

Repubblica Italiana



REGIONE SICILIANA

*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana*

Prot. n. 19561 79.11.2021 del 30 agosto 2021 / Pos. di coll. e coord. n. 4

Oggetto: Problematiche relative all'inquadramento giuridico della Fondazione Orchestra Sinfonica Siciliana.

*Assessorato regionale del turismo, dello sport
e dello spettacolo*

*Dipartimento regionale del turismo, dello
sport e dello spettacolo*

(rif. nota 10 agosto 2021, prot. n. 510004)

1. Con la nota segnata a margine codesto Dipartimento rappresenta che, a seguito di apposita richiesta formulata dal Commissario straordinario della Fondazione Orchestra Sinfonica Siciliana (FOSS) circa la necessità di definire la natura giuridica del medesimo Ente, l'Assessore regionale per il turismo, lo sport e lo spettacolo, con nota 1 giugno 2021, n. 1845/Gab., ha invitato codesto Richiedente a porre in essere i necessari approfondimenti tecnico-giuridici, eventualmente interessando della questione quest'Ufficio.

Ciò premesso, codesta Amministrazione delinea una ricognizione dell'evoluzione normativa di settore, sia statale che regionale, e rassegna quanto segue.

Gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, già enti con personalità giuridica di diritto pubblico in forza della legge 14 agosto 1967, n. 800, "sono stati trasformati in fondazioni di diritto privato dal D.Lgs. n. 367/1996", allo scopo di ricondurli "a modelli più rispondenti alle logiche gestionali d'impresa", stabilendo *ex lege* il contenuto dello statuto, il regime privatistico del personale e le disposizioni speciali applicabili.

Lo *status* giuridico della Fondazione lirico-sinfonica presenta “*connotazioni che si discostano solo in parte da quelle dettate dal Codice Civile per le fondazioni di diritto comune*”, nel senso che la medesima Fondazione “*non è, ..., riconducibile alla fondazione di mera erogazione*”, bensì rientra nella nozione di “*fondazione d’impresa*”, soggetta all’applicazione della disciplina privatistica espressamente richiamata, come le disposizioni sulla tenuta delle scritture contabili (articolo 2214 c.c.), sulla redazione del bilancio di esercizio (artt. 2423 e seguenti c.c.), nonché della procedura concorsuale di liquidazione coatta amministrativa e degli istituti relativi ai rapporti di lavoro subordinato nell’impresa.

La “*scelta di fondo*” della disciplina introdotta dal citato D.Lgs. n. 367/1996 è stata quella “*di conservare, il più possibile, l’autonomia statutaria*” degli enti *de quibus* in modo da evitare interferenze con le scelte culturali e artistiche come, peraltro, evidenziato dall’articolo 10 del medesimo decreto legislativo, laddove si prevede che lo statuto deve garantire l’autonomia degli organi della fondazione, i componenti dei quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né ad essi rispondono.

Il legislatore nazionale è successivamente intervenuto in materia con il D.Lgs. n. 134/1998 “*allontanando le fondazioni lirico-sinfoniche da quell’impronta imprenditoriale che era stata tracciata dal D.Lgs. 367/1996*” e riportando gli organi di governance “*sotto la longa manus dell’apparato pubblico*”.

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale del predetto D.Lgs. n. 134/1998 (Corte cost., sentenza n. 503/2000), “*il suo contenuto è sostanzialmente stato reiterato dal Legislatore con il D.L. n. 345/2000 (convertito dalla L. n. 6/2001)*”, che, mantenendo la natura privatistica delle suddette fondazioni, ha rimodulato gli elementi essenziali dello statuto nonché il numero e la composizione degli organi.

Il legislatore regionale, “*in virtù della propria competenza esclusiva in materia*”, con l’articolo 35 della legge regionale n. 2/2002, “*ha recepito staticamente le disposizioni del richiamato D.Lgs. 367/1996*”, cristallizzando nell’ordinamento regionale “*il quadro di regolamentazione nazionale entrato in vigore nel 1996*”.

La disciplina regionale di settore ed il “*recepimento statico operato dall’art. 35 della L.R. n. 2/2002*” non sono mutati neanche a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 112/2013 “*mai recepita nell’ordinamento regionale che, come sopra ricordato, in materia vanta autonomia legislativa*”.

Così delineata l’evoluzione normativa in materia, codesto Dipartimento rappresenta come l’iter finalizzato al riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato “*non sia stato, ad oggi, portato a compimento con l’iscrizione nell’apposito registro tenuto dalla Segreteria Generale della Regione Siciliana*”.

Ciò premesso, ribadito che il D.Lgs. n. 367/1996 deve ritenersi vigente nell’ordinamento regionale per effetto del “*recepimento statico dell’art. 35 della L.R. n. 2/2002*”, ne discendono, ad avviso di codesta Amministrazione, talune refluenze in ordine “*alla soggettività passiva della stessa Fondazione a specifici ambiti normativi di ordine generale*”, in relazione alle seguenti considerazioni:

- D.Lgs. n. 165/2001 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche): tale disciplina non troverebbe applicazione nei confronti della FOSS atteso che le fondazioni lirico-sinfoniche non sono annoverate, né potrebbero esserlo in via analogica, tra le Amministrazioni destinatarie della medesima disciplina, così come individuate dall’articolo 1 dello stesso decreto legislativo. Ciò risulterebbe confermato dall’articolo 11, comma 19, del decreto legge n. 91/2013, convertito con la citata legge n. 112/2013, in forza del quale il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso le fondazioni lirico-sinfoniche è instaurato esclusivamente a mezzo di apposite procedure selettive pubbliche;

- D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i (Codice dei contratti pubblici): anche tale fonte normativa non troverebbe applicazione nei confronti della FOSS, alla luce della norma di rango speciale contenuta nell’articolo 15 del D.Lgs. n. 367/1996, il quale prevede che alle fondazioni disciplinate dal medesimo decreto legislativo non si applica la legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, atteso che il D.Lgs. n. 50/2016 “*rappresenta l’ultima modificazione in materia di Codice dei Contratti Pubblici*”; inoltre si evidenzia che le fondazioni lirico-sinfoniche “*non rientrerebbero nelle*

categorie di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 50/2016, né vengono enucleate nell'Allegato IV dello stesso Decreto”;

- Legge n. 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella P.A.): la FOSS rientrerebbe nel novero degli enti di diritto privato “*controllati*” ai sensi dell'articolo 22 del D.Lgs. n. 33/2013, concernente gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni; per tale motivo i bilanci del predetto Ente sono pubblicati nel sito web della Regione Siciliana, nell'apposita sezione “*Amministrazione trasparente*”;

- D.Lgs. n. 118/2011 (Armonizzazione dei sistemi contabili delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi): sebbene permanga in dubbio la riconducibilità della FOSS nella nozione di ente strumentale partecipato e dunque anche l'applicabilità del predetto decreto legislativo n. 118/2011, tuttavia viene richiamato a tal proposito il parere di quest'Ufficio 19 giugno 2019, n. 19.11.2019, laddove, seppur con riferimento all'Associazione Teatro Biondo Stabile di Palermo, “*si giunge alla conclusione che la natura privatistica di un ente non ne esclude di per sé l'assoggettamento alla disciplina del medesimo D.Lgs. n. 118/2011*”.

Premesso quanto sopra considerato, si chiede il parere dello Scrivente “*in ordine all'applicabilità o meno delle norme sopracitate alla Fondazione Orchestra Sinfonica Siciliana*”.

2. Al fine di accertare la natura giuridica e la collocazione sistematica della Fondazione Orchestra Sinfonica Siciliana, nonché di impostare correttamente la successiva trattazione circa la disciplina alla stessa applicabile, pare opportuno, anzitutto, delineare il quadro normativo rilevante.

L'Ente Autonomo Orchestra Sinfonica Siciliana è stato istituito, quale persona giuridica di diritto pubblico, con il D.Lgs.P.Reg. 19 aprile 1951, n. 19, ratificato e modificato dalla legge regionale 18 luglio 1952, n. 40.

Tale Ente ha ricevuto una prima regolamentazione con la legge regionale 30 dicembre 1966, n. 33, che ne ha disciplinato, tra l'altro, lo scopo, i compiti, gli organi, il

patrimonio, il finanziamento, il bilancio di esercizio e le modalità di assunzione del personale.

Con l'articolo 35 della legge regionale 26 marzo 2002, n. 2 il legislatore ha successivamente trasformato gli enti autonomi lirici e sinfonici regionali in fondazioni, cioè in enti di natura privatistica; in particolare, il comma 1 della predetta disposizione - nel testo originario vigente prima della modifica introdotta dall'articolo 35 della legge regionale 25 novembre 2002, n. 20 - risultava così formulato: *“Gli enti autonomi lirici e sinfonici regionali ed il comitato Taormina arte sono trasformati in fondazioni e acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato alla data di entrata in vigore della presente legge”*.

Il riportato comma 1 dell'articolo 35 della l.r. n. 2/2002 è stato poi sostituito dall'articolo 35, comma 1, della legge regionale 25 novembre 2002, n. 20 con il seguente testo: *“Gli enti autonomi lirici e sinfonici regionali ed il comitato Taormina arte sono trasformati in fondazioni e acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato all'atto dell'approvazione, da parte degli amministratori cui compete la vigilanza e la tutela degli stessi enti, della deliberazione di trasformazione assunta dai commissari ad acta di cui al comma 4 del presente articolo”*.

Ferma restando, dunque, la trasformazione *ex lege* degli enti interessati in enti di natura privatistica, la novella legislativa di cui all'articolo 35 della l.r. n. 20/2002 è intervenuta a disciplinare diversamente il momento di acquisto della personalità giuridica di diritto privato: ed invero tale riconoscimento non è più correlato alla data di entrata in vigore della l.r. n. 2/2002, bensì all'adozione di un apposito provvedimento autoritativo di approvazione della delibera di trasformazione.

La predetta modifica normativa, tuttavia, ad avviso dello Scrivente, non troverebbe applicazione nei confronti dell'Ente di che trattasi, atteso che il medesimo era già persona giuridica di diritto privato in forza di legge (l.r. n. 2/2002) alla data di entrata in vigore della successiva legge regionale n. 20/2002, né il legislatore regionale ha espressamente previsto che tra i destinatari della novella, ai fini del riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato, dovessero annoverarsi anche gli enti già trasformati in fondazione.

In tal senso appaiono, dunque, superate le perplessità manifestate da codesta Amministrazione nella richiesta di parere laddove si sottolinea come l'iter finalizzato al riconoscimento della personalità giuridica *“non sia stato, ad oggi, portato a compimento con l'iscrizione nell'apposito registro tenuto dalla Segreteria Generale”*.

Conseguentemente - alla luce di quanto sopra considerato e, peraltro, come già precisato dallo Scrivente nel parere n. 46.11.2016 reso a codesto Dipartimento con nota 29 aprile 2016, n. 9468 - l'ente regionale denominato *“Ente Autonomo Orchestra Sinfonica Siciliana”* è stato trasformato *“dal marzo 2002”* in *“Fondazione Orchestra Sinfonica Siciliana”* in base alle specifiche disposizioni contenute nel richiamato articolo 35 della l.r. n. 2/2002 (*id est*: con personalità giuridica di diritto privato) ed in ottemperanza a quanto previsto dal D.Lgs. 29 giugno 1996, n. 367 (*“Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato”*).

Ciò chiarito, si richiama il comma 3 del predetto articolo 35 della l.r. n. 2/2002 a mente del quale *“Le fondazioni sono disciplinate secondo i principi, le procedure ed i tempi previsti dal decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, in quanto applicabili, nonché dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo”*.

Appare opportuno evidenziare che la norma testè riportata, alla stregua del criterio dell'interpretazione letterale, non ha espressamente previsto il mero recepimento, nell'ordinamento regionale, dell'intero D.Lgs. 29 giugno 1996, n. 367, ma solo dei principi nello stesso contenuti e, in ogni caso, in quanto tali principi siano comunque applicabili e, dunque, siano compatibili con l'ordinamento regionale stesso (cfr., in tal senso, pareri ULL n. 242.02.11 e n. 156.11.2007).

In altri termini, la norma in esame non impone il rispetto integrale delle singole previsioni contenute nel D.Lgs. n. 367/1996, ma soltanto delle disposizioni di principio dallo stesso emergenti.

Pertanto - considerato che oggetto di richiamo non è il contenuto delle singole norme statali che risulterebbero introdotte nell'ordinamento regionale, ma dei principi dalle stesse desumibili - non sembra che vengano in rilievo argomentazioni circa la natura recettizia o dinamica del rinvio, ciò atteso che il rinvio stesso è formulato, in via

generale, nei confronti della fonte statale nel suo complesso, la quale ha delineato l'assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni operanti nel settore musicale. L'analisi della natura giuridica della FOSS non può prescindere da un richiamo all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza 21 aprile 2011, n. 153, con la quale il Giudice delle leggi ha chiarito la natura giuridica degli enti lirici trasformati in fondazioni.

La Corte prende le mosse dalla considerazione che il D.Lgs. n. 367/1996 ha previsto la trasformazione degli enti di prioritario interesse nazionale che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato al fine dichiarato di eliminare rigidità organizzative connesse alla natura pubblica di tali soggetti e di attrarre, conseguentemente, finanziamenti privati in aggiunta al finanziamento statale; tuttavia, la medesima Corte evidenzia che il nuovo assetto degli enti lirici non ha determinato il venir meno della "qualificazione in senso pubblicistico" degli stessi.

Invero, la giurisprudenza prevalente, sia ordinaria che amministrativa (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 2637 del 2006; T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza n. 230 del 2009; T.A.R. Sardegna, sez. II, sentenza n. 1051 del 2008), "*ritiene, ..., concordemente che, nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di «fondazioni di diritto privato», tali soggetti conservino, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica*".

Osserva altresì la Corte costituzionale che "gli indici della connotazione pubblica degli enti lirici sono, peraltro, molteplici e ravvisabili nella preminente rilevanza dello Stato nei finanziamenti, nel conseguente assoggettamento al controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 367 del 1996, nel patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, confermato dall'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 345 del 2000, nell'inclusione nel novero degli organismi di diritto pubblico soggetti al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). In particolare, il tenore della citata disciplina sugli appalti pubblici, di derivazione comunitaria, appare molto eloquente, perché riconosce a livello legislativo la compatibilità della nozione di organismo di diritto pubblico con la forma giuridica

privata dell'ente («anche in forma societaria»), purché l'ente stesso risulti, come nella specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006)”.

Conseguentemente, “la natura pubblica di tali enti” risulta “non controversa” (Corte Cost., sentenza n. 153/2011 cit.).

Secondo il riportato orientamento giurisprudenziale, gli enti lirico-sinfonici, ancorché trasformati in enti privati, hanno conservato sul piano sostanziale la loro natura pubblicistica, avendo la privatizzazione operato sul piano formale ed esteriore; tali enti infatti, seppur privatizzati, mantengono i caratteri che avevano prima della trasformazione, perseguono scopi di interesse pubblico e realizzano finalità dello Stato.

La riforma di cui al D.Lgs. n. 367/1996, seppure abbia modificato i preesistenti moduli operativi, sostituendo agli enti pubblici in senso stretto fondazioni di diritto privato, tuttavia non ha operato una radicale trasformazione degli interessi in rilievo, che erano e sono rimasti di natura pubblica. Tale scelta, del resto, è 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 dato vita ad una nuova ed aperta nozione di “ente pubblico”, capace di comprendere anche figure soggettive formalmente privatistiche.

Con riferimento alla qualificazione giuridica della FOSS acquista particolare rilievo la citata sentenza del TAR Sardegna n. 1051/2008, nella quale, con riferimento al D.Lgs. n. 367/1996, il giudice amministrativo afferma: “*Il disegno del legislatore è stato quello di operare una peculiare privatizzazione del settore, avente, peraltro, portata organizzativa piuttosto che sostanziale: l'intervento ha riguardato essenzialmente la veste formale degli enti in precedenza deputati alla cura degli interessi propri della musica, trasformati in fondazioni, ma non è giunto sino al punto di sottrarre loro tutte le preesistenti funzioni di carattere pubblicistico. Di ciò si trae conferma in molteplici disposizioni del citato decreto legislativo, ma soprattutto nell'art. 17 dello stesso, a mente del quale <<I diritti e le prerogative riconosciuti*

dalla legge agli enti originari sono conservati quando le fondazioni: a) abbiano assunto l'impegno di inserire nei programmi annuali di attività artistica opere di compositori nazionali; b) abbiano assunto l'impegno di prevedere incentivi per promuovere l'accesso ai teatri da parte di studenti e lavoratori; c) abbiano assunto l'impegno di coordinare la propria attività con quella di altri enti operanti nel settore delle esecuzioni musicali; d) abbiano previsto forme di incentivazione della produzione musicale nazionale, nel rispetto dei principi comunitari. ...>>”.

Ed invero, nella fattispecie in esame, risulta dallo Statuto della Fondazione Orchestra Sinfonica Siciliana, approvato con D.A. 3 dicembre 2014, n. 2165, che la medesima Fondazione ha assunto gli impegni richiesti dalla nuova disposizione normativa, subentrando, in tal modo, nelle funzioni e nelle prerogative del preesistente ente pubblico. Così come, del resto, gli specifici interessi affidati alle sue cure sembrano avere rilevanza di carattere pubblicistico, ove si consideri che la Fondazione “*ha lo scopo di promuovere lo sviluppo e la diffusione della musica e della cultura musicale mediante la realizzazione e l'organizzazione di spettacoli musicali sia in Italia che all'estero al fine dell'arricchimento dell'offerta turistica siciliana e dell'incremento dei flussi di turismo culturale, nonché mediante l'organizzazione e la gestione di iniziative di formazione*” (articolo 3 Statuto FOSS).

Pertanto, alla stregua di quanto considerato, pur essendo formalmente una fondazione con personalità giuridica di diritto privato, sembra potersi affermare che la FOSS mantenga una connotazione ed una qualificazione di natura pubblicistica.

3. In questo articolato quadro di riferimento deve essere collocata la questione dell'applicabilità alla FOSS delle discipline di settore richiamate da codesto Dipartimento, come di seguito analizzate:

a) Per ciò che concerne il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (“*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”), la Corte di Cassazione, sez. lavoro, con sentenza 12 marzo 2014, n. 5748 ha chiarito che, per effetto della trasformazione in fondazioni, “*diviene così un dato acquisito*

che gli enti lirici e le istituzioni concertistiche assimilate non fanno più parte del complesso delle <pubbliche amministrazioni> , come definito dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 1, comma 2, con conseguente inapplicabilità delle norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche raccolte dall'indicato decreto".

La *ratio* di tale conclusione, secondo la Suprema Corte, è da rinvenirsi nella circostanza che per effetto della trasformazione degli enti lirico-sinfonici in fondazioni "si è in presenza non solo di una privatizzazione del rapporto di lavoro, bensì di una vera e propria privatizzazione del soggetto datore di lavoro. ... Il rapporto di lavoro viene così per espressa disposizione di legge disciplinato dal D.Lgs. n. 367 del 1996, art. 22 e dal codice civile".

Nello stesso senso risulta orientato anche il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, il quale nella sentenza n. 51/2015 afferma: "al rapporto di lavoro degli artisti alle dipendenze degli Enti lirici non trovano applicazione norme e principi comuni del rapporto di pubblico impiego".

Posto, dunque, che il citato D.Lgs. n. 165/2001 non trova applicazione, in via generale, nei confronti della FOSS e che, ai sensi dell'articolo 22, comma 1¹, del D.Lgs. n. 367/1996, i rapporti di lavoro dei dipendenti delle fondazioni sono disciplinati "dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa", tuttavia non può non richiamarsi, in questa sede, anche il comma 2 del medesimo articolo 22, il quale così dispone: "Le fondazioni di cui all'articolo 1 e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310 procedono al reclutamento del personale con contratti di lavoro a tempo indeterminato, previo esperimento di apposite procedure selettive pubbliche. Con propri provvedimenti, le fondazioni stabiliscono criteri e modalità per il reclutamento del personale di cui al primo periodo nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il citato articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001. I provvedimenti di cui al secondo periodo sono pubblicati

¹ Comma così sostituito dall'art. 1, comma 2, D.L. 28 giugno 2019, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla L. 8 agosto 2019, n. 81.

sul sito istituzionale della fondazione. In caso di mancata o incompleta pubblicazione si applicano gli articoli 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, e successive modificazioni”.

La riportata norma statale sancisce che, pur in regime di diritto privato dei rapporti di lavoro, il reclutamento del personale deve comunque avvenire con procedure selettive pubbliche, nel rispetto dei principi di cui all’articolo 35, comma 3², dello stesso D.Lgs. n. 165/2001.

Per completezza, appare opportuno richiamare il già citato parere n. 46.11.2016, nella parte in cui pone l’attenzione sull’articolo 29 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, il quale - dopo aver previsto, al comma 3, che al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al D.Lgs. 29 giugno 1996, n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all’articolo 19, commi da 1 a 3, e 21 del medesimo D.Lgs. n. 81/2015 - al successivo comma 4 così dispone: “Resta fermo quanto disposto dall’articolo 36³ del decreto legislativo n. 165/2001”.

² L’articolo 35 del D.Lgs. n. 165/2001 (“Reclutamento del personale”) al comma 3 prevede: “Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

- a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;
 - b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
 - c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;
 - d) decentramento delle procedure di reclutamento;
 - e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali;
- [e-bis) ...]

e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento di alta specializzazione, il possesso del titolo di dottore di ricerca. In tali casi, le procedure individuano tra le aree dei settori scientifico-disciplinari individuate ai sensi dell'articolo 17, comma 99, della legge 15 maggio 1997, n. 127, afferenti al titolo di dottore di ricerca, quelle pertinenti alla tipologia del profilo o livello di inquadramento”.

³ L’articolo 36 del D.Lgs. n. 165/2001 “Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile”, prevede:

1. Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35.

2. Le amministrazioni pubbliche possono stipulare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, nonché avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, esclusivamente nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche. Le amministrazioni pubbliche possono stipulare i contratti di cui al primo periodo del presente comma soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35. I contratti di lavoro subordinato a tempo determinato possono essere stipulati nel rispetto degli articoli 19 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, escluso il diritto di precedenza che si applica al solo personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto. I contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato sono disciplinati dagli articoli 30 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, fatta salva la disciplina ulteriore eventualmente prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali. Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato. È consentita l'applicazione dell'articolo 3, comma 61, terzo periodo, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, ferma restando la salvaguardia della posizione occupata nella graduatoria dai vincitori e dagli idonei per le assunzioni a tempo indeterminato.

2-bis. I rinvii operati dal decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ai contratti collettivi devono intendersi riferiti, per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche, ai contratti collettivi nazionali stipulati dall'ARAN.

3. Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro

Al riguardo lo Scrivente, in quella sede, ha osservato che il disposto di cui al predetto comma 4 conferma che “*il legislatore statale – cui si è uniformato, sin dalla l.r. n. 2/2002, con il rinvio al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 il legislatore regionale – ritiene che il rapporto di lavoro a termine, stipulato per far fronte alle particolari attività della Fondazione lirica, presenti connotati peculiari*”; pertanto, pur nella affermata inapplicabilità, in via generale, della disciplina di cui al più volte richiamato decreto legislativo n. 165/2001, non può escludersi l’applicazione di singole disposizioni dello stesso decreto in relazione alla specifica natura della Fondazione.

b) Relativamente al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (“*Codice dei Contratti pubblici*”), si osserva che, pur non essendo le fondazioni liriche espressamente annoverate nell’elenco, peraltro non tassativo, di cui all’Allegato IV (Elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari) del medesimo Codice, tuttavia la giurisprudenza amministrativa è concorde nell’affermare che le fondazioni lirico-sinfoniche sono organismi di diritto pubblico qualora sussistano i requisiti prescritti dall’articolo 3 del D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente applicabilità del Codice dei contratti (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5617; C.d.S., sez. V, 12 febbraio 2018, n. 858).

per la semplificazione e la pubblica amministrazione, le amministrazioni redigono, dandone informazione alle organizzazioni sindacali tramite invio all'Osservatorio paritetico presso l'Aran, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate, con l'indicazione dei dati identificativi dei titolari del rapporto nel rispetto della normativa vigente in tema di protezione dei dati personali, da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione e agli organismi indipendenti di valutazione di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nonché alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento.

4. Le amministrazioni pubbliche comunicano, nell'ambito del rapporto di cui al precedente comma 3, anche le informazioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

[5-bis. ...]

[5-ter. ...]

5-quater. I contratti di lavoro posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

5-quinquies. Il presente articolo, fatto salvo il comma 5, non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica. Per gli enti di ricerca pubblici di cui agli articoli 1, comma 1, e 19, comma 4, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 218, rimane fermo quanto stabilito dal medesimo decreto”.

Ed invero, a mente dell'articolo 3, comma 1, lett. d) del Codice, per organismo di diritto pubblico si intende “*qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:*

1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) dotato di personalità giuridica;

3) la cui 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 d'amministrazione, di direzione 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”.

In effetti la FOSS sembra possedere i tre requisiti, di matrice unionale, enunciati dalla sopra riportata norma statale, ed ovvero: il requisito teleologico, in quanto soggetto senza scopo di lucro che, come già rilevato, persegue rilevanti interessi pubblici, di natura generale connessi alla diffusione dell'arte musicale ed alla promozione della cultura (artt. 3 e 4 statuto); il requisito personalistico, essendo dotata di personalità giuridica di diritto privato; il requisito dell'influenza dominante del soggetto pubblico trattandosi di ente finanziato dalla Regione, la quale esercita altresì poteri di controllo e vigilanza (artt. 25, 26 e 27 statuto FOSS) nonché di nomina e di designazione dei componenti degli organi (a mente degli articoli 11 e 12 dello statuto FOSS, il Presidente dell'Ente è designato dall'Assessore regionale per il turismo, lo sport e lo spettacolo, il Consiglio di Amministrazione è nominato con decreto del Presidente della Regione ed è composto da cinque membri, compreso il Presidente, di cui uno designato dal Presidente della Regione Siciliana e un membro designato dal Sindaco del Comune di Palermo).

In questo quadro non appare rilevare l'argomento formulato da codesta Amministrazione secondo cui, a norma dell'articolo 15, comma 4, del D.Lgs. n. 367/1996 alle fondazioni da esso disciplinate non si applica la legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, in materia di lavori pubblici: ciò atteso che le disposizioni dettate per gli appalti dei lavori pubblici non sono automaticamente

estensibili agli appalti dei servizi, trattandosi di settori diversamente regolati nell'ordinamento comunitario (cfr., in tal senso, Cass. civ., Sez. Unite, Ord., n. 2637/2006, cit.).

Si è dell'avviso dunque che la FOSS, qualificandosi quale organismo di diritto pubblico, risulti tenuta all'osservanza delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

c) Circa la legge 6 novembre 2012, n. 190 (*“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*) e gli obblighi di pubblicità e trasparenza di cui al D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (*“Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”*), si fa presente che l'articolo 2-bis, comma 3, del predetto D.Lgs. n. 33/2013, come introdotto dall'articolo 3, comma 2, del D.Lgs. 25 maggio 2016, n. 97 dispone: *“La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica, in quanto compatibile, limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, ..., alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici”*.

Al riguardo si segnala che con deliberazione 8 novembre 2017, n. 1134 l'ANAC ha approvato le *“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”* (cui si rinvia integralmente trattandosi di materia non ascritta alla competenza di quest'Ufficio), laddove sono analiticamente e puntualmente indicati gli adempimenti e gli obblighi per ciò che concerne la trasparenza e le misure di prevenzione della corruzione.

In questa sede si precisa che, secondo quanto previsto dalle predette linee guida, i soggetti di cui al riportato articolo 2-bis, comma 3, del D.Lgs. n. 33/2013, tra i quali

sembra possa annoverarsi la FOSS, “sono esclusi dall’ambito di applicazione delle misure di prevenzione della corruzione diverse dalla trasparenza”; in ogni caso, i predetti soggetti “sono tenuti alla trasparenza per i dati ed i documenti relativi alle sole attività di pubblico interesse svolte”.

Si richiama altresì quanto previsto dall'articolo 22, comma 2, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 367/1996, sopra riportato, circa la diretta applicabilità delle disposizioni, ivi indicate, del D.Lgs. n. 33/2013.

d) Con riferimento al D.Lgs. 23 giugno 2011, n. 118 (“Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 5 maggio 2009, n. 42”), si osserva quanto segue.

Il predetto D.Lgs. n. 118/2011, nell’introdurre le regole relative all'armonizzazione contabile, all’art. 11-bis, comma 1, dispone che gli enti di cui all'art. 1, comma 1 (e cioè, per quanto qui rileva, le Regioni) “redigono il bilancio consolidato con i propri enti ed organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate, secondo le modalità ed i criteri individuati nel principio applicato del bilancio consolidato di cui all'allegato n. 4/4”.

Il successivo comma 3 del medesimo art. 11-bis precisa che “ai fini dell’inclusione nel bilancio consolidato, si considera qualsiasi ente strumentale, azienda, società controllata e partecipata, indipendentemente dalla sua forma giuridica pubblica o privata ...”.

L’articolo 11-ter definisce gli enti strumentali di una regione o di un ente locale distinguendo l’ente strumentale “controllato” dall’ente strumentale “partecipato”: il primo è “l’azienda o l’ente, pubblico o privato, nei cui confronti la regione o l’ente locale ha una delle seguenti condizioni:

- a) il possesso, diretto o indiretto, della maggioranza dei voti esercitabili nell’ente o nell’azienda;
- b) il potere assegnato da legge, statuto o convenzione di nominare o rimuovere la maggioranza dei componenti degli organi decisionali, competenti a definire le scelte

strategiche e le politiche di settore, nonché a decidere in ordine all'indirizzo, alla pianificazione ed alla programmazione dell'attività di un ente o di un'azienda;

c) la maggioranza, diretta o indiretta, dei diritti di voto nelle sedute degli organi decisionali, competenti a definire le scelte strategiche e le politiche di settore, nonché a decidere in ordine all'indirizzo, alla pianificazione ed alla programmazione dell'attività dell'ente o dell'azienda;

d) l'obbligo di ripianare i disavanzi, nei casi consentiti dalla legge, per percentuali superiori alla propria quota di partecipazione;

e) un'influenza dominante in virtù di contratti o clausole statutarie, nei casi in cui la legge consente tali contratti o clausole. I contratti di servizio pubblico e di concessione, stipulati con enti o aziende che svolgono prevalentemente l'attività oggetto di tali contratti, comportano l'esercizio di influenza dominante”.

L'ente strumentale partecipato da una regione è invece *“l'azienda o l'ente, pubblico o privato, nel quale la regione o l'ente locale ha una partecipazione, in assenza delle condizioni di cui al comma 1”*.

Dall'esame delle previsioni statutarie, pur in assenza delle condizioni previste dall'art. 11-ter, comma 1, del D. Lgs. n. 118/2011 per qualificare la FOSS come ente strumentale controllato, non sembra in dubbio la Regione Siciliana, abbia una *“partecipazione”* nella medesima Fondazione in relazione alla facoltà di designazione dei componenti dei relativi organi (Presidente, un membro del Consiglio di Amministrazione, Collegio dei Revisori), nonché alle attribuzioni in materia di controlli e verifiche (artt. 24, 25, 26 e 27 statuto).

Né a tale conclusione ostano - come già affermato dallo Scrivente in fattispecie analoga nel parere 19 giugno 2019, n. 19.11.2019 - la qualificazione della FOSS quale soggetto di diritto privato, ciò in quanto lo stesso articolo 11-ter, comma 2, definisce ente strumentale partecipato l'azienda o l'ente *“pubblico o privato”* nel quale la Regione abbia una partecipazione.

Peraltro, l'Allegato 4/4 al D.Lgs. n. 118/2011, dopo aver definito il bilancio consolidato come il *“documento contabile a carattere consuntivo che rappresenta il risultato economico, patrimoniale e finanziario del <gruppo amministrazione pubblica>”* precisa che *“Il termine <gruppo amministrazione pubblica> comprende*

gli enti e gli organismi strumentali, le società controllate e partecipate da un'amministrazione pubblica come definito dal presente decreto” ed altresì che “ai fini dell’inclusione nel gruppo dell’amministrazione pubblica non rileva la forma giuridica né la differente natura dell’attività svolta dall’ente strumentale o dalla società”.

Non appare superfluo, da ultimo, evidenziare che l’Amministrazione regionale si è già determinata nel senso di includere la Fondazione Orchestra Sinfonica Siciliana tra i soggetti che compongono il “*gruppo amministrazione pubblica Regione Siciliana*”, giusta delibere della Giunta di Governo n. 21/2018, n. 397/2019 e 169/2021.

Nei superiori termini è l'avviso dello scrivente Ufficio.

A' termini dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P.Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente non diffonderà il presente parere nella banca dati di questo Ufficio.

F.to Avv. Maddalena Barreca

IL DIRIGENTE

Avv. Daniela M. Cellauro

Cellauro Daniela
Maria

Firmato digitalmente da
Cellauro Daniela Maria
Data: 2021.08.27 14:02:38
+02'00'

L'AVVOCATO GENERALE

Bologna



Firmato
digitalmente da
GIOVANNI
BOLOGNA
Data: 2021.08.30
12:34:52 +02'00'