per la loro rinnovazione. La formazione del patrimonio e le modalità di costituzione degli organi di amministrazione della fondazione restano infatti sostanzialmente indifferenti per l'ordinamento, che solo per le associazioni impone talune regole di «democraticità»"* e, ancora, *"i Fondatori ben possono*

fondazioni, Fondazione Nazionale dei Commercialisti, Edizione settembre 2015 pp. 92 e ss. in cui è stato osservato che secondo la dottrina che le ha elaborate (cfr. E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni di partecipazione*, La Tribuna, Milano, 2006 pp. 38-39) le fondazioni di partecipazione sono contemplate nella locuzione *«altre istituzioni di carattere privato»* (ora menzionata nell'art. 1, co. 1 del D.P.R. 361/2000) e pertanto *«ammesse al riconoscimento pure essendo necessariamente atipiche»*; la suddetta dottrina, circa l'atipicità della fondazione di partecipazione ritiene che *«pare senz'altro essere più un'atipicità di struttura che di figura o di persona giuridica»*; secondo un altro orientamento invece la fondazione di partecipazione rappresenta una delle possibili tipologie di fondazione e non una fondazione atipica (v. M. Maltoni, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di partecipazione*, in Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Il Sole 24 ore, Milano, 2007, p. 29); infine una diversa impostazione evidenzia, invece, come nel nostro ordinamento possano ammettersi figure atipiche, aventi caratteristiche ibride di associazioni e di fondazioni o di associazioni e società. Sul punto cfr. F. Galgano, *Delle persone giuridiche (artt. 11-35)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro I: *Delle persone e della famiglia*, II ed. Bologna-Roma, 2006, pp. 161-162.



peraltro prevedere che ingenti apporti patrimoniali o di lavoro o di volontariato successivi alla nascita dell'Ente attribuiscono a coloro che li forniscono taluni poteri, nell'ambito dell'organizzazione dell'Ente, anche ai fini del rinnovo degli organi di amministrazione. Si tratta, in sostanza, dello stesso meccanismo, ben conosciuto dall'ordinamento, col quale in alcuni atti di fondazione è attribuito ad alcuni rappresentanti dello Stato, di Enti pubblici o della Chiesa, il potere di nominare gli amministratori della fondazione. Tutto ciò non comporta commistione dell'elemento associativo con la struttura della fondazione, ma rappresenta solo un'esplicitazione della volontà dei fondatori che, in quanto tale, purché non alteri la natura dell'Ente e lo scopo iscritto nelle tavole di fondazione, introducendo impropri elementi personalistici, è pienamente tutelata dall'ordinamento". Conclude, quindi, il Consiglio, *"che invece, ove dalla complessità del moderno assetto dei rapporti intersoggettivi nascesse la necessità di dare vita ad Enti diversi, nei quali l'elemento personalistico e quello patrimoniale confluiscono in un genus diverso sia dall'associazione che dalla fondazione, sarebbe necessario un intervento del Legislatore che disciplinasse i vari risvolti della nuova tipologia sotto i diversi profili della modificabilità degli scopi della fondazione, dei diritti degli associati, delle responsabilità degli amministratori nei loro confronti, della vigilanza dell'autorità governativa e della partecipazione ad essi di Enti e amministrazioni Pubbliche conseguendosi, com'è agevole intuire, l'inserzione nel nostro ordinamento di entità presenti in altri ordinamenti ma del tutto estranei allo stato alla nostra tradizione giuridica"*.

Le FdP originano dalla formalizzazione di un atto costitutivo a cui partecipano una pluralità di fondatori, pubblici e privati, e dal riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato, secondo le disposizioni codicistiche in materia di fondazioni⁷.

Fondamentale è, come anticipato, l'esistenza di un fondo di dotazione vincolato ad uno scopo di utilità pubblica immutabile nel tempo.

L'atto costitutivo e lo statuto devono prevedere e disciplinare, oltre ai dati caratterizzanti la fondazione, quali la denominazione, lo scopo, la consistenza patrimoniale iniziale, gli organi, la sede, e le altre disposizioni utili alla gestione ordinaria e straordinaria, le modalità di accoglimento delle nuove adesioni da parte dei cosiddetti aderenti e sostenitori, ovvero coloro che intendano contribuire al raggiungimento dello scopo attraverso l'apporto di nuove risorse.

⁷ Per una completa disamina in merito alla costituzione e al riconoscimento delle fondazioni, cfr. G. Trinchese, *op.cit.* pp. 25 ss.



Inoltre, affinché alla FdP possa essere attribuita natura pubblicistica, è necessario che, oltre alla costituzione da parte di un ente pubblico e al perseguimento di un fine pubblico, concorrano altri elementi, quali la presenza maggioritaria di fonti pubbliche di finanziamento, l'esistenza di controlli da parte di soggetti pubblici, l'ingerenza pubblica nella gestione dell'ente⁸.

La fondazione di partecipazione può, dunque, ritenersi una legittima forma di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, accanto alle istituzioni, alle aziende speciali, anche consortili, alle società *in house* e alla gestione in economia⁹.

Sul rapporto tra FdP ed ente pubblico partecipante si è espressa, tra le altre, la Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per il Lazio, con parere n. 151 del 26 giugno 2013, precisando 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 ... Da quanto sopra detto discende, in via interpretativa, che l'applicazione dei vincoli pubblicistici in materia di limiti di spesa e modalità di reclutamento*

⁸ 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, DLgs n. 163/2006, sono 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.”*

⁹ Non manca, in dottrina, chi include tra i possibili modelli gestionali dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica. Si ritiene, tuttavia, che tale fattispecie contrasti con i consolidati orientamenti comunitari e nazionali, secondo cui l'affidamento a privati e, dunque, l'esistenza di un mercato, anche solo potenziale, implica sempre la rilevanza economica del servizio. Per completezza, si precisa che anche il modello societario, pur contemplato dal legislatore nazionale (cfr., art. 113-bis TUOEL), è, a giudizio di chi scrive, ontologicamente incompatibile con il requisito di mancanza di finalità lucrativa propria dei servizi in commento.



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 c.c.”. Aggiunge, ancora, la Corte “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 (art. 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 gestore.”¹⁰.

5. Il divieto di istituire nuovi organismi introdotto dall'art. 9, comma 6, del DL 6 luglio 2012, n. 95, e successivamente abrogato

L'art. 9, comma 6, del DL 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge n. 135/2012, meglio nota come *spending review*, ha introdotto il divieto, per gli enti locali, “di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione”.

Tale disposizione, sulla cui legittimità si è pronunciata la Corte Costituzionale con sentenza n. 236/2013, e che è stata in seguito abrogata, con decorrenza dal 1° gennaio 2014, dall'art. 1, comma 562, lett. a), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, ha suscitato numerosi interventi interpretativi da parte della Corte dei Conti, interpellata dagli enti locali per fare chiarezza sul punto.

¹⁰ La Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, nel suo parere n. 350 del 6 luglio 2012, richiamato da un successivo parere della medesima Sezione (n. 25/2013), si è pronunciata sulla possibilità che una fondazione di partecipazione possa essere configurata, in riferimento alla gestione di un servizio pubblico a rilevanza economica, come soggetto *in house*, e, in particolare, sulla presenza o meno del requisito della partecipazione pubblica totalitaria (con conseguente insussistenza di dualità soggettiva e, quindi, dell'obbligo di selezione concorsuale) ai fini dell'affidamento diretto, affermando che “nella struttura fondazionale, connotata come noto dal carattere prettamente patrimoniale, la circostanza della partecipazione pubblica totalitaria risulterebbe di difficile individuazione, in quanto a seguito dell'atto di fondazione il patrimonio del conferente assume soggettività distinta.”.



L'orientamento, conforme, delle Corti territoriali, ha stabilito l'applicabilità della disposizione in esame alle fondazioni di partecipazione.

Per tutte, si richiama di seguito quanto precisato dalla Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, nel parere n. 25 del 10 gennaio 2013: *“Come evidenziato nel parere n. 403 del 18 settembre 2012, l'ampia latitudine operativa della disposizione, nel quadro dell'opzione legislativa tesa alla reinternalizzazione dei servizi, non può che comprendere, fra gli «enti, agenzie e organismi», anche le fondazioni di partecipazione e, in genere, gli altri organismi strumentali creati dall'ente locale per la gestione di funzioni fondamentali e amministrative.”*. E, ancora, *“In sostanza, alla luce del combinato disposto del comma 6 (che prevede un divieto di istituzione di nuovi enti) e del comma 1 (che impone un obbligo di razionalizzazione/riduzione, pari almeno al 20 per cento, di quelli già esistenti) dell'art. 9 del DL n. 95/2012, nonché della ratio complessiva del provvedimento legislativo in discorso (quale emerge, per esempio, dall'art. 4), appare vietata, da parte del Comune, non solo l'istituzione di un nuovo ente o organismo comunque denominato (nel caso di specie, una fondazione), ma anche una nuova partecipazione, contrastando anche questa seconda ipotesi con la volontà del legislatore non solo di non incrementare la presenza degli enti locali in enti e organismi (comma 6), ma, altresì, di ridurla sensibilmente (comma 1).”*.

In merito agli effetti della successiva abrogazione della disposizione in commento, si richiama, per tutti, il parere della Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per il Veneto, n. 345 del 2014, nel quale si precisa che *“con decorrenza dal 1° gennaio 2014, le summenzionate disposizioni (ovvero, per quanto d'interesse, l'art. 9, comma 6, del DL n. 95/2012) non sono più vigenti, in quanto abrogate dai commi 561 e 562 dall'art. 1 della legge di stabilità per il 2014 (legge 27 dicembre 2013, n. 147). Dal punto di vista normativo – vale a dire sotto il profilo dei vincoli di finanza pubblica – pertanto (ed allo stato), non sono ravvisabili ostacoli alla partecipazione degli enti locali in società o in fondazioni, sia essa il frutto della trasformazione di preesistenti organismi, anche associativi¹¹, sia la conseguenza della costituzione ex novo di tali soggetti giuridici. Ciò vale anche per le fondazioni di partecipazione – che rispondono all'esigenza di disporre di uno strumento più ampio rispetto alla fondazione tout court, caratterizzato dalla commistione dell'elemento patrimoniale con quello «associativo», in ragione della partecipazione di più soggetti alla costituzione*

¹¹ Sul divieto di trasformazione diretta da associazione a fondazione, cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. I, parere n. 296 del 30 gennaio 2015.



dell'organismo – funzionali, in particolare, alle ipotesi di partenariato pubblico privato, purché risultino coerenti con l'esercizio di funzioni fondamentali o amministrative assegnate agli EE.LL. (da ultimo, vedasi, Sezione Regionale di Controllo per la Toscana, deliberazione n. 5/2014/PAR, che, proprio per effetto dell'abrogazione dell'art. 9, comma 6, cit., ha ritenuto possibile la istituzione o la partecipazione degli enti a fondazioni culturali).”

6. Conclusioni

La fondazione di partecipazione, nell'ambito dell'offerta di servizi pubblici non economici, non solo costituisce un valido strumento di interazione e collaborazione tra Enti, ma è altresì in grado di coniugare gli interessi generali con la partecipazione privata, in attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, sancito dall'art. 118, comma 4, secondo il quale *“Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”*.

Preme, tuttavia, sottolineare, anche alla luce delle recenti pronunce della Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, citate in nota, che presupposto imprescindibile per la legittimità di un eventuale affidamento diretto, da parte dell'Ente, a una FdP dallo stesso partecipata, della gestione di un servizio a rilevanza economica (necessariamente strumentale rispetto alla causa non lucrativa della fondazione e, dunque, allo scopo di utilità pubblica), sia necessario verificare di volta in volta la presenza di elementi riconducibili al requisito della partecipazione totalitaria di capitale pubblico, fattore costitutivo imprescindibile dell'*in house providing*, oltre alla sussistenza del controllo analogo e della attività svolta essenzialmente per l'ente o gli enti partecipanti¹². In difetto di tali requisiti, infatti, l'affidamento del servizio a rilevanza economica deve necessariamente avvenire mediante procedure di gara a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di libera concorrenza sanciti dalla normativa comunitaria, e della normativa nazionale di recepimento¹³.

¹² Cfr., per tutte, Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 591 del 3 febbraio 2009.

¹³ Nel nostro ordinamento, un generale principio di concorsualità è rinvenibile nell'art. 2 del citato DLgs n. 163/2006, recante il *“Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*, ai sensi del quale *“l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture ... deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità...”*.