



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Delibera n. 211 del 19 febbraio 2020

relativa a una richiesta di parere in ordine alla sussistenza di un'ipotesi di inconferibilità/incompatibilità ai sensi del d.lgs. 39/2013 in capo al Presidente della Fondazione "omissis".

Fascicolo UVIF n. 333/2020

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 febbraio 2020;

visto l'articolo 1, comma 3, della legge 6 novembre 2012, n. 190, secondo cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dal piano nazionale anticorruzione e dai piani di prevenzione della corruzione delle singole amministrazioni e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dalla normativa vigente, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza;

visto l'art. 16 del d.lgs. 8 aprile 2013 n. 39, secondo cui l'Autorità Nazionale Anticorruzione vigila sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al citato decreto, in tema di inconferibilità e di incompatibilità degli incarichi, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi nonché esprimere pareri su richiesta delle amministrazioni e degli enti interessati;

vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza sull'imparzialità dei funzionari pubblici (UVIF)

Fatto

Con nota acquisita al prot. generale Anac n. *omissis* è pervenuta a questa Autorità una richiesta di parere in ordine alla legittimità ai sensi del d.lgs. 39/2013 dell'assunzione da parte del Presidente della Fondazione "omissis" (in breve Fondazione *omissis*) di incarichi di natura professionale da parte del Comune di *omissis*.

In particolare, nella richiesta di parere si specifica quanto segue.

La Fondazione *omissis* risponde ai principi e allo schema delle fondazioni di partecipazione nell'ambito del più vasto genere delle fondazioni disciplinato dagli artt.12 e ss. del codice civile.

Sono organi della fondazione il Consiglio Generale, il Consiglio di Amministrazione e il Comitato Scientifico. Si precisa che fanno parte del Consiglio Generale i rappresentanti dei soggetti fondatori, i quali nominano il Consiglio di Amministrazione e ne individuano all'interno il Presidente (che ha la legale rappresentanza ed esercita i poteri di gestione della fondazione) e il Vice Presidente.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

L'istante ha precisato, inoltre, di essere stato designato membro del Consiglio di Amministrazione dal Comune di *omissis*, ma individuato come Presidente dal Consiglio Generale in data *omissis* 2017. Dall'istruttoria condotta è emerso che la Fondazione *omissis* è stata fondata oltre che dal Comune di *omissis*, anche dalla Provincia di *omissis* e da altri soci privati, persone fisiche.

Diritto

Sussistenza di un'ipotesi di inconferibilità/incompatibilità ai sensi del d.lgs. 39/2013.

L'Anac ha uno specifico potere di controllo e di accertamento sulle ipotesi di inconferibilità ed incompatibilità disciplinate dal d.lgs. 39/2013 e, in generale, sulla corretta applicazione della suddetta normativa. In particolare l'art. 16, comma 1 del d.lgs. 39/2013 individua nell'Anac l'Autorità competente a vigilare “*sul rispetto, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli enti pubblici e degli enti di diritto privato in controllo pubblico, delle disposizioni di cui al presente decreto, anche con l'esercizio di poteri ispettivi e di accertamento di singole fattispecie di conferimento degli incarichi*”.

Venendo al caso di specie, l'incarico di Presidente del C.d.A. della Fondazione *omissis*, ricoperto da *omissis*, potrebbe astrattamente integrare l'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 9, co. 2 d.lgs. 39/2013 qualora lo stesso dovesse assumere incarichi di natura professionale da parte del Comune di *omissis*.

Tale disposizione prevede che “*Gli incarichi amministrativi di vertice e gli incarichi dirigenziali, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, gli incarichi di amministratore negli enti pubblici e di presidente e amministratore delegato negli enti di diritto privato in controllo pubblico sono incompatibili con lo svolgimento in proprio, da parte del soggetto incaricato, di un'attività professionale, se questa è regolata, finanziata o comunque retribuita dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico*”.

Occorre, pertanto, accertare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie di incompatibilità con particolare riguardo a:

- natura giuridica della Fondazione *omissis* quale “ente di diritto privato in controllo pubblico” ai sensi dell'art.1, co. 2, lett. c) d.lgs. 39/2013;
- natura giuridica dell'incarico di Presidente del C.d.A. della Fondazione *omissis* quale “incarico di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico” ai sensi dell'art. 1, co. 2 lett. l);
- svolgimento di un'attività professionale regolata, finanziata o comunque retribuita dal Comune di *omissis*.

a) Natura giuridica della Fondazione ommissis quale ente di diritto privato in controllo pubblico.

Affinché un ente possa essere considerato ente di diritto privato in controllo pubblico occorre verificare che siano soddisfatti i requisiti richiesti dall'art. 1, comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 39/2013, secondo il quale devono intendersi per tali: “*le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle*



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi”.

La disposizione in esame contempla due requisiti concorrenti, uno relativo al tipo di funzione esercitata e l'altro relativo al sistema di *governance*.

Quanto al requisito funzionale, vi è da dire che, secondo quanto stabilito dallo Statuto, la fondazione si propone di gestire direttamente patrimoni ed istituzioni culturali, di elaborare ed attivare iniziative di alta qualificazione culturale nel settore del *omissis*, di incentivare, promuovere e realizzare ricerche, studi e documentazioni inerenti lo studio e la diffusione dell'opera di *omissis* e del *omissis*, di curare la formazione del patrimonio bibliografico e documentario funzionale alle ricerche programmate e finalizzato alla costituzione di archivi di dati e materiali.

Obiettivo primario della Fondazione, come emerge dalla lettura del sito istituzionale, è quello di elaborare ed attivare iniziative di alta qualificazione culturale quali la promozione e la realizzazione di ricerche, studi e documentazioni inerenti la storia dell'architettura italiana e svolgere attività editoriale accessoria.

Dal punto di vista giuridico, l'ente in questione rientra nel fenomeno - diffusosi nella prassi e non codificato a livello normativo - delle “*fondazioni di partecipazione*”. Questo schema, che si pone a metà strada tra il tipo dell'associazione e quello della fondazione, è particolarmente diffuso e utilizzato dagli enti pubblici. Secondo la letteratura di settore ciò dipende dalla presenza di una serie di elementi tali da rendere la struttura ibrida delle “*fondazioni di partecipazione*” più efficiente ed efficace nella realizzazione dei fini pubblicistici. In particolare, gli elementi che la caratterizzano in senso parzialmente difforme dalla fondazione di cui agli artt. 14 e ss. del c.c. sono i seguenti: - costituzione non mediante atto unilaterale di una singola persona fisica/giuridica ma in base ad un accordo tra più soggetti; - sussistenza di un'organizzazione stabile dotata di diversi organi decisionali; - pluralità di soggetti fondatori da cui deriva un fondo patrimoniale più cospicuo.

Rispetto alla *governance* della fondazione in questione, dalla lettura dello Statuto emerge che gli enti fondatori sono il Comune di *omissis*, la Provincia di *omissis* e altri soggetti privati, persone fisiche.

Alla luce di tali caratteristiche, il caso in esame è riconducibile nella seconda parte dell'art. 1 co. 2 lett. c) il quale dispone che sono enti di diritto privato in controllo pubblico “*gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*”.

Al fine di qualificare, secondo le definizioni del d.lgs. n. 39/2013, un ente come di diritto privato in controllo pubblico non è necessario, infatti, che sia soddisfatto il requisito del controllo maggioritario come richiesto dall'art. 2359 c.c., poiché l'art. 1 co. 2 lett. c) pone come requisito alternativo il potere di nomina dei vertici o dei componenti degli organi.

In tal senso, i membri del C.d.A. della Fondazione sono nominati dai rappresentanti dei soci fondatori, tra cui rientra il Comune di *omissis*. In particolare, nell'atto di nomina del C.d.A. (in data *omissis* 2017) si legge che *omissis* è stato proposto, in rappresentanza del Comune di *omissis*, quale membro del C.d.A. dal Sindaco del Comune stesso. Difatti, *omissis* risulta menzionato nell'elenco dei rappresentanti del Comune di *omissis* presso enti privati, pubblicato sul sito istituzionale.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

Non assume rilievo, invece, che la nomina a Presidente sia stata decretata dai componenti del nominato C.d.A. e non direttamente dall'ente territoriale. Sul punto questa Autorità si è espressa, con precipuo riguardo all'ipotesi di inconfiribilità di cui all'art. 7 d.lgs. 39/2013, con l'orientamento n. 100/2014 nel quale ha ritenuto che *“Sussiste l'ipotesi di inconfiribilità di cui all'art. 7, co.2, lett. d) del d.lgs. 39/2013, anche quando l'incarico di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico da parte di una provincia, di un comune con popolazione superiore a 15 mila abitanti o di una forma associativa tra comuni aventi la medesima popolazione, sia stato conferito non dall'amministrazione locale ma da un organo sociale del medesimo Ente di diritto privato in controllo pubblico”*. Tanto risulta confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, n.126 dell'11.01.2018), la quale ha ritenuto irrilevante, ai fini dell'accertamento dell'ipotesi di inconfiribilità, che il conferimento dell'incarico di Presidente avvenisse tramite elezione da parte di un organo sociale, quale il Consiglio generale.

Tanto premesso si ritiene che la Fondazione *omissis* rientri nella definizione di cui all'art. 1, co. 2 lett. c), ovvero nella categoria degli *“enti di diritto privato in controllo pubblico”*.

A tale ricostruzione non si frappongono neppure ostacoli di ordine teorico, poiché in via astratta, anche le fondazioni possono rientrare tra gli enti di diritto privato in controllo pubblico. Infatti nelle *“Nuove linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici”* - approvate con determinazione del Consiglio dell'Autorità n. 1134 del 08.11.2017- si chiarisce che nella categoria in esame rientrano non solo le società di capitali ma anche le altre forme giuridiche privatistiche quali le associazioni e le fondazioni.

Si è espressa in tal senso anche la Corte dei Conti nella relazione *“gli organismi partecipati dagli enti territoriali-Osservatorio sugli Organismi partecipati/controllati da Comuni, Province e Regioni e relative analisi”* pubblicata nel 2014 (deliber. n. 15/sezaut/2014/frg). La Corte ha ritenuto che le fondazioni di partecipazione sono sottoposte alle regole tipiche degli enti di diritto privato in controllo pubblico, poiché *“tra le fondazioni, la “fondazione di partecipazione” corrisponde alla tipologia delle “fondazioni strumentali agli enti pubblici fondatori” (c.d. fondazione amministrativa). Essa, nascendo per iniziativa di una o più entità senza assumere per questo carattere associativo, è istituita da una pluralità di soggetti che costituiscono un patrimonio “a struttura aperta” con destinazione a uno specifico scopo di pubblica utilità. Trattasi di istituto atipico, la cui disciplina si desume, in via di interpretazione sistematica, per effetto del combinato disposto dell'art. 45 Cost., che promuove lo sviluppo della cooperazione senza fini speculativi, e dell'art. 1332 c.c. che consente, nei contratti aperti, l'adesione di altre parti, disciplinandone le modalità ove non previste. La Corte dei conti ha ribadito che alle fondazioni partecipate dagli enti locali si devono applicare tutte le limitazioni e restrizioni previste in generale per le società, enti ed aziende partecipate dai medesimi enti locali”*.

b) *Natura giuridica dell'incarico di Presidente del C.d.A. della Fondazione omissis quale “incarico di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico” ai sensi dell'art. 1, co. 2 lett. l).*

Riguardo l'incarico di Presidente del C.d.A. della Fondazione *omissis* - che *omissis* ricopre dal *omissis* 2017 - occorre verificare se lo stesso possa essere ricondotto alla definizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. l) del d.lgs. n. 39/2013, secondo la quale si intendono per *“incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico”, gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico”*.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Pertanto occorre verificare se tale incarico sia corredato dall'attribuzione di deleghe gestorie.

Ai sensi dell'art.18 Statuto della Fondazione *“Il Presidente ha la legale rappresentanza della Fondazione di fronte ai terzi; agisce e resiste avanti a qualsiasi autorità amministrativa o giurisdizionale, nominando avvocati. Il Presidente esercita tutti i poteri di iniziativa necessari per il buon funzionamento amministrativo e gestionale della Fondazione [...] In particolare, il Presidente: - sottopone al Consiglio di Amministrazione le linee generali di programma e le specifiche iniziative definite dal Comitato Scientifico; provvedere alla gestione amministrativa della Fondazione e all'esecuzione delle deliberazioni del Consiglio di Amministrazioni; - cura le relazioni con Enti, Istituzioni, Imprese Pubbliche e Private, centri di ricerca ed altri organismi al fine di instaurare rapporti di collaborazione e sostegno delle singole iniziative della Fondazione; - partecipa alle riunioni del Consiglio di Direzione e del Comitato Scientifico”*.

Alla luce di tali poteri statutariamente attribuiti, si ritiene che il Presidente della Fondazione *omissis* sia titolare di deleghe gestionali dirette.

Tale ricostruzione risulta confermata anche dal richiedente, il quale in sede di richiesta ha specificato che il *“Presidente esercita i poteri di gestione della stessa (fondazione)”*.

In ogni caso, una recente giurisprudenza amministrativa (cfr. sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, n.126 dell'11.01.2018 e più recentemente n. 2325/2019) ha affermato che, anche se lo statuto non preveda espressamente il conferimento di deleghe gestionali in capo al Presidente, laddove al Consiglio di amministrazione siano conferiti poteri gestori, anche il Presidente, per il solo fatto di essere membro di tale consesso, risulta parimenti investito di tali poteri. Sostiene, infatti il Consiglio di Stato che *“per il solo fatto (...) che è membro del comitato direttivo, al presidente sono assegnate funzioni di gestione. D'altra parte tra i suoi compiti rientra anche la vigilanza sul buon andamento delle attività che ben può condurre all'adozione di atti di gestione”*.

Il principio affermato dal Consiglio di Stato è stato recentemente confermato anche dal Tar Lazio, Roma n. 4780/2019 il quale ha ritenuto che la dicitura inserita nello Statuto per cui *“il consiglio di amministrazione è l'organo preposto alla gestione ordinaria e straordinaria dell'Ente ed esercita tutte le funzioni non espressamente attribuite agli altri organi statuari”*, dandone poi un'elencazione esemplificativa, conduce a ritenere che il consiglio di amministrazione sia titolare di poteri gestori e, di conseguenza, per mera appartenenza allo stesso, anche il Presidente ne risulta investito.

Nel caso di specie, l'art.20 dello Statuto attribuisce al Consiglio in modo esclusivo la responsabilità della gestione della società, compresa la gestione straordinaria, e il compimento di tutti gli atti opportuni per l'attuazione dell'oggetto sociale.

Pertanto, questa Autorità ha fatto proprio il principio affermato dal Consiglio di Stato nella delibera n. 373 del 8/05/2019, in cui ha affermato che *“nell'ambito degli enti pubblici ed enti privati in controllo pubblico, l'incarico di Presidente è suscettibile nella definizione di «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», di cui all' art. 1, co. 2 lett. l), del d.lgs. n. 39/2013 allorché lo stesso sia dotato di deleghe gestionali dirette. In merito, anche se lo statuto non preveda espressamente il conferimento di deleghe gestionali in capo al Presidente, laddove al consiglio di amministrazione siano conferiti poteri gestori, anche il Presidente, per il solo fatto di essere membro di tale consesso, risulta parimenti investito di tali poteri. (cfr. C.S., sezione V, n.126 dell'11.01.2018)”*.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, si ritiene che il Presidente della Fondazione *omissis* rientri nella definizione di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico di cui all'art. 1, co. 2 lett. l) d.lgs. 39/2013.



Autorità Nazionale Anticorruzione
Presidente

c) *Svolgimento di un'attività professionale regolata, finanziata o comunque retribuita dal Comune di omissis.*

L'istante richiede se l'attribuzione di un incarico professionale da parte del Comune di *omissis*, ente locale che rientra tra i soci fondatori della fondazione, possa integrare l'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 9, co. 2 d.lgs. 39/2013 rispetto alla carica attualmente rivestita di Presidente della Fondazione *omissis*.

Alla luce delle sopra argomentate valutazioni, si ritengono integrati tutti i requisiti richiesti dall'art. 9, co. 2 d.lgs. 39/2013. Pertanto, si ritiene che l'eventuale attribuzione di attività professionale a *omissis* da parte del Comune di *omissis*, ente che conferisce l'incarico, integri l'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 9 co. 2 d.lgs. 39/2013 e, conseguentemente, trovi applicazione la disposizione di cui all'art. 19 d.lgs. 39/2013 ai sensi del quale “Lo svolgimento degli incarichi di cui al presente decreto in una delle situazioni di incompatibilità di cui ai capi V e VI comporta la decadenza dall'incarico e la risoluzione del relativo contratto, di lavoro subordinato e autonomo, decorso il termine perentorio di quindici giorni dalla contestazione all'interessato, da parte del responsabile di cui all'art. 15, dell'insorgere della causa di incompatibilità.”

L'ipotesi di incompatibilità prospettata si verificherebbe anche nell'ipotesi in cui gli incarichi professionali fossero retribuiti dalla stessa Fondazione *omissis*. L'Anac, infatti, nella delibera n. 613/2016 ha ritenuto, con riferimento all'ipotesi di inconferibilità di cui all'art. 4 d.lgs. 39/2013, che per “attività professionali regolate, finanziate o comunque retribuite dall'amministrazione o ente che conferisce l'incarico” si intendono gli incarichi professionali svolti a favore tanto dall'amministrazione che conferisce la carica, quanto dall'amministrazione o ente di diritto privato nel quale la carica opera.

Occorre precisare che, nell'ipotesi in cui si trattasse di attività professionali del tutto occasionali, che non presentino i caratteri della continuità e stabilità, non troverebbe applicazione l'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 9, co. 2 d.lgs. 39/2013 (cfr. orientamento n. 99/2014), in quanto l'occasionalità della prestazione non è considerata di per sé idonea a generare un rischio corruttivo.

Tutto ciò premesso e considerato

DELIBERA

la sussistenza dell'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 9, co. 2 d.lgs. 39/2013 nel caso in cui il Presidente della Fondazione *omissis* assuma un'attività professionale, se questa sia regolata, finanziata o comunque retribuita dal Comune di *omissis* o dalla Fondazione stessa.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 marzo 2020

Il Segretario, Maria Esposito