



4 NOVEMBRE 2020

Fondazioni di partecipazione e
pubblica amministrazione. Rischi e
opportunità di un modello
organizzativo “atipico”

di Alessandro Paire
Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Torino



Fondazioni di partecipazione e pubblica amministrazione. Rischi e opportunità di un modello organizzativo “atipico”*

di Alessandro Paire

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: lo scritto propone alcune riflessioni in chiave critica intorno al modello della “fondazione di partecipazione” cercando di evidenziarne i tratti distintivi e i punti di contatto principali con le società a partecipazione pubblica. Prendendo le mosse dalle molteplici ragioni della fortuna riscossa negli ultimi anni da questo particolare strumento organizzativo, lo studio si focalizza sia sul tema della compatibilità dell’istituto con gli affidamenti *in house*, che su quello del regime della responsabilità amministrativa-contabile, alla luce dei più recenti rilievi giurisprudenziali. Ne emerge un modello di organizzazione “atipico” di amministrazione pubblica, certamente più agile e versatile rispetto ai paradigmi tradizionali, seppur fortemente caratterizzato dall’incertezza di quegli istituti che scontano una disciplina legale ancora di là da venire.

Abstract [En]: The article provides some critical reflections on the model of the “Participatory Foundation”, aimed at highlighting its hallmarks and its contact points with public-partnership companies. Starting from the analysis of the reasons that stand behind the popularity of this organizational model, the work is focused on its compatibility with the *in-house* awards and on the administrative responsibility and accountability, in the lights of the recent jurisprudence. What emerges is an “atypical” public administration’s organizational model, surely more agile and flexible than traditional ones, although it is strongly characterized by the uncertainty of those institutes regulated by an ever-evolving discipline.

Sommario: 1. Le fondazioni di partecipazione nel quadro del partenariato pubblico privato istituzionale. Le ragioni di un successo. 2. Fra autonomia e controllo: le caratteristiche della fondazione di partecipazione. 3. Fondazioni di partecipazione e *in house providing*: la compatibilità teorica e le incertezze nella giurisprudenza. 4. *Segue*. La cartina di tornasole: fondazioni di partecipazione e giurisdizione contabile. 5. Considerazioni conclusive: rischi e opportunità di un modello organizzativo “atipico”.

1. Le fondazioni di partecipazione nel quadro del partenariato pubblico privato istituzionale.

Le ragioni di un successo

Chi si occupi, anche solo in modo occasionale, di partenariato pubblico-privato incontra inevitabilmente la locuzione “fondazioni di partecipazione”. Essa designerebbe uno specifico tipo di fondazione¹ – istituto come noto disciplinato dagli artt. 14 ss. del Codice civile – caratterizzato dal particolare ruolo svolto dai soggetti fondatori, i quali mantengono penetranti poteri di indirizzo e controllo sull’attività dell’ente per la sua intera vita: da ciò l’accento sulla “partecipazione”, tratto distintivo essenziale dal modello organizzativo tradizionale, in cui la destinazione di un patrimonio ad

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Significativamente il Codice civile disciplina la revoca dell’atto di fondazione precisando che essa è possibile solo fino al suo riconoscimento e che la relativa facoltà non si trasmette agli eredi (art. 15 c.c.).

uno specifico scopo si accompagna alla perdita definitiva di ogni diritto e forma di controllo su di esso da parte dei fondatori medesimi. Secondo una diversa ricostruzione, esse costituirebbero invece enti di natura ibrida, collocati per le loro caratteristiche a metà tra il modello dell'associazione e quello della fondazione².

Convenzionalmente il sintagma indica una struttura organizzativa connotata da tratti morfologici ricorrenti, ed in quanto tali ritenuti identificanti, ma priva di un referente normativo dedicato e puntuale. Si deve infatti alla dottrina giuspubblicistica³ l'enucleazione, nella congerie delle fondazioni tradizionali, dell'archetipo fondazionale di *partecipazione*, i cui principi connotativi, ancorché non precisamente definiti dal legislatore, sarebbero sinteticamente riassumibili nel perseguimento di uno scopo non lucrativo; nel vincolo di destinazione del patrimonio al perseguimento dello scopo; nell'articolazione dell'organizzazione per garantire la partecipazione dei conferenti in funzione attuativa e di controllo del rispetto del vincolo di destinazione del patrimonio; nella tendenziale apertura della struttura organizzativa al reclutamento di coloro che effettuano, anche in tempi successivi, apporti patrimoniali funzionali al perseguimento dello scopo; nella tendenziale ricorrenza a modelli organizzativi nei quali la misurazione del valore proporzionale del voto del singolo è condizionata o dall'entità dell'apporto o dalla natura, propria del votante, di soggetto esponenziale degli interessi della collettività (Comune, Provincia, Regione, o enti pubblici in generale).

Questa tipologia di istituzione si presenta particolarmente idonea a realizzare, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost., forme di partenariato pubblico-privato istituzionale (PPI) nell'ambito di attività principalmente sociali e culturali, strutturalmente estranee alle finalità commerciali in senso stretto proprie delle società, ancorché necessitanti finanziamenti, o comunque suscettibili di essere agevolate dall'apporto, sia creativo che finanziario, di privati.

La fondazione di partecipazione, benché strutturalmente atipica, presenta di norma alcune caratteristiche proprie della fondazione in senso tradizionale (in particolare la dotazione di un elemento

² La loro qualificazione come "soggetto atipico", molto diffusa in giurisprudenza, pone alcuni problemi, sia sul piano dell'astratta ammissibilità di soggetti reali atipici creati dall'autonomia privata (si v. M. MALTONI, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, n. 2/2007, in *FondazioneNotariato.it*, che richiama in proposito A. FUSARO, Voce *Fondazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. VIII, Torino, 1992, 364; G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 18 ss.), che sul piano della capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni (sulla quale, *ex multis*, A. BLASINI, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2018, 2, 399; E. PICOZZA, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. STANZIONE – A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, 130 ss.). Di fondazioni di partecipazione quale esempio di "ibridazione" tra associazioni e fondazioni parla F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Dir. Amm.*, 2014, 1-2, 64. Per questi motivi si utilizzerà, nel presente scritto, l'espressione di "modello organizzativo atipico", non risultando necessario, per le limitate finalità dell'analisi, prendere posizione sul punto. In generale, circa le recenti evoluzioni del sistema di organizzazione amministrativa, per tutti, P.M. VIPIANA, *L'organizzazione amministrativa e i suoi mezzi*, Padova, 2019; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2015, *passim*.

³ Cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995; E. BELLEZZA – F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, 2006.

patrimoniale iniziale), combinate con alcune caratteristiche delle associazioni (in particolare la dinamicità dell'elemento personale, in quanto aperta all'adesione di nuovi soggetti pubblici o privati, di tempo in tempo interessati a parteciparvi per contribuire allo sviluppo del fine attribuito statutariamente), configurazione che trova conferma anche nel recente Codice del Terzo Settore (d.lgs. 117/2017).

Il punto focale sembra rappresentato dalle modalità di articolazione della struttura dell'ente, che deve essere tale da garantire la possibilità di partecipazione dei conferenti ai processi attuativi dello scopo al cui conseguimento gli apporti da ciascuno effettuati sono destinati, ciò che di solito si realizza mediante l'attribuzione statutaria delle funzioni di governo ad un organismo che opera con metodo assembleare, mentre agli amministratori sono assegnate per lo più mansioni esecutive.

L'interesse per tale modello e le ragioni della sua diffusione – oltre che la genesi del nome stesso – traggono origine proprio dall'adozione usuale di un siffatto schema organizzativo, che fa leva sulla “immanenza” del fondatore o dei fondatori, quale costante ricorrente nella metamorfosi dell'istituto, che disattende con sempre maggior frequenza la regola dogmatica, ma non normativa, del distacco del fondatore dall'ente, a favore di una progressiva stabilizzazione delle sue facoltà di interferenza sui procedimenti attuativi dello scopo ⁴

Ciò spiega agevolmente anche l'apprezzamento che la fondazione di partecipazione ha ricevuto dagli enti pubblici, tenuti più di ogni altro a garantire l'esito positivo del denaro pubblico investito, divenendo talora veri e propri moduli organizzativi della PA per l'esercizio di funzioni proprie. In questi casi usualmente la fondazione rimane soggetta a penetranti poteri di indirizzo e controllo pubblicistico: non potendo l'ente pubblico abdicare a favore dei privati la propria funzione e i propri compiti, si impone necessariamente che il primo mantenga una posizione di controllo sulla gestione delle fondazioni di partecipazione con cui sono state esternalizzate attività di interesse pubblico, mantenendo il controllo sulla maggioranza del Consiglio di Amministrazione o comunque del principale organo decisionale e dunque un controllo dominante sulla gestione.

Le incertezze che tali organismi scontano sulla natura e sull'identità non ne hanno ostacolato la diffusione e il successo: la fondazione di partecipazione rappresenta attualmente un istituto ampiamente utilizzato dagli enti territoriali per la promozione di attività di tipo culturale e artistico, ma anche socio-assistenziale, che normalmente annovera tra i fondatori una pluralità di enti pubblici e di soggetti privati. La presenza fra i “partecipanti” di più soggetti pubblici e il ruolo dei privati sono al centro, come si vedrà, delle principali questioni dibattute in giurisprudenza e dottrina.

⁴ Cfr. A. ZOPPINI, *ult. op. cit., passim*.

Un'altra caratteristica che frequentemente si riscontra nelle fondazioni di partecipazione è il loro carattere “aperto” all'ingresso di nuovi soggetti, ulteriori rispetto agli originari, attraverso conferimenti patrimoniali che si affiancano a quelli degli enti pubblici fondatori, anch'essi non limitati all'originario fondo di dotazione, ma ripetuti nel corso della vita dell'ente.

Premesso un tale quadro d'insieme, è senz'altro opportuno chiedersi, più approfonditamente, quali siano le ragioni del successo di questo modello atipico di esternalizzazione di funzioni amministrative e di partenariato.

L'assenza di una disciplina legislativa specifica ⁵, l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia privata dalle scarse disposizioni codicistiche sulle fondazioni – che consentono di disegnare l'organizzazione dell'ente nel modo più confacente alle peculiari finalità perseguite dai fondatori – e la naturale vocazione delle fondazioni al perseguimento di finalità pubbliche ⁶ basterebbero probabilmente a spiegarne il successo, specialmente nei settori di attività in cui l'elemento commerciale non è prevalente. Non si possono trascurare, poi, i minori costi di *compliance* che soggetti quali le fondazioni comportano rispetto alle società di capitali, integralmente assoggettate allo statuto dell'imprenditore commerciale e a norme speciali di contabilità pubblica che tendono a sommarvisi rendendolo ancor più rigido e oneroso ⁷. È infine innegabile che i forti vincoli posti dal legislatore al partenariato pubblico-privato in forma societaria ⁸ ne abbiano promosso, negli ultimi anni, la diffusione: la crescente difficoltà degli enti

⁵ Va ricordato, peraltro, che alcuni interventi del legislatore, come il d.lgs. 9 giugno 1996, n. 367 (Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato), hanno previsto la creazione di fondazioni le cui caratteristiche corrispondono a quelle individuate da dottrina e giurisprudenza come proprie delle fondazioni di partecipazione: di conseguenza, per quanto la fondazione di partecipazione non esista come “tipo” nella normativa, è forse possibile parlare di modello socialmente tipico, riconosciuto implicitamente dal legislatore.

⁶ Come rilevato da F. MANGANARO, *op. cit.*, 62 ss., l'ordinamento italiano eredita da quello francese, per il tramite dello Stato Sardo-piemontese, un marcato sfavore per le fondazioni quali corpi intermedi, che si è tradotto, nelle disposizioni del Codice civile del '42, in una esplicita finalizzazione delle stesse alla cura di interessi generali (o almeno super-individuali, essendo ammesse le fondazioni familiari), garantita da forme di controllo pubblico. Ciò che costituisce un limite per i privati, dal punto di vista del fondatore pubblico rappresenta invece un'opportunità: tenuto a garantire la destinazione delle risorse investite alle finalità stabilite dalla legge, l'ente pubblico guarda favorevolmente alla possibilità di mantenere una posizione di controllo sulla gestione delle fondazioni cui intende esternalizzate attività di interesse pubblico.

⁷ Si pensi alle regole sulla redazione dei bilanci, all'obbligo di revisione contabile professionale, all'obbligo dell'ente pubblico partecipante di redigere bilanci consolidati con quelli delle società controllate (per gli enti locali e le regioni, d.lgs. n. 118/2011). Si v. in proposito F. FRACCHIA, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 3, 855; C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, 6, 958 e F.A. CANCELLA, *Le società a partecipazione pubblica*, Roma, 2019.

⁸ Ci si riferisce, in primo luogo, ai limiti posti attualmente dal T.U. sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016, in part. artt. 3, 4 e 5) e dalla legislazione che, nel corso degli anni, ha imposto il riordino delle partecipazioni societarie degli enti locali e la liquidazione di società non in possesso di determinati requisiti dimensionali o strutturalmente in perdita (sulle quali si v. F.A. CANCELLA, *op. cit.*, 7-48; L. GENINATTI SATE', *La nuova disciplina delle società a partecipazioni pubblica: temi e problemi*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, III, 2016; V. GRUNER, *Le così dette società pubbliche tra esercizio dell'impresa pubblica ed elusione dei principi costituzionali*, in F. MASTRAGOSTINO – G. PIPERATA – C. TUBERTINI (a cura di), *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una stagione di riforme*, Bologna, 2016, pp. 151 ss.; F. FIMMAN – A. CATRICALÀ (a cura di), *Le Società Pubbliche*, I, 2016, 281 ss. Più recentemente, B. MATTARELLA – E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2017;

territoriali di costituire o assumere partecipazioni in società non strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali stimola la ricerca di soluzioni alternative, come quella rappresentata dalle fondazioni di partecipazione.

Una dimostrazione palpabile del legame tra la diffusione delle fondazioni e gli interventi del legislatore che impongono la dismissione delle società pubbliche è testimoniata dal frequente ricorso degli enti territoriali alla funzione consultiva della Corte dei Conti in questa materia. Nell'ultimo decennio si registrano infatti decine di pareri delle Sezioni regionali della Corte relativi sia alla possibilità in sé di costituire fondazioni di partecipazione per il perseguimento delle finalità più diverse, sia all'applicabilità dei limiti legislativi alle partecipazioni societarie anche alla "partecipazione" in fondazioni⁹.

Proprio attorno alla nozione di partecipazione, come si vedrà, ruotano molte delle incertezze relative a questo peculiare modello organizzativo. Il concetto di partecipazione al capitale di rischio di un'impresa – ed in particolare al capitale di una società – si presenta intuitivamente inadatto a descrivere il rapporto tra fondatore e fondazione e la particolare autonomia patrimoniale della fondazione, posta a confronto con quella delle società (anche *in house*), fa sorgere problemi di non facile soluzione in materia di responsabilità amministrativo-contabile degli amministratori.

2. Fra autonomia e controllo: le caratteristiche della fondazione di partecipazione

Come si è accennato, la fondazione di partecipazione si caratterizza per la presenza immanente dei fondatori e degli altri soggetti conferenti, che mantengono il controllo sull'attività dell'ente, analogamente a quanto accade nelle associazioni e – per quanto più rileva, nel mondo del partenariato pubblico-privato – nelle società. La presenza di un organo assembleare (con diverse denominazioni) è in effetti il più significativo elemento di differenziazione fra questi enti e il tipo codicistico (tradizionale) della fondazione. Attraverso tale organo è soddisfatta l'esigenza dei fondatori di partecipare, nel corso del tempo, alla realizzazione concreta delle finalità statutarie. Di conseguenza, il ruolo degli amministratori della fondazione di partecipazione è connotato da scarsa autonomia e prevalentemente esecutivo.

La disciplina codicistica delle fondazioni consente una notevole libertà di scelta nella definizione delle competenze e dei ruoli degli organi statutari, apprezzabile soprattutto nel confronto con la disciplina

V. ITALIA – M. BASSANI – G. BOTTINO – G. RUGGERI (a cura di), *Le società partecipate "dopo la riforma Madia"*, Milano, 2017; F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017; M. LACCHINI – C.A. MAURO (a cura di), *La gestione delle società partecipate pubbliche alla luce del nuovo Testo Unico*, Torino, 2017; A. AMODIO, *Le società pubbliche: genesi di una riforma*, in *Federalismi.it.*, n. 6/2018.

⁹ La Banca dati della Giurisdizione e del Controllo della Corte dei Conti (in www.corteconti.it) contiene numerose pronunce su entrambe le questioni. Si v., *ex multis*, Corte Conti, Sez. controllo Friuli Venezia Giulia, delib. 22/2019/PAR e Corte Conti, Sez. controllo Lombardia, delib. 279/2014/PAR, sulle caratteristiche e i requisiti richiesti per la costituzione da parte di un comune di una fondazione di partecipazione.

delle associazioni riconosciute e delle società di capitali (in particolare, delle s.p.a. e delle società cooperative). I minori presidi di “democraticità” imposti dalla normativa all’organizzazione della fondazione consentono agli enti pubblici di mantenere forme di controllo più incisive sulle attività e sull’utilizzo delle risorse conferite.

A questa possibilità si accompagna, tuttavia, quale elemento caratterizzante il tipo codicistico della fondazione, l’assenza di diritti di qualunque genere sul patrimonio dell’ente da parte dei conferenti, che segna la principale differenza con il modello societario¹⁰. L’autonomia patrimoniale “rafforzata” non è priva di conseguenze, come si dirà, soprattutto sotto il profilo della responsabilità degli amministratori per danni arrecati, attraverso la gestione, al patrimonio della fondazione e agli enti pubblici “partecipanti”. La giurisprudenza più recente, infatti, è orientata ad escludere la sussistenza della giurisdizione contabile sugli amministratori, proprio in considerazione della difficoltà di riconoscere negli eventuali danni al patrimonio della fondazione un danno, sia pure indiretto, al patrimonio degli enti pubblici.

Il problema si presenta particolarmente complesso nel caso di fondazioni di partecipazione che si configurino quali soggetti *in house* di uno o più enti pubblici. Per un verso, infatti, questo tipo di relazione sarebbe fondata, secondo la consolidata giurisprudenza europea e nazionale, sull’alterità meramente formale dei due soggetti, che rende possibile il riconoscimento, da parte dell’ente pubblico, di un controllo analogo a quello sui propri servizi. Per altro verso, la fondazione *in house* è titolare di un patrimonio non solo separato ed autonomo, ma sul quale l’ente pubblico non può vantare alcun diritto neppure nell’ipotesi estrema di scioglimento della fondazione.

Queste due caratteristiche – particolare incisività del controllo da parte degli enti pubblici fondatori e assenza di diritti sul patrimonio – proprie di tutte le fondazioni di partecipazione, sono al centro del dibattito giurisprudenziale su siffatto modello organizzativo atipico. Le questioni che più frequentemente si pongono all’attenzione del giudice – ordinario, amministrativo e contabile – sono infatti: (a) la possibilità delle fondazioni di partecipazione di essere destinatarie di affidamenti diretti secondo il modello dell’*in house providing*; (b) la possibilità di configurare la responsabilità amministrativo-contabile dei loro amministratori e dipendenti, con conseguente giurisdizione della Corte dei Conti. Su questi temi, e sui punti di contatto fra loro, è opportuno quindi soffermarsi.

¹⁰ Sulla rilevanza di questo elemento, nella distinzione fra fondazione e società partecipata, si v. il parere reso dalla Sez. controllo per a Lombardia della Corte dei Conti, delib. n. 279/2014/PAR.

3. Fondazioni di partecipazione e *in house providing*: la compatibilità teorica e le incertezze nella giurisprudenza

Può una fondazione di partecipazione essere considerata un soggetto *in house*, legittimamente destinatario di affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici fondatori?

La risposta al quesito impone una riflessione non superficiale sulla disciplina giuridica dell'*in house providing* che, nel diritto positivo come nella giurisprudenza, si manifesta quasi esclusivamente con riferimento ai rapporti tra enti pubblici e società di capitali da questi partecipate ¹¹.

Il diritto euro-unitario, com'è noto, disciplina l'affidamento di appalti e concessioni da parte delle amministrazioni pubbliche degli Stati membri per finalità di tutela della concorrenza nel mercato interno ¹². L'obiettivo della copiosa regolamentazione, sostanziale e procedurale, di origine europea è essenzialmente quello di impedire che la scelta dei destinatari degli affidamenti (e delle relative risorse pubbliche) possa avvenire in violazione dei principi di parità di trattamento e non discriminazione fra operatori economici dell'Unione, favorendo le imprese nazionali o locali e così alterando il meccanismo della concorrenza. La creazione di un mercato europeo degli appalti pubblici, inoltre, è considerata essenziale nell'ambito del processo di integrazione economica fra gli Stati membri.

La scelta compiuta fin dai primi interventi del diritto comunitario in questa materia, e mai messa in discussione successivamente, è stata di rendere tale disciplina il più possibile neutrale nei confronti della libertà delle amministrazioni pubbliche di ricorrere all'autoproduzione dei beni e dei servizi desiderati.

Solo il ricorso al mercato giustifica l'applicazione delle regole europee di scelta dei contraenti e concessionari: le pubbliche amministrazioni sono pertanto libere di ricorrere alla propria organizzazione per produrre tutto quanto necessario al perseguimento delle proprie finalità (*in house providing*). Quando l'autoproduzione avvenga per il tramite di un soggetto giuridicamente distinto dall'amministrazione, in forma contrattuale, si pone quindi il problema di verificare se ciò rappresenti o meno un effettivo "ricorso al mercato".

I requisiti dell'affidamento *in house*, elaborati nei decenni dalla giurisprudenza europea e successivamente cristallizzati dal legislatore (direttiva 2014/24/UE; art. 5 del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016; art. 16 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica) sono oggi tre: che il destinatario sia oggetto, da parte dell'ente aggiudicatore, di un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi;

¹¹ Circa il modello dell'*in house*, tra gli altri, E. CODAZZI, *Le società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018.

¹² Si v., *ex multis*, P.M. VIPIANA, (cura di), *I contratti pubblici tra innovazioni normative e giurisprudenziali*, Atti dell'incontro di studio svoltosi presso l'Università di Genova l'11 maggio 2018, Genova, 2019; ID, *L'organizzazione amministrativa e i suoi mezzi*, cit., 353 ss.; M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; G.F. FERRARI – G. MORBIDELLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2013; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 47 ss. Recentemente, S. VINTI, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *Federalismi.it.*, n. 12/2020.

che l'attività del destinatario dell'affidamento sia prevalentemente (per oltre l'80%) rivolta all'ente aggiudicatore; che non vi sia alcuna partecipazione *significativa* di soggetti privati al destinatario dell'affidamento. La partecipazione di soggetti privati è infatti ammessa – ed è questa la principale novità rispetto alla precedente impostazione sancita dalla giurisprudenza *Stadt Halle*¹³ – ove essa si sostanzia in forme che non comportano controllo, né influenza dominante, né potere di veto sul soggetto *in house*.

Che tali requisiti possano essere soddisfatti, in astratto, anche del rapporto tra un ente pubblico e un soggetto di natura non societaria è opinione da tempo condivisa in dottrina¹⁴ e giurisprudenza¹⁵, oltre che avallata dalla lettera della legge: il Codice dei contratti pubblici fa riferimento, genericamente, a “persone giuridiche”, come la direttiva europea di cui costituisce il recepimento. Non può quindi stupire che diverse pronunce abbiano espressamente riconosciuto la natura di enti *in house* di fondazioni di partecipazione e che tale natura sia richiamata in diversi dei loro statuti e nelle leggi che le riguardano¹⁶.

¹³ Si v. CGUE, 11 gennaio 2005, n. 26, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 3-4, 1004, con nota di V. FERRARO.

¹⁴ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o in house providing*, in AA.VV., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011, 119 ss. Come già detto questa impostazione trova oggi consacrazione a livello di diritto positivo nazionale nella citata previsione dell'art. 5 del Codice dei contratti pubblici, dove, non è certo un caso, il legislatore nazionale, coerentemente a quello eurounitario, riferendosi al soggetto *in house* evoca il concetto “neutro” di *persona giuridica*, senza esigere forme particolari. Siffatta lettura trova conferma anche da parte dell'ANAC che, nel definire organismo *in house* “qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica, che più propriamente va ricondotta alla soggettività giuridica intesa come centro autonomo di interessi, e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico e che presenti i requisiti di cui all'articolo 5 del d.lgs. 50/2016 e degli articoli 4 e 16 del d.lgs. 175/2016”, chiaramente evidenzia che “al ricorrere delle precedenti condizioni gli organismi *in house*, a titolo meramente esemplificativo, potranno avere anche la forma di aziende speciali, di “enti strumentali”, così come di associazioni, consorzi e fondazioni comunque denominati tra enti pubblici a qualsiasi titolo costituiti, oltre alle forme societarie di cui al codice civile, in linea con l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, S.U., sentenza del 22 dicembre 2003, n. 19667 sulla “deformalizzazione” della pubblica amministrazione”. Cfr. Sezione “Adempimenti art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 – Iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*”, in <https://www.anticorruzione.it/portal>.

¹⁵ È opportuno ricordare che la sentenza *Teckal* fu pronunciata con riferimento ad un consorzio e non ad una società.

¹⁶ A titolo esemplificativo sulla configurabilità come ente *in house* della Regione della “Fondazione Campania dei festival”, si veda Cons. Stato, sez. I, parere n. 2477/2019 del 18.09.2019. Ma la casistica, anche giurisprudenziale, offre ulteriori esempi. Il Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, n. 595/2011 (confermato da Cons. Stato, sez. V, n. 66/2013) ha riconosciuto alla “Fondazione Field” lo status di organismo *in house* della Regione Calabria. Anche la “Fondazione Alma Mater” è ente strumentale a controllo pubblico che opera secondo il modello dell'*in house providing* nell'interesse dell'Università di Bologna, che esercita su di essa “un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, in conformità al diritto interno e comunitario, specificamente mediante direttive e indicazioni operative sull'attività della Fondazione, con le modalità di cui all'art. 13 del presente Statuto, individuando periodicamente gli obiettivi da perseguire con la Fondazione, anche attraverso l'eventuale definizione di indicatori qualitativi e quantitativi” (art. 2 dello Statuto). A livello legislativo (regionale) si consideri il caso della “Fondazione Sistema Toscana”: a seguito delle modifiche apportate con l.r. 13 novembre 2018, n. 61 (*Disposizioni in materia di attività e modalità di finanziamento della Fondazione Sistema Toscana. Modifiche alla l.r. 21/2010*, in BUR n. 52, parte prima, del 21 novembre 2018) è stato rafforzato il regime del controllo analogo esercitato dalla Regione, anche alla luce degli indirizzi statali adottati in tale ambito e dell'esigenza di assicurare un migliore funzionamento della Fondazione in relazione al rapporto con gli uffici regionali, per cui essa “opera secondo le modalità dell'*in house providing*” per il perseguimento delle seguenti finalità istituzionali della Regione: a) sviluppo della comunicazione digitale per la valorizzazione e la promozione dei beni e delle attività culturali, della ricerca e dell'innovazione, della società dell'informazione e della conoscenza; b)

Trattando di fondazioni “di partecipazione” è opportuno soffermarsi su due aspetti della relazione *in house*: il controllo analogo e la partecipazione di soggetti privati. Va ricordato, infatti, che questi enti si caratterizzano, oltre che per le particolari forme di controllo riconosciute agli enti pubblici fondatori, anche per la loro apertura ai privati ed, in particolare, al loro apporto di risorse finanziarie.

Il controllo analogo appare certamente il requisito meno problematico.

Ferma la necessità di un’analisi caso per caso (sempre indispensabile, in questa materia), è sufficiente ricordare che oggi è pacificamente riconosciuta la possibilità di “controllo analogo” su società cui partecipano soggetti privati¹⁷ (pur nel rispetto dei limiti già illustrati). Ciò, al cospetto delle norme di diritto comune che garantiscono i diritti dei soci di minoranza in modo ben più significativo di quanto avviene nella disciplina delle fondazioni. Sarebbe davvero singolare, quindi, escludere in astratto tale possibilità con riferimento a soggetti laddove tali garanzie non sussistono.

L’ipotesi del c.d. “controllo analogo congiunto” è probabilmente la più ricorrente nella prassi. Le fondazioni di partecipazione, infatti, oltre ad essere aperte all’apporto dei privati, sono spesso costituite *ab origine* da una pluralità di enti pubblici: ai fini dell’*in house providing* è quindi necessario che il requisito del controllo analogo sia riscontrabile nella forma di controllo congiunto da parte di più amministrazioni o enti aggiudicatori. In proposito, va rammentato che il controllo congiunto è l’ipotesi che più distacca la nozione di “controllo pubblico” su di una società da quella gius-commercialistica di controllo societario¹⁸. La diversa finalità delle due discipline emerge infatti in modo particolarmente evidente proprio in questa situazione.

Le regole sul *controllo societario*, nel diritto comune, hanno essenzialmente la funzione di tutelare la società controllata, il suo patrimonio, i suoi (altri) soci e i suoi creditori¹⁹, dalle imposizioni della controllante. Il controllo così inteso è, tradizionalmente, di tipo monocratico, in quanto nelle ipotesi di controllo esercitato mediante sindacati di voto e patti parasociali è meno significativo il rischio di abuso, essendo le decisioni il prodotto della volontà comune di più soggetti. Diversamente, la nozione di *controllo pubblico* è funzionale all’applicazione di regole, derogatorie rispetto al diritto comune, a tutela di interessi pubblici e in particolare del corretto utilizzo delle risorse della collettività. Nel caso del “controllo

*promozione dell’integrazione fra offerta culturale e offerta turistica; e) promozione e diffusione del cinema e dell’audiovisivo e delle iniziative educative e formative; d) attività di film commission; e) promozione e valorizzazione dell’identità toscana e sviluppo delle politiche giovanili e dei diritti?” (art. 1). Inoltre dalla consultazione dell’elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di propri organismi *in house* ai sensi dell’art. 192 del d.lgs. 50/2016, si trae indicazione di ulteriori enti fondazionali che operano secondo il modello *in house* (ad es. la Fondazione ACROTEC organismo *in house* di Fondazione CIMA, ente di ricerca senza scopo di lucro e di interesse generale del Paese).*

¹⁷ Art. 5 Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016. Artt. 2 e 16 T.U. società pubbliche, d.lgs. n. 175/2016.

¹⁸ Per un’approfondita analisi delle forme di controllo, oltre che di controllo pubblico congiunto, si v. Corte Conti, Sez. riu. in sede giurisdizionale, sent. 29 luglio 2019, n. 25.

¹⁹ M.E. COMBA – F. SUDIERO, *La società a “controllo pubblico” congiunto: luci e ombre dal (e sul) codice civile?*, in *Giur. It.*, 2020, 2, 391 ss.

analogo”, poi, è funzionale a consentire una deroga alla disciplina europea in materia di appalti e concessioni. Orbene: in questa diversa prospettiva, che il controllo (eventualmente “analogo”) sia esercitato da un solo ente ovvero da più enti congiuntamente non assume un particolare rilievo. Così come non appare significativo che il controllo sia conseguente agli assetti proprietari (maggioranza dei voti in assemblea, nel caso delle società), ovvero a vincoli contrattuali, previsioni statutarie o a disposizioni di legge. Il controllo analogo congiunto, quale forma di eterodirezione strategica di un ente da parte di più soggetti pubblici, può quindi realizzarsi anche in forme del tutto indipendenti dal valore dei conferimenti e dai conseguenti diritti, amministrativi e patrimoniali, dei partecipanti ²⁰.

Anche per queste ragioni deve ritenersi certamente configurabile un controllo analogo – monocratico o congiunto – su di un ente quale una fondazione che strutturalmente esclude l’esistenza di diritti patrimoniali dei “partecipanti” sul proprio patrimonio, anche nell’ipotesi in cui la fondazione sia dotata di un organo assembleare: quest’organo, infatti, non è essenziale né titolare di competenze esclusive in base alla legge.

Venendo all’ulteriore requisito dell’*in house*, ossia la partecipazione tendenzialmente totalitaria dell’ente controllante – o meglio, a seguito dei più recenti approdi normativi, all’assenza di partecipazioni private *significative* – è evidente la maggiore difficoltà di calare un simile concetto nella relazione fra ente pubblico fondatore e fondazione.

La nozione di “partecipazione” è infatti intimamente legata al modello societario e al mondo dell’impresa (come il concetto di partecipazione al capitale di rischio). Essa esprime la misura dei diritti amministrativi e patrimoniali del socio sulla società ed è funzionalmente collegata alla limitazione della responsabilità dei soci ed alla garanzia patrimoniale dei creditori ²¹. Parlare di soggetti partecipanti a una fondazione, sia pure “di partecipazione”, può apparire, pertanto, una forzatura ²².

In effetti, le posizioni contrarie al riconoscimento delle fondazioni quali possibili soggetti *in house* muovono solitamente da questa implicita attinenza dell’istituto all’attività d’impresa. Significativa, in

²⁰ Con il solo limite, negativo, rappresentato dalla partecipazione privata di entità tale da conferire al privato poteri di controllo, influenza dominante o diritto di veto sulle scelte della società. Si v. M. CIAN, *I requisiti qualificatori delle società in house*, in *Giur. comm.*, 2019, 2, 196: “affinché la società partecipata da capitali privati (ove permesso) o da organismi sottoposti a controllo pubblico semplice (sempre ammessi) possa qualificarsi come *in house*, è necessario che il controllo analogo sussista in capo ai soli soci pubblici (o soggetti a controllo pubblico analogo); l’influenza determinante esercitabile da questi ultimi deve cioè essere esclusiva”.

²¹ Per tutti, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, IV, II ed., 2010, Padova, 171 ss.

²² Va ricordato, tuttavia, che nel nostro ordinamento non sono del tutto sconosciute forme di partecipazione ad enti pubblici, con diritti patrimoniali, da parte di soggetti privati. Emblematico e, storicamente significativo, è il caso della Banca d’Italia: si v. P. NOVARO, *La partecipazione dei privati al capitale della Banca d’Italia*, in *Dir. Amm.*, 2015, 1, 209, che dimostra come la sussistenza di tali diritti non incide sulla natura pubblica dell’ente, ove oggetto di espresso riconoscimento da parte del legislatore.

questo senso, la posizione espressa dalle Sezioni Unite della Cassazione in una nota sentenza²³ ove si legge che “*la figura dell’affidamento in house trova la sua precipua collocazione nell’ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e che proprio in tali ambiti può trovare spazio l’analisi dell’ente al fine di rinvenire un agire sul mercato in termini concorrenziali con altri soggetti*”. Ne conseguirebbe, secondo la Suprema Corte, la necessità di verificare, preliminarmente rispetto ai requisiti propri dell’*in house*, il carattere imprenditoriale dell’ente: in assenza dello scopo di lucro, non potendosi ravvisare la qualifica di operatore commerciale, sarebbe impossibile qualificare il soggetto come *in house*. Invero, sul punto si tornerà per dimostrare come questa pronuncia, resa in materia di giurisdizione, sia influenzata dalle particolari scelte compiute dal legislatore nel disegnare i confini della giurisdizione contabile sugli amministratori delle società (e solo delle società) pubbliche²⁴.

²³ Cass., SS.UU., 2 febbraio 2018, n. 2584. Su tali presupposti la Corte ha affermato che alla Fondazione Festival Pucciniano non potesse attribuirsi la natura giuridica di società *in house*, in quanto titolare di un proprio patrimonio, autonomo e distinto da quello del Comune dal quale ha avuto origine, così escludendo la giurisdizione della Corte dei Conti per il pregiudizio economico arrecato dal Presidente della Fondazione.

²⁴ Il passaggio finale dell’arresto volto ad escludere la compatibilità tra assenza di scopo di lucro e figura dell’*in house* si pone in linea di discontinuità con il prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui non v’è ragione di escludere che “*anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possano soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come “imprenditori”, “fornitori” o “prestatori di servizi” ai sensi delle disposizioni vigenti in materia, attese la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest’ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico*” (Cons. Stato, sez. VI, n. 3897/09; Tar Lazio, Roma, sez. III, n. 539/2015). Nello stesso solco si pone la tralattizia giurisprudenza eurounitaria, secondo cui l’assenza di fine di lucro non esclude che un soggetto giuridico che esercita un’attività economica possa essere considerato impresa (Corte di giustizia 29/11/2007, causa C-119/06). Questa impostazione risulta recepita anche a livello normativo, laddove il d.lgs. 50/2016 all’art. 3, comma 1, lett. p), qualifica *operatore economico* “*una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*”, accogliendo l’interpretazione in senso ampio auspicata dalla direttiva 2014/24/UE, che esige di sussumere in tale nozione qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare (art. 2 e considerando n. 14). L’ulteriore argomento su cui fa leva la pronuncia delle SS.UU. per desumere l’incompatibilità ontologica tra fondazione e *in house* è relativo all’elemento patrimoniale, che male si concilierebbe con il requisito del “controllo analogo” (nello stesso senso anche Tar Lombardia, Brescia, sez. II, n. 831/2015). Questo argomento è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza contabile, secondo cui “*nel caso della fondazione, non sembrano però sussistere i caratteri dell’in house. A tacere, infatti, 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; non sembrano sussistere nemmeno i requisiti attinenti al controllo analogo, se si considera che dalla prospettiva del comune istante non è dato desumere alcun elemento che possa assimilare il regime del controllo sulla fondazione a quello proprio degli organi del comune. È evidente, al riguardo, che né il mero potere di nomina né la devoluzione del patrimonio surrogano i requisiti anzi descritti, e per contro rafforzano l’apparenza di dualità soggettiva tra comune e fondazione*” (Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere n. 25 del 10 gennaio 2013). In realtà, a giudizio di chi scrive, se tali argomentazioni risultano conferenti all’ipotesi del modello tradizionale di fondazione, diversamente possono essere riguardate rispetto all’archetipo della fondazione di partecipazione, che sintetizza l’elemento personale, tipico delle associazioni, e l’elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni. Anzi la predominante struttura personalistica assunta dalle fondazioni di partecipazione, caratterizzate da una qualificante “interferenza” dell’ente pubblico, supera la tradizionale centralità dell’elemento patrimoniale. L’interesse degli enti pubblici per questo modello si correla proprio dal superamento del modello tradizionale di fondazione, connotato dal distacco dell’ente dal fondatore, da una dotazione patrimoniale iniziale autosufficiente al perseguimento dello scopo e dalla posizione servente dell’organo amministrativo, corollari che si fanno discendere proprio dalla centralità dell’aspetto patrimoniale. Come detto, una

L'argomento merita però attenta considerazione, non fosse altro per l'autorevolezza della sua fonte: come negare che l'istituto dell'*in house*, da sempre finalizzato a definire i confini dell'applicazione di regole pro-concorrenziali, trovi naturale collocazione nell'ambito dell'attività d'impresa, della produzione e dello scambio di beni e servizi sul mercato? Le fondazioni di partecipazione, come si è visto, operano in settori nei quali l'attività commerciale, se non esclusa, è del tutto marginale.

Per superare il problema può pertanto essere utile approfondire le ragioni della (ormai solo tendenziale) esclusione dei privati dai soggetti *in house*.

Nell'attuale disciplina, a seguito della direttiva 2014/24/UE, la presenza di "partecipanti" privati è tollerata, come si è detto, nella misura in cui essa non consenta a questi ultimi di influire in modo significativo sulle decisioni della società.

Orbene, la partecipazione di soggetti privati si relaziona con i due tradizionali requisiti individuati dalla giurisprudenza *Tekal* – controllo analogo e attività prevalente – in almeno due modi: il partecipante privato potrebbe influire sulle scelte del soggetto *in house*, escludendo il controllo analogo; il privato, inoltre, potrebbe ottenere, attraverso l'affidamento diretto, un vantaggio capace di incidere negativamente sulla concorrenza.

Sotto il profilo del controllo analogo, come si è già visto, la partecipazione in sé appare ormai tendenzialmente irrilevante, anche in ambito societario, nel senso che rileva soltanto nella misura in cui i diritti amministrativi e patrimoniali che ne conseguono *ex lege* alla partecipazione al capitale impediscano di riconoscere nella società una *longa manus* dei soci pubblici. Nel caso delle fondazioni di partecipazione, ove non esiste alcun nesso ineludibile fra "partecipazione" e diritti amministrativi, è certamente possibile per gli statuti escludere che i soggetti privati abbiano forme di controllo significative ai fini dell'*in house*.

Resta da considerare la possibilità che il privato partecipante si avvantaggi dell'affidamento diretto in modo incompatibile con la tutela della concorrenza. In proposito, non si può che rilevare che questa eventualità, impossibile da escludere a priori, dipende evidentemente dal tipo di attività svolte dalla fondazione, dalla natura dei soggetti privati "partecipanti" e dalla loro attività, dalla rilevanza delle risorse impiegate e da altre caratteristiche specifiche di ciascun soggetto costituito in questa forma. L'obiezione secondo la quale i privati coinvolti della fondazione di partecipazione potrebbero ricevere

delle caratteristiche della metamorfosi dell'istituto è rappresentata proprio dalla stabilizzazione di meccanismi di controllo dominante sulla gestione da parte dell'ente pubblico, che si correlano e discendono dalla natura strumentale alla funzione pubblica dell'ente privato di partecipazione. Tale lettura riecheggia anche in alcune pronunce della stessa Corte dei Conti: "mentre nella fondazione prevista dal codice civile (artt. 14 e ss. c.c.), il patrimonio, successivamente al riconoscimento giuridico, diviene completamente autonomo rispetto alla figura del fondatore ed intangibile persino da quest'ultimo (art. 15 c.c.), nella fondazione di partecipazione prevale l'ottica gestionale, per cui il legame con i soci fondatori non viene mai reciso ed essi partecipano al Consiglio Generale, che ha il compito di deliberare gli atti essenziali alla vita dell'ente, ed al Consiglio di Amministrazione" (Corte dei Conti, sez. Lazio, parere n. 151 del 26 giugno 2013).

indebiti vantaggi dagli affidamenti diretti non attiene, pertanto, al modello in sé, ma al suo utilizzo in ciascun caso concreto. Sicché, che la fondazione di partecipazione, tanto più ove connotata una marcata caratterizzazione pubblicistica correlata alla natura (i) degli enti conferenti, (ii) delle funzioni amministrative la cui gestione sia stata esternalizzata, (iii) degli scopi di interesse pubblico al cui perseguimento sia destinato il patrimonio, possa assumere anche la veste di ente strumentale operante secondo il modello gestionale dell'*in house*, rappresenta una conclusione certamente condivisibile fondata su solide ragioni sistematiche.

4. *Segue. La cartina di tornasole: fondazioni di partecipazione e giurisdizione contabile*

Il problema della “partecipazione”, che nel caso dell'*in house* rileva per i soggetti privati eventualmente coinvolti, è centrale per la seconda questione oggetto di dibattito giurisprudenziale, vale a dire la giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori delle fondazioni di partecipazione. A venire in rilievo, in questo caso, è la partecipazione dell'ente pubblico, cioè il legame esistente fra questo e la fondazione sotto il profilo patrimoniale.

Per comprendere la rilevanza del problema è utile esaminare la giurisprudenza delle Sezioni unite in materia di riparto di giurisdizione nel periodo precedente all'entrata in vigore del T.U. sulle società pubbliche con il quale il legislatore ha preso posizione sul punto, sia pure senza risolvere ogni dubbio²⁵. Le Sezioni unite affermano, riecheggiando la giurisprudenza *Teckal*, che in una società *in house*, essendo per definizione impossibile riconoscere una sostanziale alterità tra quest'ultima e l'ente pubblico partecipante, il rapporto tra i rispettivi patrimoni si pone in termini di *mera separazione*: essi hanno infatti, nell'ente pubblico, il medesimo titolare²⁶. Per questa ragione è possibile configurare il danno cagionato dagli amministratori al patrimonio della società un danno *diretto* al patrimonio dell'ente pubblico e la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità amministrativo-contabile²⁷.

²⁵ Si v. L. TORCHIA, *La responsabilità degli organi sociali nelle imprese a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. Amm.*, 2018, 2, 154; M. GOLIA, *La responsabilità del management delle fondazioni partecipate nelle maglie incerte del riparto tra giudice ordinario e contabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 2, 703; N. MICHIELI, *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, in *Giur. comm.*, 2018, 892/I. In giurisprudenza, Cass. SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, con nota di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni unite aprono a una giurisdizione concorrente a tutto campo della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Le Società*, 2019, 1, 70. Più in generale, C.E. GALLO, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in AA.VV. *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2015, p. 192 ss.

²⁶ Così Cass., SS.UU., 21 novembre 2013, n. 26283, sulla quale si v. M. GOLIA, *La responsabilità del management delle fondazioni partecipate nelle maglie incerte del riparto tra giudice ordinario e contabile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 2, 703. Si v. altresì: SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Le Società*, 2014, 55 s. con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*. In seguito, l'orientamento è stato ribadito da Cass., SS.UU., 16 dicembre 2013, n. 27993; Cass., SS.UU., 26 marzo 2014, n. 7177; Cass., SS.UU., 9 luglio 2014, n. 15594, in *Foro amm.*, 2014, 1901; Cass., SS.UU., 24 ottobre 2014, n. 22609; Cass., SS.UU., 13 novembre 2015, n. 23306, in *Foro amm.*, 2015, 3055; Cass., SS.UU., 8 luglio 2016, n. 14040, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2356; Cass., SS.UU., 22 dicembre 2016, n. 26643, in *Foro it.*, I, c. 2355.

²⁷ Dal controllo analogo si desume anche l'esistenza di un rapporto di servizio fra gli amministratori e l'ente pubblico, altro presupposto indefettibile della giurisdizione contabile. La “separazione” patrimoniale esclude, peraltro, che i creditori della società *in house* possano rivalersi sul socio pubblico: quello della responsabilità patrimoniale verso i

L'art. 12 del T.U. sulle società partecipate ha confermato l'orientamento consolidato della Cassazione, favorevole al riconoscimento della giurisdizione contabile sulle società *in house*, e lo ha escluso invece per le altre società partecipate, fosse anche integralmente, dagli enti pubblici²⁸.

Se ne deduce che, oggi, la partecipazione, sia pure totalitaria²⁹, non è sufficiente a radicare la giurisdizione contabile, essendo necessaria la compresenza di tutti i requisiti dell'*in house*³⁰. Il legislatore ha così fatto proprio l'argomento della giurisprudenza che ritiene impossibile configurare un danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico per effetto della condotta degli amministratori della società partecipata, pur pregiudizievole per il patrimonio sociale. Infatti, se la società non è un soggetto *in house*, il danno al patrimonio sociale non configura danno erariale in virtù della netta distinzione fra il patrimonio dell'ente e di quello della società: il danno indiretto al valore della partecipazione non rileva quindi ai fini del riparto, se non altro per quanto attiene agli amministratori³¹.

Questo spiega, almeno in parte, la posizione delle Sezioni Unite nella già richiamata pronuncia del 2018 che aveva negato la possibilità di applicare l'istituto dell'*in house* alle fondazioni di partecipazione. La questione di giurisdizione sugli amministratori di enti "partecipati" è risolta a favore del giudice ordinario, per consolidata giurisprudenza, salve le eccezioni introdotte con norma espressa dal legislatore.

Ci si può chiedere, ora, come i principi enunciati dalla copiosa giurisprudenza in materia di responsabilità degli amministratori di società pubbliche si applichino al caso delle fondazioni di

creditori, infatti, è il profilo più scivoloso delle ricostruzioni che equiparano il soggetto *in house* a un'articolazione dell'ente pubblico. Va ricordato, tuttavia, che nella prassi è frequente, da parte dei terzi creditori di società insolventi, l'azione di responsabilità *ex art. 2497 c.c.* verso l'ente pubblico partecipante per abuso dell'attività di direzione e coordinamento (si v. F. FIMMANÒ, *op. cit.*, 80).

²⁸ Anche in questo caso è stato recepito, come previsto dalla legge delega, l'orientamento consolidato nella più recente giurisprudenza delle Sezioni unite. In proposito, va ricordato, peraltro, che la giurisprudenza della Corte dei Conti è meno netta, e alla costante ricerca di ipotesi "speciali" nelle quali la giurisdizione contabile può essere riconosciuta alla luce delle particolari caratteristiche concrete del rapporto tra ente pubblico e società partecipata.

²⁹ Si v. in proposito, con note critiche, F.A. CANCELLA, *op. cit.*, 119.

³⁰ Si v. in proposito Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30978, che ribadisce l'esigenza di tutti i presupposti dell'istituto ai fini della giurisdizione contabile. In dottrina, per una esaustiva ricostruzione del tema, M. PASSALACQUA, *Il regime delle responsabilità nelle società partecipate alla luce del principio europeo di neutralità nei rapporti Stato-mercato*, in *Federalismi.it.*, n. 2/2020, 161 ss. Osserva acutamente l'Autore citato: «per vero, sul piano logico-giuridico, non si può tacere che lo stesso fatto di aver introdotto una deroga per l'*in house* in relazione al riparto di giurisdizione, implica aver ammesso una prevalenza delle norme pubblicistiche su quelle ordinarie privatistiche, giustificata dall'ormai pacifica configurazione di tale società come plesso organizzativo dell'ente proprietario, posta in una situazione di subordinazione gerarchica».

³¹ Può invece essere riconosciuta la giurisdizione contabile nei confronti degli esponenti dell'ente pubblico che abbiano cagionato una diminuzione del valore della partecipazione agendo o omettendo di agire nei confronti degli amministratori della società. L'art. 12 T.U.S.P. ribadisce infatti che la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle ipotesi di danno erariale, sia pure nei limiti della quota di partecipazione pubblica. Il riferimento ai limiti della quota di partecipazione si presta a più interpretazioni. Fra queste, la necessità di disciplinare il caso in cui la presenza di partecipanti privati impedisca di considerare danno erariale l'intera diminuzione del valore del patrimonio della società. In generale, circa il regime di responsabilità degli amministratori, A. BAUDINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto dopo il D. Lgs n. 175/2016 (di riordino della disciplina in materia di partecipazione pubblica)*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 10/2017, 1226 ss.



partecipazione. In alcune pronunce la Corte dei Conti ha ritenuto configurabile la responsabilità per danno erariale nei confronti degli amministratori di una fondazione di partecipazione che avevano con la loro condotta cagionato un danno al patrimonio istituzionale³². Più recentemente, poi, è stato enunciato il principio che la giurisdizione della Corte, tendenzialmente esclusa nei casi di fondazioni “di diritto comune” istituite da enti pubblici, deve ritenersi invece sussistente sulle fondazioni di partecipazione, in quanto caratterizzate da frequenti apporti patrimoniali degli enti pubblici fondatori, successivi all’atto fondativo. Questa caratteristica – che a ben vedere però non costituisce una prerogativa delle fondazioni di partecipazione – consentirebbe di riconoscere in capo agli amministratori la responsabilità per danno erariale, almeno nella fattispecie del danno da distrazione di risorse pubbliche dalle finalità previste in base alla legge³³. Se ad oggi, quindi, la responsabilità amministrativo-contabile degli amministratori delle fondazioni di partecipazione costituisce una questione ancora dibattuta in giurisprudenza, ciò che appare di maggiore interesse, ai fini di questo scritto, è constatare come i vari orientamenti sul punto poggino sulla diversa lettura dei rapporti fra patrimonio dell’ente pubblico e patrimonio della fondazione, e sul confronto fra questi e il modello della società partecipata.

Per questo motivo la giurisprudenza sulla responsabilità degli amministratori funge da “cartina di tornasole”, da prova della centralità della questione patrimoniale per la soluzione delle incertezze relative alla disciplina applicabile a questo modello organizzativo, a cominciare dall’*in house providing*.

Nel caso dell’*in house*, le caratteristiche della partecipazione dei privati alla fondazione possono escludere la sussistenza dei requisiti per l’affidamento diretto. Ciò avviene, innanzitutto, per le forme di partecipazione dalle quali possa derivare un’influenza dominante del soggetto privato, nelle varie forme delineate dalla giurisprudenza. Allo stesso modo – almeno a livello teorico – la legittimità degli affidamenti diretti può essere esclusa da quelle forme di partecipazione del privato che determinino per quest’ultimo un vantaggio competitivo.

Ad ulteriore conferma della centralità dell’elemento patrimoniale si può citare la recentissima pronuncia delle Sezioni riunite della Corte dei Conti relativa all’inserimento della Fondazione Teatro alla Scala di Milano nell’elenco delle pubbliche amministrazioni stilato dall’Istat, rilevante ai fini delle norme di contabilità europea (SEC2010)³⁴. La Corte ha riconosciuto la natura “privata” della fondazione (o meglio l’assenza di un controllo pubblicistico rilevante ai sensi del SEC2010), proprio sulla base della

³² Corte Conti, Sez. giur. Lazio, sent. 13 novembre 2013, n. 758.

³³ Corte Conti, I Sez. centrale d’appello, sent. n. 442/2015. Nello stesso periodo, le Sezioni unite della Cassazione elaborano un orientamento che, sulla base di una verifica caso per caso, assoggetta alla giurisdizione contabile, oltre alle società *in house*, quelle che ricevono contributi pubblici e quelle altrimenti “assimilabili” agli enti pubblici, generando una notevole incertezza (Cass, SS.UU., ord. N. 2473/2016 e sent. n. 11139/17: si v. L. Torchia, *op. cit.* 156).

³⁴ Corte Conti, Sez. riu. giur. in speciale composizione, sent. n. 1/2020/RIS.

disciplina dei conferimenti di soggetti privati e dei conseguenti diritti amministrativi a questi riconosciuti.

5. Considerazioni conclusive: rischi e opportunità di un modello organizzativo “atipico”

Si è detto, all’inizio di questo breve *excursus*, che le fondazioni di partecipazione rappresentano, secondo una fortunata definizione, un modello ibrido, a metà fra fondazione *tout court* e associazione. Analogamente, si può dire che esse si pongono a metà fra i soggetti privati e gli enti pubblici, se si volge lo sguardo alle questioni che attengono alla loro configurabilità come soggetti *in house* e al regime di responsabilità applicabile ai loro amministratori.

Da questo punto di vista è evidente l’analogia con le società pubbliche, ma anche la profonda differenza fra i due modelli. Le fondazioni si pongono infatti al di fuori della tradizionale distinzione tra il privato-imprenditore e l’ente pubblico formalmente inteso, dedito al perseguimento di interessi generali e privo di finalità lucrative.

Proprio per questo motivo, l’infinito dibattito sulle società pubbliche, che una giurisprudenza altalenante e per certi versi apertamente contraddittoria ha considerato dapprima soggetti privati in quanto imprenditori, poi sostanzialmente pubblici in ragione della provenienza dei loro capitali, poi ancora uno schema neutrale, suscettibile di entrambe le classificazioni, in base a un’analisi caso per caso³⁵, è quindi di scarsa utilità per risolvere i problemi interpretativi appena sfiorati in questa sede.

Alle pubbliche amministrazioni che intendono ricorrervi appaiono immediatamente chiari i vantaggi: nessuna limitazione legale alla loro capacità di costituire fondazioni di partecipazione; possibilità di strutturare la fondazione nel modo più confacente agli interessi da perseguire e alla tutela della propria influenza sulle scelte gestionali; possibilità di coinvolgere soggetti privati, raccogliendo da questi risorse finanziarie e altri conferimenti patrimoniali, senza perciò escludere (almeno a livello teorico), la possibilità di affidamenti diretti.

Per contro, assai meno evidenti risultano talora i rischi sottesi al modello: la qualificazione statutaria o legale di una fondazione come soggetto *in house*, frequente nella prassi, non esclude che la legittimità dei singoli affidamenti diretti possa essere contestata, in ragione delle caratteristiche concrete del soggetto e della sua attività. Al contempo, essa apre le porte al riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori (e i dipendenti) della fondazione, compresi quelli designati dai partecipanti privati e apparentemente privi di qualunque legame formale con gli enti pubblici fondatori. Entrambi i profili restano, inoltre, avvolti nell’incertezza, non esistendo, al momento, alcuna disciplina legale specifica di questi enti, a differenza di quanto avviene per le società pubbliche.

³⁵ Si v. ancora L. TORCHIA, *op. cit.*, 154 ss.



Ciò impone ai decisori pubblici di valutare con particolare attenzione l'opportunità di ricorrere a questo nuovo modello organizzativo in relazione agli scopi concretamente perseguiti, con particolare riguardo al coinvolgimento dei privati, nella consapevolezza che una semplice "etichetta" formale non può e, soprattutto, non deve, scardinare i principi generali dell'ordinamento esonerando l'interprete da valutazioni *case by case* tipiche dell'ordinamento euro-unitario.