

# Le fondazioni “pubbliche”\*

di Valerio Sarcone

## Sommario

1. Premessa; 2. Criteri di identificazione delle fondazioni «pubbliche»; 3. I parametri per classificare una fondazione come «pubblica»; 3.1. Fondazione istituita per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 3.2. Fondazione dotata di personalità giuridica; 3.3. Attività della fondazione 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; 3.3.1. Il finanziamento della fondazione sia in misura maggioritaria attribuibile a uno o più soggetti pubblici; 3.3.2. La gestione della fondazione sia soggetta al controllo di soggetti pubblici o organismi di diritto pubblico 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; 3.3.2.1. Il controllo «per legge»; 3.3.2.1.1. Fondazioni gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza; 3.3.2.1.2. Fondazioni che operano nel settore musicale; 3.3.2.1.3. Fondazioni frutto della «privatizzazione» ex art. 11 della legge n. 59/1997; 3.3.2.1.4. La fondazione «per il merito scolastico»; 4. Fondazioni pubbliche come soggetti «in house»; 4.1. Alcuni esempi di fondazioni considerate «in house»; 4.2. Lo «strano caso» della Fondazione Ugo Bordoni; 5. Le fondazioni come soggetti affidatari di servizi pubblici locali; 6. Modelli di fondazione pubblica; 6.1. Fondazioni di partecipazione (partenariato solo pubblico); 6.2. Fondazioni di partecipazione (partenariato pubblico/privato); 7. La classificazione «SEC 95»; 8. Conclusioni.

### 1. Premessa.

L'atto costitutivo della fondazione consiste in un atto unilaterale non recettizio che caratterizza un'espressione di autonomia privata e finalizza la volontà del (dei) fondatore (fondatori) di creare un soggetto giuridico preventivamente vincolato al perseguimento di deter-

minati fini<sup>1</sup>. L'atto di fondazione è «in primo luogo, un atto di disposizione patrimoniale,

\* Questo lavoro costituisce un estratto della ricerca “Fondazioni e interesse pubblico: diversi modelli, uno scopo” (a cura di C. Cittadino), condotta nel corso del 2011 per conto dell'Istituto di Studi Politici “S. Pio V” di Roma e pubblicata nel mese di luglio 2012 dall'Editrice APES. Come tutta la pubblicazione, anche questo capitolo è stato sottoposto a valutazione preventiva da parte di esperti

attraverso il quale il fondatore destina un patrimonio al conseguimento di uno scopo; è inoltre, un atto di organizzazione, che determina, attraverso una struttura organizzativa, il modo di attuazione dello scopo»<sup>2</sup>. L'atto di fondazione contiene, dunque, tra l'altro, la denominazione dell'ente, la determinazione dello scopo che esso intende perseguire, l'indicazione del patrimonio e della sede, le regole sull'organizzazione della fondazione e sulla sua amministrazione.

La nascita di una fondazione non è disciplinata diversamente a seconda del fatto che il promotore o i promotori di essa siano soggetti privati o enti pubblici (salvo leggi «speciali» che non incidono sulla qualificazione giuridica del soggetto come ente no profit costituito al fine di perseguire fini non commerciali attraverso l'impiego di un patrimonio a ciò vincolato)<sup>3</sup>; il momento "iniziale" della vita di un soggetto di cui all'art. 14 cod. civ. e ss. non è influenzato neanche dalla tipologia degli interessi, siano essi «pubblici», generali, diffusi o privati, che si intende perseguire con il costituendo ente<sup>4</sup>.

Neanche i previsti controlli da parte di soggetti pubblici sulle fondazioni possono connotare di un qualsivoglia «profilo di rilevanza» pubblica l'attività delle stesse, che deve intendersi sempre e comunque come espressione di autonomia privata. Il giudice amministrativo, nel denegare la propria competenza proprio in costanza di una lite sull'esercizio dell'attività di controllo sulle fondazioni da parte della Regione (la competenza è del giudice ordinario al quale è stata "traslata" la giurisdizione all'interno della sentenza in parola) ha precisato come «la vigilanza e il controllo sono funzioni pubbliche, esercitate dall'Amministrazione d'ufficio in funzione della tutela delle fondazioni stesse, con esclusione di qualsiasi forma di intervento a tutela dell'interesse dei singoli» e «l'interesse tutelato dal controllo pubblico sulle fondazioni è quello dell'ente (previamente apprezzato dall'autorità tutoria, in sede di riconoscimento della personalità giuridica) e, in senso più lato, quello finalizzato alla salvaguardia della volontà del fondatore»<sup>5</sup>.

---

non anonimi. Si riproduce il testo in questa rivista a seguito di autorizzazione concessa dall'Istituto San Pio V.

<sup>1</sup> E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 329 ss.; G.U. RESCIGNO, *Negoziato privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giur. it.*, 1968, I, p. 1358. Cfr. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Digesto disc. Civ.*, tomo VIII, Torino, 1992, p. 359 ss.

<sup>2</sup> AA.VV., *Commento all'art. 14*, Codice civile commentato, Codice ipertestuali, Sistema Leggi d'Italia, De Agostini, www.leggiditalia.it.

<sup>3</sup> Peraltro, risalente giurisprudenza (Cons. Stato n. 2213/1961, in Cons. Stato, 1962, fasc. 2) non contemplava la possibilità per un ente pubblico di costituire una fondazione (contra Corte Cass., n. 3196/1977).

<sup>4</sup> La Corte dei Conti, Sez. Lombardia, del. 21 dicembre 2009, n. 1138, ha ribadito come «le fondazioni, come anche riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale, hanno natura privata e sono espressione delle "organizzazioni delle libertà sociali", costituendo i cosiddetti corpi intermedi, che si collocano fra Stato e mercato, e che

---

trovano nel principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione, un preciso richiamo e presidio rispetto all'intervento pubblico (Corte cost. 28 settembre 2003, n. 300 e n. 301). Caratteristica essenziale della fondazione, come si è detto, è l'esistenza di un patrimonio che, nell'impostazione tradizionale, dovrebbe essere sufficiente per consentire all'ente di svolgere la sua attività ordinaria». In merito alla possibilità da parte di un ente locale di «ripiantare» il bilancio di un fondazione, invece, la Corte ha precisato che «se la fondazione non ha un patrimonio che consenta il raggiungimento dello scopo per il quale è stata costituita non può che estinguersi e trasformarsi in un altro ente».

<sup>5</sup> T.A.R. Calabria, Catanzaro, 29 marzo 2011, n. 416, consultabile, come tutte le sentenze amministrative citate nel presente lavoro, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Il giudice ha aggiunto che «l'autorità vigilante non ha poteri di indirizzo delle fondazioni, né può imporre ad esse modalità organizzative diverse da quelle liberamente

Vi sono alcune fondazioni, però, che benché costituite ai sensi delle norme contenute nel codice civile, rappresentano la volontà di uno o più fondatori «pubblici» (soggetti statali, enti territoriali, altre fondazioni «pubbliche», ecc.) di perseguire gli interessi che la legge ha affidato alla loro cura attraverso l'utilizzo, appunto, del modello fondazionale. Ci si trova, in questi casi, dinnanzi non all'espressione di un'autonomia privata che consente (secondo i parametri dettati dalla legge e dai provvedimenti regolamentari attuativi statali e regionali) di destinare un determinato patrimonio al conseguimento di un particolare scopo, ma alla scelta (da parte dei suddetti soggetti «pubblici») di svolgere attività di interesse pubblico attraverso la costituzione (o la partecipazione) di una fondazione.

L'ordinamento giuridico italiano non vieta tale eventualità, ma neanche la prevede in misura «generale». Dunque, in ossequio al principio di legalità sull'organizzazione amministrativa, di cui all'art. 97 della Costituzione, per poter costituire una fondazione, una qualsiasi entità pubblica deve, comunque, riferirsi ad una norma di rango primario, direttamente o indirettamente, che gli consenta di farlo. Peraltro, la riserva di legge di cui sopra, non impedisce, in ogni caso, alle amministrazioni pubbliche di partecipare (con contributi o misure varie) a fondazioni private impegnate nel soddisfacimento di interessi generali. In tali casi, ove

---

prescelte, ma può soltanto intervenire per normalizzarne le situazioni nel caso in cui si verifichi una delle ipotesi contemplate dall'art. 25 c.c. e segg.» e che «a differenza che, per le associazioni, in riferimento alle quali l'intervento dei pubblici poteri è finalizzato ad evitare che l'attività degli organi dell'associazione arrechi pregiudizio ad interessi legislativamente configurati come esterni rispetto all'associazione, per quanto concerne le fondazioni, il controllo pubblico si connota come preordinato soprattutto alla protezione dell'interesse dell'ente».

suddetta partecipazione si limiti alla concessione di contributi che non comportano il controllo della fondazione (vedi meglio, *infra*) non saremmo in presenza di un soggetto riconducibile al novero delle partizioni organizzative dell'ente pubblico di riferimento ma alla «mera» erogazione di contributi pubblici<sup>6</sup>.

In questo capitolo si cercherà di concentrare l'attenzione sulle caratteristiche tecnico-giuridiche delle fondazioni di cui i soggetti pubblici detengono il controllo e per le quali deve chiarirsi se esse possano essere, o meno, considerate alla stregua di vere e proprie «componenti organizzative» delle amministrazioni pubbliche<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Assoggettati alla disciplina di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990.

<sup>7</sup> La Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, delib. 9 giugno 2011, n. 350, ha affermato che «gli organismi partecipati (istituzioni, associazioni, aziende speciali, fondazioni) in cui si esplica la partecipazione comunale per la resa di servizi istituzionali, sono a pieno titolo da considerare modalità di organizzazione della medesima pubblica amministrazione locale e, a seconda dei casi, enti strumentali del comune, con o senza personalità giuridica, ai sensi dell'art. 114 T.U.E.L. [...] Da ultimo, si osserva che la legislazione finanziaria più recente, a far data dall'entra in vigore del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122, ha variato il riferimento normativo preso a parametro per l'estensione soggettiva delle norme di coordinamento della finanza pubblica, attingendo ad un latissimo insieme di figure soggettive pubbliche, accomunate dall'essere incluse nel consolidamento ISTAT ai sensi dell'art. 1 comma 3 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, con ciò superando i confini della nozione di amministrazione pubblica in senso soggettivo. Con la dichiarata finalità di contenere la spesa pubblica e di ridurre i costi degli apparati amministrativi, il legislatore ha mostrato la preferenza per un concetto di pubblica amministrazione in senso oggettivo, caratterizzato dall'impiego di risorse pubbliche a sostegno della gestione di un qualsiasi organismo partecipato ed ha compiuto una decisa virata verso l'accreditamento della nozione di amministrazione pubblica in senso sostanziale, nei confronti della quale la natura pubblica scaturisce dalla resa di un pubblico servizio o dal perseguimento di

È importante capire quali possano essere i “canoni” identificativi di una fondazione “pubblica” per poter delineare, con esattezza, i tratti di un organismo riconducibile, anche solo in via «strumentale» alla pubblica amministrazione o solo da essa partecipato<sup>8</sup>, al fine di poterne verificare la corretta gestione da parte degli organi preposti<sup>9</sup> e l’applicazione di un competente regime giuridico.

Secondo la Corte dei Conti<sup>10</sup>, infatti, troppo spesso il ricorso da parte degli enti locali alla

---

funzioni amministrative in concreto esercitate dall’organismo partecipato, quale che sia la forma, privatistica o pubblicistica, scelta per la concreta attuazione dell’interesse pubblico».

<sup>8</sup> Secondo G. PAGLIARI, *Il criterio discretivo tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica?*, in S. RAIMONDI e R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*. Atti del Convegno – Palermo, 13 maggio 2005, Torino, p. 56, sarebbe inammissibile un *tertium genus* di persona giuridica, «cioè di un soggetto né di diritto pubblico né di diritto privato, con la conseguenza che non può categorizzarsi – o in senso pubblicistico o in senso privatistico – anche la fattispecie più controversa».

<sup>9</sup> Con la del. n. 14/AUT/2010/FRG (consultabile in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it)), la Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti ha reso noti i risultati dell’«Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Province e Comuni». In tale documento «si è acceduto ad una definizione di “partecipazione”, nel caso della sussistenza di almeno una delle seguenti tre circostanze: a) il possesso in capo all’ente locale di azioni, quote o comunque di parte dell’organismo partecipato; b) l’obbligo previsto in capo all’ente, in via ordinaria o straordinaria, di concorrere finanziariamente all’attività dell’organismo partecipato; c) la produzione di effetti del risultato d’esercizio dell’organismo partecipato sul patrimonio dell’ente locale».

<sup>10</sup> Audizione al Parlamento del 20 gennaio 2010 sulla finanza locale (consultabile in [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it)). «In particolare, è stato rilevato che la fondazione, per sua natura, dovrebbe utilizzare il reddito derivante dal patrimonio per lo svolgimento della sua ordinaria attività e proseguire la stessa sino a che non venga intaccato o, comunque, non si esaurisca il patrimonio». È diffusa, invece la prassi, da parte degli enti locali, di «ripiantare» an-

costituzione di fondazioni, «maschera un sostanziale “abuso della personalità giuridica”, che consiste nel ricorso ad organismi no profit per mascherare l’esercizio prevalente di attività economiche svolte a fine di lucro (seppur in misura «strumentale» al perseguimento di interessi pubblici)<sup>11</sup>.

Il 7% degli organismi partecipati dagli enti locali che operano in settori diversi dalla gestione dei «classici» servizi pubblici locali (ambiente-rifiuti, servizio idrico, trasporti, energia e gas) è rappresentato da fondazioni, concentrate nello svolgimento delle attività culturali, sportive e per lo sviluppo del turismo, oltre che nella sanità-assistenza sociale e nell’istruzione. Appare chiaro come il fenomeno non sia, soprattutto a livello locale, di poco conto.

In molti casi, dunque, non ci si trova dinnanzi a una fondazione di diritto privato a tutti gli effetti, bensì ad «un ente pubblico, qualunque sia il *nomen* usato dal legislatore»<sup>12</sup>.

Anche il giudice amministrativo ha rilevato come le fondazioni «pubbliche» assimilabili a veri e propri «organismi di diritto pubblico» debbano essere sottoposte al controllo della Corte dei Conti poiché «finanziate in massima

---

nualmente i debiti delle fondazioni da essi partecipate. Tale comportamento fa venire meno «la natura di fondazione dell’organismo che, di fatto, si trasforma in ente strumentale del Comune, assumendo natura pubblica alla stregua di un’azienda speciale o di un organismo societario» (cfr. Corte dei Conti, del. Sez. reg. Lombardia n. 1138/2009).

<sup>11</sup> Peraltro anche le fondazioni possono esercitare attività di impresa, con metodo economico, «purché tale esercizio sia funzionale alla realizzazione dei fini primari delle medesime» (Corte dei Conti, del. Sez. reg. Lombardia n. 1088/2009).

<sup>12</sup> F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, come citato da G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.*, 2006, fasc. 3, p. 573.

parte con risorse pubbliche e quindi assoggettate ad una normativa speciale di gran lunga più penetrante di quella stabilita in via generale dell'art. 25 del Codice Civile»<sup>13</sup>.

## 2. Criteri di identificazione delle fondazioni «pubbliche».

Una recente dottrina ha individuato tre tipologie di «fondazioni di origine pubblica», cioè di fondazioni «derivanti dalla trasformazione di precedenti enti pubblici, ovvero istituite per legge o da amministrazioni e enti pubblici, sulla base di una disciplina speciale»<sup>14</sup>:

- *fondazioni a base privata* (come gli enti previdenziali dei liberi professionisti che non «usufruiscono di finanziamenti o altri ausili pubblici, le fondazioni ex ipab, le fondazioni di origine bancaria»<sup>15</sup>);
- *fondazioni a partecipazione privata* (come i musei e gli enti lirici e musicali, altre fondazioni culturali);
- *fondazioni strumentali all'ente pubblico fondatore* (delle quali quest'ultimo si avvale «allo scopo di perseguire il più efficace esercizio delle proprie funzioni» e che operano «esclusivamente nell'interesse degli enti di riferimento»<sup>16</sup>).

<sup>13</sup> T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 18 febbraio 2009, n. 230.

<sup>14</sup> G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica*, cit., p. 72-75.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem. Le fondazioni a base privata sarebbero il frutto di trasformazioni di precedenti enti pubblici (ad es. le fondazioni di origine bancaria) o nate dall'iniziativa di enti pubblici ma opererebbero in piena autonomia essendo un soggetto giuridico formalmente e sostanzialmente privato e solo partecipato da organismi pubblici senza che essi ne detengano il controllo. Le fondazioni a partecipazione privata sarebbero, invece, da ricondurre al novero di soggetti solo formalmente privati ma sostanzialmente controllati da organismi pubblici, aperti, però, alla partecipazione di privati (nel caso di alcune fondazioni "pubbliche" operanti nel settore della cultura, tale "aper-

Si procederà nel presente lavoro enucleando, in maniera empirica, gli indicatori di cui sopra, per poi proporre una ulteriore classificazione delle fondazioni «pubbliche»<sup>17</sup>.

Anche se si può condividere la tesi che il «ricorso alla figura dell'organismo di diritto pubblico non sia dirimente per la qualificazione delle fondazioni di diritto pubblico o di diritto amministrativo, attesa la rilevanza settoriale di tale connotazione»<sup>18</sup>, è innegabile che tale «categoria giuridica» è quella che meglio può essere utilizzata per verificare l'indole «pubblicistica» di una fondazione.

Si può, dunque, verificare se una «fondazione» è «pubblica» laddove essa risulti assimilabile

---

tura" è avvenuta attraverso l'adozione di decreti del Ministro vigilante (cfr. i seguenti D.M., tutti adottati dal Ministro dei beni e delle attività culturali: 31 luglio 2007; 30 marzo 2007; 2 gennaio 2003; 25 marzo 2002; 22 novembre 2000, 2 giugno 2000; 7 aprile 2000). Le fondazioni "strumentali", infine, sarebbero caratterizzate dalla possibilità, da parte dell'Autorità vigilante, di procedere unilateralmente, con propri provvedimenti, a disciplinare l'organizzazione e lo scopo della fondazione oltre a provvedere alla provvista degli organi rappresentativi con la preposizione di «veri e propri rappresentanti dell'ente [pubblico] di riferimento».

<sup>17</sup> V'è chi ha segnalato, M. IMMORDINO, *Le fondazioni teatrali e la loro incerta collocazione tra pubblico e privato*, in *Nuove Autonomie*, 2005, fasc. 6, p. 913 ss., come «secondo la dottrina civilistica la forma della fondazione è neutra, nel senso che non implica necessariamente la qualificazione privatistica della persona giuridica che ne è rivestita, potendosi i relativi caratteri rinvenire anche in enti pubblici (G. Marasà). Insomma, non è tanto la trasformazione imposta dalla legge a determinare tale discrasia rispetto al tipo codicistico, essendo prassi regolare per la privatizzazione di un ente pubblico l'intervento del legislatore, quanto, piuttosto, la disciplina che n'è stata dettata, derogatoria rispetto a quella dettata dal Titolo II del Libro I del codice (e dalle relative norme di attuazione) per le fondazioni di diritto privato».

<sup>18</sup> S. FOA, *Le fondazioni di diritto pubblico tra salvaguardia delle competenze regionali e rispetto dell'autonomia fondazionale. La fondazione strumentale all'ente pubblico fondatore*, in *Foro amm. CDS*, 2005, fasc. 11, p. 3196 ss.

alla categoria dell'«organismo di diritto pubblico». Per «organismo di diritto pubblico» s'intende qualsiasi organismo che (cumulativamente):

- a) sia stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- b) sia dotato di personalità giuridica;
- c) 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<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Come osservato da L. CARBONE e M. D'ADAMO, *Requisiti per l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2008, n. 1913, in *Corriere giur.*, 2008, fasc. 8, p. 1065 ss., «gli indici comunitari di riconoscimento di un organismo di diritto pubblico richiedono, tra gli altri, la presenza di due requisiti: il primo, "in positivo", è rappresentato dalla circostanza per cui l'organismo di cui si discute è istituito per soddisfare esigenze di carattere generale; il secondo requisito, "in negativo", consiste nella circostanza per cui si tratti di esigenze aventi natura non industriale o commerciale. Fermo restando che il tratto distintivo della figura in parola è rappresentato unicamente dal carattere (in ipotesi, non industriale o commerciale) dell'interesse perseguito (e non anche dell'attività svolta), si osserva che nel caso di organismi con pluralità di attribuzioni «è ben possibile la coesistenza di attribuzioni di carattere differenziato, le une rivolte al perseguimento di interessi dalla più evidente valenza generale (e di contenuto non immediatamente economico), le altre rivolte in modo più immediato e diretto al perseguimento di interessi di carattere industriale o commerciale». Nel caso di tale coesistenza, la configurabilità quale organismo di diritto pubblico non impone peraltro il previo esperimento di una sorta di "giudizio di prevalenza"».

Proprio recentemente, la giurisprudenza amministrativa ha affrontato il tema della riconduzione alla nozione di organismo di diritto pubblico di fondazioni "culturali" partecipate da enti locali<sup>20</sup>. Alle fondazioni riconosciute come tali si applicano le norme sull'evidenza pubblica, nonostante la loro struttura (solo formalmente) privatistica.

Le c.d. "fondazioni bancarie" (o, meglio, di origine bancaria) non sarebbero, invece, assimilabili agli organismi di diritto pubblico quando «la fondazione non risulta fruire di alcun finanziamento pubblico e lo Stato e altri enti di diritto pubblico non esercitano sulla stessa alcun controllo sulla gestione (controllo che, in base ai principi comunitari, è l'unico che consenta di esercitare un effettiva influenza decisionale in seno agli organismi coinvolti), né risulta che gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza debbano essere costituiti da soggetti designati dalla mano pubblica in misura pari ad almeno metà dei componenti, la stessa non è qualificabile come orga-

---

<sup>20</sup> Il giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393, in *Altalex*, consultabile in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), con nota di L. PRUDENZANO) ha di recente riconosciuto come «organismo di diritto pubblico» la Fondazione carnevale di Viareggio impegnata nell'organizzazione di attività di interesse generale - culturale (l'organizzazione del «Carnevale di Viareggio»), poiché:

- a) essa svolge prevalentemente attività di interesse generale poiché la fondazione è pressoché completamente assorbita dall'organizzazione di eventi di interesse comunale;
- b) essa è, ovviamente, dotata di personalità giuridica;
- c) il Comune di Viareggio, oltre al versamento del patrimonio iniziale, provvede a versare contributi periodici alla fondazione e ne nomina i rappresentanti.

In precedenza, la Corte Cass., SS.UU., ordinanza 8 febbraio 2006, n. 2637, aveva riconosciuto alla Fondazione Accademia di Santa Cecilia (partecipata da Regione Lazio, Provincia e Comune di Roma) la qualificazione di organismo di diritto pubblico.

nismo di diritto pubblico»<sup>21</sup>. Peraltro, tanto la Consulta<sup>22</sup>, quanto il giudice amministrativo<sup>23</sup>, hanno affermato, da tempo, che «le fondazioni di origine bancaria si collocano tra i soggetti delle libertà sociali e non delle funzioni pubbliche»<sup>24</sup> e, dunque, si deve concludere, tra

l'altro, per l'inammissibilità «di una ingerenza del legislatore regionale sul tema delle fondazioni "ex bancarie" considerato che esse, appunto, appartengono ad un ambito diverso da quello pubblicistico»<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> G. DATO, annotazione a Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1255, in *Ratio iuris*, consultabile in [www.ratioiuris.it](http://www.ratioiuris.it). Il T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 luglio 2007, n. 7283 e il T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 6 ottobre 2009, n. 1757, avevano qualificato come organismi di diritto pubblico delle fondazioni di origine bancaria (tesi che ha avuto scarso seguito) poiché, come sostenuto dal T.A.R. Lazio, la sussistenza del terzo requisito relativo all'attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la gestione soggetta al controllo di questi ultimi oppure l'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico «discende, in via alternativa, dalla dipendenza finanziaria dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, dal controllo sulla gestione da parte degli stessi, dalla presenza nell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza di una maggioranza di membri designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico» [nel caso di specie si trattava della Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia]. Recentemente, hanno trattato la qualificazione giuridica delle fondazioni di origine bancaria F. ROVERSI MONACO e A. MALTONI, *Fondazioni e interessi generali in Italia* e G. MORBIDELLI, *Le attività delle fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, entrambi relazioni al VXIII Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo, *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?* – Bologna, 27-29 maggio 2010, consultabili in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>22</sup> V. Corte cost., 29 settembre 2003, n. 300, consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>23</sup> V. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2009, n. 12532.

<sup>24</sup> B. CARAVITA, *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, in *Federalismi*, fasc. 4, 2008, consultabile in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), sostiene che «l'inquadramento delle fondazioni bancarie come enti di diritto privato non rimane una questione meramente accademica, ma trova nelle parole del legislatore e ancor più del giudice costi-

tuazionale la sua ragion d'essere. [...] Sulla base del riconoscimento della personalità giuridica privata il passo successivo è quello di ricordare che le fondazioni bancarie sono garantite costituzionalmente in quanto formazioni sociali dell'art. 2 Cost. e dal principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Anche su questo punto la Corte costituzionale, con le sentenze 300 e 301 ha contribuito a offrire significative certezze istituzionali ponendo le fondazioni bancarie "al riparo dai tentativi del legislatore di attirarle nuovamente nell'orbita pubblica (dello Stato o anche delle Regioni)" [il riferimento è a M. CLARICH e A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, 2001]. Questo deve essere un elemento imprescindibile per l'intervento futuro del legislatore».

<sup>25</sup> La conferma di tale orientamento è rinvenibile anche nelle pronunce della Corte dei Conti. Il giudice contabile (Sez. contr. Stato, del. 3/2010/G), infatti, ha sostenuto che «la natura giuridica delle fondazioni bancarie è stata a lungo oggetto di dibattito: formalmente entità autonome senza fini di lucro, a cui è stato affidato un capitale i cui proventi possono essere utilizzati per finanziare attività di interesse pubblico, esse di fatto svolgono una funzione di controllo di un'attività commerciale. In ogni caso, a partire dal 2003, a seguito della sentenza n. 300 della Corte Costituzionale, sulla natura giuridica delle Fondazioni non dovrebbero sussistere più dubbi. Infatti, il giudice delle leggi ha escluso che le fondazioni di origine bancaria e la loro attività possano rientrare in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo. [...] La loro definizione quali persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; il riconoscimento del carattere dell'utilità sociale agli scopi da esse perseguiti; la precisazione, contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera a), della legge 461 del 1998, che, quali che siano le attività effettivamente svolte dalle fondazioni, "restano fermi compiti e funzioni attribuiti dalla legge ad altre istituzioni", innanzi tutto agli enti pubblici, collocano – anche in considerazione di quanto dispone ora l'art. 118, quarto comma della Costituzione – le fondazioni di origine bancaria tra i soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali" (sentenza n. 50 del 1998 della Corte Costituzionale), e non

Come visto sopra, anche se la riconduzione alla categoria degli organismi pubblici è strumentale per asseverare una fondazione alle norme sull'evidenza pubblica, è, altresì, innegabile che tale classificazione può essere utile per qualificare tale ente come «pubblico».

Oggi, infatti, la riconduzione di un soggetto avente forma soggettivamente privata ma sostanzialmente pubblica alla categoria delle amministrazioni pubbliche, non vale a qualificarlo come «ente pubblico» secondo la definizione classica che ha connotato i tratti quest'ultimo, ma serve a provare il fatto che la pubblica amministrazione, oltre alle forme istituzionali in cui si articola, può avvalersi di soggetti che, seppure disciplinati da norme di diritto privato (o, al più, di diritto «speciale», ovvero di regole derogatorie rispetto al diritto comune) sono strumentali al perseguimento dell'interesse pubblico (come qualificato da norme di legge). La «specialità» di tali enti (si pensi alle imprese pubbliche o alle c.d. «società in house») non è tale da escluderli dall'applicazioni di tutte le norme disciplinari degli enti pubblici, ma una parte di esse deve ritenersi applicabile anche a suddetti enti (per esempio quelle sull'evidenza pubblica al fine di salvaguardare il principio della libera concorrenza per lo svolgimento di attività imprenditoriali oppure quelle che li assoggettano al controllo della Corte dei Conti al fine di garantire l'adeguata gestione e impiego di risorse pubbliche<sup>26</sup>).

---

delle funzioni pubbliche, ancorché entro limiti e controlli compatibili con tale loro carattere».

<sup>26</sup> Ai sensi dell'art. 1 della legge 21 marzo 1958, n. 259, sono soggetti al controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei Conti gli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Secondo il successivo art. 2 della stessa legge, devono essere considerate contribuzioni ordinarie: «a) i contributi che, con qualsiasi denominazione, una Pubblica Amministrazione o un'azienda autonoma stata-

Per quanto riguarda le norme che disciplinano il controllo della Corte dei Conti sulla gestione finanziaria di alcuni enti, v'è da rilevare che esse, da sole, non possono costituire un parametro scientificamente rilevante al fine di definire «pubblica» una fondazione, poiché ci si potrebbe trovare nel caso di una contribuzione ordinaria da parte di un ente a favore di una fondazione in misura non maggioritaria rispetto alle altre fonti di finanziamento della medesima fondazione, evenienza, questa che da sola non può valere a qualificarla come «pubblica»<sup>27</sup>.

---

le abbia assunto a proprio carico, con carattere di periodicità, per la gestione finanziaria di un ente, o che da oltre un biennio siano iscritti nel suo bilancio; b) le imposte, tasse e contributi che con carattere di continuità gli enti siano autorizzati ad imporre o che siano comunque ad essi devoluti». Alla data del 31 marzo 1964, nell'elenco provvisorio degli enti sottoposti al controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei Conti risultavano già due fondazioni (Fondazione figli degli italiani all'estero e Fondazione per la sperimentazione e la ricerca agraria).

<sup>27</sup> Peraltro, quando un'amministrazione pubblica decide di contribuire finanziariamente ad una fondazione, come precisato dalla Corte dei Conti (Sez. controllo Lombardia, del. 23 gennaio 2009, n. 7) devono rispettarsi una serie di criteri comportamentali. Sebbene «la natura pubblica o privata del soggetto che riceve l'attribuzione patrimoniale è indifferente se il criterio di orientamento è quello della necessità che l'attribuzione avvenga allo scopo di perseguire i fini dell'ente pubblico, posto che la stessa amministrazione pubblica opera ormai utilizzando, per molteplici finalità (gestione di servizi pubblici, esternalizzazione di compiti rientranti nelle attribuzioni di ciascun ente), soggetti aventi natura privata e nella stessa attività amministrativa è previsto dalla recente legge n. 15 del 2005, che ha modificato la legge che disciplina il procedimento amministrativo, che l'amministrazione agisca con gli strumenti del diritto privato ogniqualvolta non sia previsto l'obbligo di utilizzare quelli di diritto pubblico», è altresì necessario «che ogniqualvolta l'amministrazione ricorre a soggetti privati per raggiungere i propri fini e, conseguentemente, riconosce loro benefici di natura patrimoniale, le cautele debbono essere maggiori, anche al fine di garantire l'applicazione dei principi di buon an-

In quest'ultimo caso ci si troverebbe dinnanzi ad un soggetto «privato» che affianca o (in alcuni casi) surroga la pubblica amministrazione nel perseguimento di interessi pubblici in nome del principio di sussidiarietà<sup>28</sup>.

---

damento, di parità di trattamento e di non discriminazione che debbono caratterizzare l'attività amministrativa». Nel caso di specie la contribuzione era resa ad una fondazione che erogava un servizio pubblico di carattere socio-assistenziale e per la quale il Comune interessato avrebbe potuto nominare un componente del Consiglio di amministrazione. In tal caso la necessità era quella di provvedere all'adozione di una delibera comunale che dichiarasse conveniente la partecipazione alla Fondazione (nella predisposizione di uno servizio pubblico, inoltre, va accertato: 1. la necessità di rendere il servizio; 2. le modalità con le quali si ritiene di esercitarlo; 3. una valutazione della spesa che tenga conto dei contributi a carattere ordinario ovvero le spese di funzionamento che si prevedono a carico del Comune, e la loro allocazione in bilancio). In ogni caso, «occorre una valutazione di opportunità e di convenienza della spesa, nonché la previsione di adeguati strumenti di controllo sia sulla gestione della Fondazione sia sulla resa del servizio in termini di efficienza e di efficacia».

<sup>28</sup> E. GROSSO, *Le fondazioni di origine bancaria nel sistema del governo locale: dal principio di supplenza al principio di sussidiarietà?*, in AA.VV., *Studi in onore di Valerio Onida*, in corso di pubblicazione, sottolinea come «il combinato disposto fra la notissima definizione offerta nella sent. n. 300/2003 (le Fondazioni di origine bancaria sono «soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali») e l'affermazione contenuta nella sent. n. 301/2003 a proposito del rapporto tra gli Enti che nominano i componenti dell'organo di indirizzo delle Fondazioni e l'operato di questi ultimi (secondo cui il potere di nomina «si esaurisce con il suo esercizio e non comporta alcun vincolo di mandato a carico dei soggetti nominati, i quali agiscono, e devono agire, in assoluta e totale indipendenza dall'ente che li ha nominati»), disegna un modello assai chiaro delle relazioni tra Fondazioni ed Enti locali, e in definitiva tra Fondazioni e politica. Tali relazioni sono (devono essere) impostate sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui oggi le Fondazioni sono (dovrebbero essere) uno dei principali centri motori. Prendere sul serio questa impostazione significa ammettere che la sussidiarietà, per ciò che specificatamente attiene all'attività delle Fondazioni, non va intesa nel suo signifi-

3. *I parametri per classificare una fondazione come «pubblica».*

Al fine di classificare una fondazione come «pubblica» si ritiene necessaria l'applicazione, congiunta, dei tre criteri di individuazione dell'organismo di diritto pubblico.

3.1. *Fondazione istituita per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi caratteri non industriale o commerciale.*

Le fondazioni «pubbliche» sono soggetti istituzionalmente e necessariamente creati per il perseguimento di fini non commerciali (in quanto, per definizione, enti non profit). Fondazioni di famiglia a parte, in genere, quasi tutte le fondazioni sono istituite per perseguire scopi di interesse generale che riguardano una collettività di soggetti più o meno ampia.

In particolare, le fondazioni «pubbliche» svolgono attività di interesse generale per una data collettività. Secondo quanto elaborato dalla giurisprudenza, peraltro, lo svolgimento di attività di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale può non essere necessariamente «prevalente» ai fini della qualificazione di un organismo di diritto pubblico<sup>29</sup>, mentre nel caso delle fondazioni «pubbliche» tale asserzione non può valere. Infatti, essendo, per definizione (normativa) la fonda-

---

cato deteriore (e tuttavia spesso più abitualmente utilizzato) di aiuto finanziario puntuale alle politiche pubbliche, o di vera e propria supplenza alle finanze pubbliche in difficoltà, bensì come autonoma capacità della società di interagire in maniera indipendente e complementare con i più tradizionali strumenti della politica, "aiutandola" sul piano dell'efficienza e della qualità dei servizi offerti e dunque – soprattutto – proponendo forme più avanzate e modelli più raffinati di gestione dei beni e dei servizi, anche in alternativa con quelli che gli Enti pubblici sono in grado di mettere in campo».

<sup>29</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2279, in *Amministrativ@mente*, n. 1/2009, consultabile in [www.rivista-amministrativamente.eu](http://www.rivista-amministrativamente.eu).

zione un ente no profit, essa può svolgere attività di carattere commerciale solo in misura marginale (o, comunque, minoritaria) rispetto alle attività prive di interesse economico e, in ogni caso, in funzione strumentale rispetto al perseguimento degli scopi statuari (divieto di dividendo degli utili e necessità di re-impiego di essi nello svolgimento di attività istituzionali). Dunque, una fondazione «pubblica» deve necessariamente svolgere attività di interesse generale in misura prevalente rispetto ad eventuali attività di carattere commerciale<sup>30</sup>. La prevalenza delle seconde sulle prime significherebbe che la fondazione non è rispettosa dei criteri istituzionali dettati dal codice civile e dalle norme tributarie, ma è l'indebita «maschera» giuridica che cela un ente con finalità commerciali dedito al profitto e che dovrebbe essere soggetto ad una diversa disciplina<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Nell'esaminare una questione attinente allo svolgimento di servizi pubblici locali di rilevanza economica ex art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 da parte di una fondazione, la Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, delib. 11 maggio 2009, n. 195, ha affermato rilevato come sia «opinione consolidata che, da un lato, le associazioni, le fondazioni e, più in generale, tutti gli enti privati con fini ideali o altruistici possono svolgere attività di impresa, almeno per quei tratti di attività produttiva condotta con metodo economico, dall'altro anche i servizi cosiddetti "sociali", connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, possono risultare compatibili con la nozione di servizio di rilevanza economica se e nel momento in cui presentano, per le modalità di esplicazione, una rilevante componente economica, tesa ad assicurare non solo la mera copertura delle spese sostenute, ma anche un potenziale profitto d'impresa (si veda, a tal proposito, Cons. di Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072)».

<sup>31</sup> La Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, delib. 12 luglio 2010, n. 753, ha segnalato che «quanto alla compatibilità fra il tipo "fondazione" e l'esercizio di attività imprenditoriali, la Sezione con la delibera n. 1088/2009/COMP del 10 dicembre 2009 contenente l'approvazione della relazione sulle esternalizzazioni degli enti locali della Regione Lombardia ha evidenziato i principi giuridici mutuati dalla ivi richiamata giurispru-

Peraltro, nonostante pareri discordanti in ambito giurisprudenziale, alle fondazioni è consentita anche la partecipazione a gare pubbliche<sup>32</sup>.

---

denza comunitaria, con la conclusione che la fondazione di diritto privato non può che essere costituita per fini di pubblica utilità, senza escludere che essa possa esercitare anche attività d'impresa, ma prevedendo che tale esercizio possa essere consentito solo se ed in quanto appaia funzionale alla realizzazione dei fini primari della fondazione medesima».

<sup>32</sup> Il Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897 ha ammesso la partecipazione delle fondazioni alle gare pubbliche. Come precisato da F. LOGIUDICE, *Fondazioni: è ammessa la partecipazione a gare pubbliche*, in *Altalex*, 24 luglio 2009, il Consiglio di Stato ha affermato che «che anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possono soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi", considerata la personalità giuridica che le fondazioni vantano nonché 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. In tal senso, infatti, depone anche il rilievo che la definizione comunitaria di "impresa" abilitata a partecipare alle commesse pubbliche, non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, bensì da elementi oggettivi, quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito di un'attività di impresa realizzata dall'organizzazione non necessariamente svolta come attività principale, con la conseguenza che tale qualificazione è riferibile anche alle fondazioni». Anche il T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 29 luglio 2009, n. 4500, ha confermato la possibilità per le fondazioni di prendere parte a gare pubbliche e «deve pertanto ammettersi, in linea di principio, la partecipazione anche di fondazioni ed enti pubblici alle procedure di affidamento di contratti pubblici, con la riserva peraltro di verificare la compatibilità di eventuali agevolazioni (specie di natura fiscali) concesse a tali soggetti con i principi posti a tutela della concorrenza ed in tema di aiuti di stato, sulla scorta di quanto già affermato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale nel caso delle c.d. fondazioni bancarie (cfr. Corte di Giustizia 10.1.2006 in causa C222/04; Cass. SS.UU. n. 27619/2006)». Tale tendenza è stata confermata dal Cons. Stato, 10 settembre 2010, n. 6528. Anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, con il parere n. 127 del 23 aprile 2008

Più complessa sarebbe la valutazione di un affidamento «in house» ad una fondazione «pubblica» di un servizio da parte di un ente pubblico. In potenza, non sembrerebbero esserci controindicazioni ma, ove lo svolgimento di tali attività di carattere commerciale fosse prevalente rispetto agli scopi istituzionali no profit della fondazione, ciò varrebbe a qualificarla come una sorta di società di capitale di autoproduzione dell'ente stesso. Il giudice amministrativo ha precisato, peraltro, che laddove la fondazione «pubblica» manchi di uno solo dei requisiti necessari per procedere all'affidamento in house<sup>33</sup> (totale partecipazio-

ne pubblica al patrimonio della fondazione; controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dall'amministrazione aggiudicatrice e destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa) essa non può essere beneficiaria di un affidamento diretto<sup>34</sup>.

### 3.2. *Fondazione dotata di personalità giuridica.*

La fondazione «pubblica» deve possedere il requisito della personalità giuridica. In genere tale riconoscimento viene attribuito direttamente per legge o per regolamento, allorché viene disposta l'istituzione della fondazione. Non solo, per alcune tipologie di fondazio-

---

(PREC. 528/07), consultabile in [www.avcp.it](http://www.avcp.it), aveva avallato la partecipazione di enti no profit come le fondazioni alle gare di appalto pubbliche. Da ultimo v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 8 marzo 2011, n. 347.

<sup>33</sup> Il Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, ha ribadito che «i requisiti dell'in house providing, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente. La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Occorre, quindi, che l'ente possieda l'intero pacchetto azionario della società affidataria. Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente, servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare: a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati; b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale; c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale;

---

dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero; d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'in house, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti; ne consegue che l'in house esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza dominante dell'ente. Da ultimo, sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente: a) il controllo del bilancio; b) il controllo sulla qualità della amministrazione; c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali».

<sup>34</sup> Cfr. F. LOGIUDICE, *Fondazioni lirico-sinfoniche: no all'affidamento in house*, nota a Cons. Stato, 25 novembre 2008, n. 5781, in *Altalex*, 17 dicembre 2008, che fa riferimento ad una fondazione lirica nel cui statuto era formalmente previsto la non rispondenza e rappresentanza del presidente e del consiglio di amministrazione rispetto agli organi pubblici che li avevano designati.

ni «pubbliche» o, comunque, di fondazioni private esercenti attività di pubblico interesse ma non assimilabili alla categoria in parola, vengono, altresì, istituiti speciali albi<sup>35</sup>. Ad esempio, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, recante attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 32, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, in materia di trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza, attribuisce alle fondazioni «trasformate» la personalità giuridica di diritto privato, mentre il successivo art. 4 del medesimo decreto istituisce l'albo delle associazioni e delle fondazioni che gestiscono attività di previdenza ed assistenza.

L'art. 4 del d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, recante disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato, prevede l'attribuzione a queste l'ultima della personalità giuridica di diritto privato.

I decreti legislativi che dispongono la trasformazione di enti pubblici in fondazioni attuativi delle deleghe contenute nell'art. 11 della legge n. 59/1997 (c.d. "Bassanini") dispongono il riconoscimento della personalità giuridica degli enti «trasformati»<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> V. art. 10, comma 3, lett. k), d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153 (Fondazioni di origine bancaria).

<sup>36</sup> Art. 2, d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19 (Fondazione La Biennale di Venezia); art. 1, comma 1, d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 20 (Fondazione Istituto nazionale per il dramma antico); art. 1, comma 1, d.lgs. 23 aprile 1998, n. 134 (Trasformazione in fondazione degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate); art. 1, comma 1, d.lgs. 20 luglio 1999, n. 273 (Fondazione La Triennale di Milano); art. 4, comma 1, d.lgs. 20 luglio 1999, n. 258 (Fondazione Museo nazionale della scienza e della tecnologia Leonardo da Vinci); art. 3, comma 1, d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 419 (Riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali e Fondazione esposizione quadriennale d'arte di Roma). La personalità giuridica è attribuita con norme particolari

3.3. *Attività della fondazione 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.*

Il parametro di riconoscimento di una fondazione «pubblica» che maggiormente abbisogna di una peculiare analisi, al fine di determinare la configurazione giuridica dell'ente in argomento, è quello relativo alla determinazione del controllo sulla fondazione esercitato da uno o più soggetti pubblici.

Una fondazione deve intendersi soggetta al controllo esercitato da soggetti pubblici quando si configuri almeno uno dei seguenti presupposti.

3.3.1. *Il finanziamento della fondazione sia in misura maggioritaria attribuibile a uno o più soggetti pubblici.*

---

anche nei seguenti casi: art. 2, comma 1, d.lgs. n. 153/1999 (Fondazioni di origine bancaria); art. 1, comma 1, d.l. 24 novembre 1999, n. 345 (Fondazioni lirico-sinfoniche); art. 16, comma 3, d.lgs. 4 maggio 2001, n. 207 (Fondazioni IPAB). Per il riconoscimento della personalità giuridica delle fondazioni universitarie di diritto privato, a norma dell'articolo 59, comma 3, della L. 23 dicembre 2000, n. 388, l'art. 1, comma 3 del D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254 rinvia al procedimento «ordinario» di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361. L'art. 1, comma 1 del D.M. (beni e attività culturali) 27 novembre 2001, n. 491 (costituzione e partecipazione a fondazioni da parte del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'articolo 10 del d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368) sembra rinviare al procedimento di riconoscimento ordinario. L'art. 1, comma 1, del d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288 (Trasformazione degli IRCCS in fondazioni) attribuisce alla nascenti fondazioni personalità giuridica.

Il concetto di «finanziamento» di una fondazione è assai diverso da quello riferibile agli enti imprenditoriali. Infatti, la fondazione viene dotata di un patrimonio iniziale vincolato al perseguimento degli scopi statutari e, da quel momento, si dovrebbe verificare un «distacco» tra le intenzioni riferibili al fondatore e gli scopi iscritti nell'atto di fondazione. L'amministrazione e la remunerazione del patrimonio è strumentale, appunto, al perseguimento dei fini istituzionali della fondazione (mai al conseguimento di un profitto da dividere tra i partecipanti alla fondazione stessa, essendo ente no profit per definizione). Essa, peraltro, secondo quanto previsto dallo statuto, può disporre di ulteriori entrate (contributi di aderenti e sostenitori; elargizioni, contributi, erogazioni da parte di soggetti pubblici e privati; attività commerciale in misura marginale e, comunque, i cui profitti devono essere impiegati in attività istituzionali dell'ente, altre fonti).

Per quanto riguarda il «finanziamento» di una fondazione, dunque, dobbiamo riferirci alla possibilità di versare contributi, elargizioni o erogazioni varie da parte dei soggetti pubblici. Il riconoscimento di somme ad una fondazione avverso l'espletamento di determinati servizi non sarebbe, infatti, una forma di finanziamento, ma andrebbe classificata come una vera e propria corresponsione di un compenso avverso il compimento di una determinata prestazione (con tutte le conseguenze, anche fiscali, del caso e l'eventuale espletamento di preventive procedure ad evidenza pubblica).

Per verificare il «peso» del finanziamento dei soggetti pubblici nei confronti di una fondazione è necessario, dunque, verificare:

- la misura della partecipazione dei soggetti pubblici al fondo di dotazione iniziale;

- la misura delle contribuzioni economiche successive riconosciute dai soggetti pubblici alla fondazione.

Laddove il fondo di dotazione iniziale fosse versato da soggetti pubblici in misura preponderante ci troveremmo senza dubbio dinnanzi a quella forma di finanziamento in misura maggioritaria attribuibile ai predetti soggetti pubblici. Anche laddove le diverse forme di entrata della fondazione fossero minori in termini quantitativi rispetto agli interventi economici garantiti da soggetti pubblici (si pensi a contributi annuali versati da un comune ad una fondazione sulla base di un atto convenzionale che superano in valore assoluto tutte le altre forme di entrata) si configurerebbe un «finanziamento maggioritario».

L'indice in considerazione *in parte qua* non sembra poter caratterizzare come «pubblica» una fondazione in senso assoluto. Potremmo avere, infatti, una fondazione privata con personalità giuridica, istituita per soddisfare bisogni di interesse generale, che riceve periodicamente contributi pubblici che superano l'ammontare del resto delle entrate della fondazione medesima<sup>37</sup>. Se gli enti pubblici che

---

<sup>37</sup> In generale, non esiste uno specifico divieto per gli enti pubblici di erogare contributi a favore di fondazioni. Come precisato dalla Corte dei Conti, Sez. contr. Lombardia, del. 5 novembre 2010, n. 979, «in relazione ai rapporti patrimoniali fra comuni e fondazioni di diritto privato che svolgono servizi d'interesse pubblico sul territorio di riferimento dell'ente locale ed in particolare sulla erogazione di contribuzioni e provvidenze finalizzate alla conservazione o all'incremento patrimoniale dell'ente morale» vige il principio generale per cui «se l'azione è intrapresa al fine di soddisfare esigenze della collettività rientranti nelle finalità perseguite dal comune, l'erogazione di un finanziamento non può equivalere a un depauperamento del patrimonio comunale, in considerazione dell'utilità che l'ente o la collettività ricevono dallo svolgimento del servizio pubblico o di interesse pubblico effettuato dal soggetto che riceve il contributo (Corte conti, sez. contr. Lombardia, 29 giugno 2006, n.

«finanziano» la fondazione non avessero possibilità di nominare i rappresentanti legali della fondazione e gli altri organi di essa, ci si troverebbe dinnanzi al fatto che la fondazione privata, pur ricevendo ingenti risorse pubbliche, non sarebbe soggetta ad alcun tipo di controllo da parte degli enti pubblici finanziatori. La «semplice» contribuzione di enti pubblici a fondazioni non è di per se elemento idoneo a caratterizzarne il controllo come può essere la partecipazione maggioritaria in una società di capitale<sup>38</sup>. Affinché si possa parlare di organi-

smo di diritto pubblico, è necessario che al finanziamento, vitale per l'attività di detto soggetto, si leghi un controllo e una partecipazione pubblica alle decisioni. Dunque, per definire una fondazione come «pubblica» è necessario che sussista un effettivo controllo sulla gestione di essa da parte di un ente pubblico (ciò può avvenire anche laddove lo statuto della fondazione preveda poteri gestionali che consentono il controllo della fondazione a enti pubblici che, in ipotesi, partecipano ad essa con un impegno finanziario inferiore rispetto agli altri aderenti privati).

9/pareri/2006)». Peraltro, «la natura pubblica o privata del soggetto che riceve l'attribuzione patrimoniale è indifferente se il criterio di orientamento è quello della necessità che l'attribuzione avvenga allo scopo di perseguire i fini dell'ente pubblico, posto che la stessa amministrazione pubblica opera ormai utilizzando, per molteplici finalità (gestione di servizi pubblici, esternalizzazione di compiti rientranti nelle attribuzioni di ciascun ente), soggetti aventi natura privata e che nella stessa attività amministrativa la legge di disciplina del procedimento amministrativo, prevede che l'amministrazione agisca con gli strumenti del diritto privato ogniqualvolta non sia previsto l'obbligo di utilizzare quelli di diritto pubblico (legge n. 241/90, come modificata dalla legge n. 15/2005)». La Corte, evidenzia, infine, che «a) l'erogazione di provvidenze e contribuzioni pubbliche con carattere di continuità in favore di enti terzi che svolgono servizi di pubblica utilità non può equivalere a un depauperamento del patrimonio comunale, in considerazione dell'utilità che l'ente o la collettività ricevono dallo svolgimento del servizio pubblico o dell'attività di pubblico interesse effettuata dal soggetto che riceve il contributo; b) lo schema della fondazione di diritto privato non si presta ad interventi del comune volti a ripianare perdite pregresse o disavanzi di amministrazione; c) forme di contribuzione o di finanziamento in favore della fondazione devono essere previsti ed erogati nella cornice normativa della convenzione o del contratto di servizio o in programmi pluriennali di realizzazione degli investimenti idonei ad incrementare la resa qualitativa e quantitativa del servizio pubblico [preso in considerazione]».

<sup>38</sup> In ogni caso la contribuzione da parte di un ente locale ad una fondazione deve trovare idonea giustificazione nell'ambito del perseguimento di interessi pubblici. Per una qualifica dei contributi da parte di un ente locale ad

una fondazione, cfr. Corte dei Conti, Sez. contr. Lombardia, del. 28 gennaio 2010, n. 9. La medesima Sezione (del. 21 dicembre 2009, n. 1138) ha chiarito anche che «è possibile, che il rapporto fra il Comune e la fondazione relativo allo svolgimento dell'attività di interesse locale venga regolamentato da una specifica convenzione che ben può prevedere l'erogazione di contributi finalizzati ad incrementare il patrimonio dell'ente morale, contribuendo così al raggiungimento dello scopo della fondazione in relazione ai bisogni della comunità locale (ad esempio, educazione ed assistenza). [...] In ogni caso è anche possibile che in relazione allo svolgimento di una particolare attività che rientri fra le competenze dell'ente locale e che venga svolta dall'ente morale, il Comune possa accollarsi specifiche spese, anche attinenti alla ordinaria gestione (luce, riscaldamento dei locali della scuola), purché finalizzate allo svolgimento di un particolare servizio, direttamente riconducibile agli interessi della Comunità locale». Peraltro «mentre il Comune può erogare specifici contributi ad una fondazione, l'ente locale non può accollarsi l'onere di ripianare di anno in anno (mediante la previsione di un generico contributo annuale) o anche occasionalmente le perdite gestionali della fondazione perché alle stesse deve essere in grado di far fronte la Fondazione col suo patrimonio. Ove l'ente locale assuma l'impegno di far fronte alle perdite gestionali, sia mediante l'erogazione di generici contributi annuali che il formale ripiano occasionale di perdite, viene meno la natura di Fondazione dell'organismo agevolato che, di fatto, si trasforma in ente strumentale del Comune, assumendo natura pubblica alla stessa stregua di un'azienda speciale o di un organismo societario».

3.3.2. *La gestione della fondazione sia soggetta al controllo di soggetti pubblici o organismi di diritto pubblico 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.*

Per avere un riscontro certo in ordine alla qualificazione pubblicistica di una fondazione è necessario che sussista un controllo effettivo o un'attività di vigilanza penetrante che si esprime con poteri insindacabili sull'organizzazione o sul funzionamento o sulla provvista degli organi della fondazione di un soggetto pubblico. Peraltro, in quest'ultimo caso è anche possibile che vi sia, da parte dell'ente pubblico, la possibilità di nominare membri degli organi della fondazione che, per legge o per statuto, possono (o, addirittura, devono) operare senza alcun vincolo di "mandato imperativo".

Se non è direttamente la legge o il regolamento che dispone le adeguate forme di controllo di cui sopra è nello statuto della fondazione che devono rinvenirsi le regole che disciplinano le modalità e le forme di ingerenza dei soggetti pubblici nei confronti della fondazione «pubblica»<sup>39</sup>.

### 3.3.2.1. *Il controllo «per legge».*

#### 3.3.2.1.1. *Fondazioni gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza.*

Nonostante operino con autonomia gestionale, organizzativa e contabile, le fondazioni che operano in qualità di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza, ai sensi

del d.lgs. n. 509/1994, sono sottoposte alla vigilanza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali nonché dagli altri Ministeri rispettivamente competenti ad esercitare la vigilanza per gli enti trasformati ai sensi del citato decreto. I suddetti dicasteri approvano lo statuto delle fondazioni e gli atti di maggiore importanza (delibere in materia di contributi e prestazioni), mentre nei collegi dei sindaci deve essere assicurata la presenza di rappresentanti delle predette Amministrazioni<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Il Consiglio di Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, ha qualificato gli enti derivati dalla privatizzazione ex d.lgs. n. 509/1994 come «organismi di diritto pubblico». S. DEL GATTO, *Natura privata e «sostanza pubblica» - Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato* ope legis, nota a Cons. Stato n. 182/2006, in *Foro amm.* CDS 2006, fasc. 2, p. 579 ss., rileva come «in effetti, al pari di altri decreti di privatizzazione, la normativa sulle Casse di previdenza dei liberi professionisti presenta numerose ambiguità - tra cui la previsione di intensi controlli - di certo idonee a far dubitare dell'effettiva e sostanziale privatizzazione delle stesse. Il carattere sostanziale della definizione di organismo di diritto pubblico, porta, tuttavia, ad escludere, in presenza di una corretta interpretazione della normativa, che il controllo di cui al d.lgs. n. 509 del 1994 integri il requisito della dominanza pubblica. La previsione di controlli, infatti, non è incompatibile con la natura privata del soggetto; rilevante, nella ricerca di un'eventuale incompatibilità, è, invece, il contenuto del controllo. Un controllo di legittimità e non di merito, in base al quale il controllore dovrà limitarsi a valutare la corrispondenza con le norme di legge e statutarie - preventivamente individuate - senza alcuno spazio per altre valutazioni, ad esempio, appare in linea con l'autonomia di soggetti dichiarati privati dal legislatore. Di conseguenza, può escludersi la «dominanza pubblica» e la conseguente applicabilità della nozione di organismo di diritto pubblico, quando il parametro del controllo sia una norma e non una politica, o un indirizzo o comando politico; ovvero quando le norme di riferimento siano applicate dai controllati e non dall'autorità di controllo; e infine, quando si tratti di controlli tipizzati onde assicurare la massima garanzia ai soggetti di tale controllo. [...] La sentenza della sesta sezione, sebbene superi alcuni fraintendimenti del passato, mantiene fermo l'atteggiamento volto ad estendere il più possibile l'applicazione della nozione di orga-

---

<sup>39</sup> Il controllo da parte di un Comune su fondazioni da esso partecipate si può sostanziare nella nomina di membri del consiglio di amministrazione delle medesime (Corte dei Conti, Sez. contr. Toscana, del. 22 gennaio 2010, n. 4).

### 3.3.2.1.2. Fondazioni che operano nel settore musicale.

Le fondazioni risultanti dal processo di trasformazione in soggetti privati degli enti musicali di cui al d.lgs. n. 367/1996 presentano aspetti controversi che non consente una loro collocazione precisa, benché sia ragionevole collocarle tra le fondazioni «pubbliche»<sup>41</sup>. Il

---

nismo pubblico e soprattutto, volto ad equiparare questa nozione a quella di ente pubblico. A sostegno di questa tesi si pongono senza dubbio le effettive ambiguità contenute nei decreti di privatizzazione degli enti pubblici non economici, tuttavia, a fronte dell'espressa affermazione legislativa della loro natura privata e alla luce delle coordinate offerte dalla Corte costituzionale in materia di fondazioni di origine bancaria, il giudice, piuttosto che disconoscere le scelte legislative, dovrebbe sforzarsi di fornire un'interpretazione delle norme, per quanto possibile, compatibile con la riconosciuta autonomia privata e con il *genus* codicistico di riferimento. Il Consiglio di Stato, invece, in ragione della specialità di alcune delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 509 del 1994, considera la privatizzazione delle Casse di previdenza dei liberi professionisti solo formale, e su ciò - più che sull'effettiva sussistenza dei presupposti richiesti dalla normativa sull'organismo di diritto pubblico - sembra, ancora, basare le sue conclusioni. Questo ragionamento, tuttavia, contrasta con il dettato normativo correttamente interpretato, con la storia e le origini della Casse (che sorte nell'ambito della società civile sono state ad essa restituite) ed infine, contrasta con la funzione della nozione di organismo di diritto pubblico, dotandola di una vis espansiva che non ha, e non riconoscendole, al contrario, il suo effettivo ruolo di qualificazione aggiuntiva ai soli fini dell'applicazione della normativa appalti».

<sup>41</sup> M. IMMORDINO, *Le fondazioni*, cit., ritiene che «il legislatore ha trasformato in soggetti di diritto privato enti pubblici che effettivamente si connotavano sotto il profilo organizzativo, finanziario e funzionale, per la natura pubblicistica, e tali caratteri ha mantenuto nei soggetti risultanti dalla trasformazione, nonostante il *nomen*, dettandone una disciplina di stampo chiaramente pubblicistico. E ancora. Alle fondazioni operanti nel settore della musica, della danza e del teatro, si applicano anche, secondo un orientamento della giurisprudenza concernente in via generale i soggetti privati risultanti da una tra-

presidente di esse è il sindaco del comune nel quale esse hanno sede (art. 11), indipendentemente dalla misura dell'apporto al patrimonio della fondazione da parte del comune stesso. Inoltre, il decreto (art. 12) prevede che dei sette (otto o nove, a seconda di come previsto nello statuto) membri del Consiglio di amministrazione della fondazione, almeno tre siano di origine «pubblica» (il presidente, un rappresentante dell'Autorità di governo per lo spettacolo - due se il Consiglio è composto di nove membri, uno per la regione nel territorio della quale ha sede la fondazione. Il collegio dei revisori è nominato con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con l'autorità di Governo competente in materia di

---

sformazione, alcuni istituti di diritto pubblico. Si pensi, ad esempio, agli atti negoziali, ed in particolare ai contratti. Orbene è opinione ormai comune che, non soltanto per i contratti di appalto di servizi, di lavoro, di forniture, devono applicarsi le regole dell'evidenza pubblica - ricorrendo nelle fondazioni teatrali, così come disciplinate dal legislatore, i presupposti che ne consentono la riconduzione alla categoria dell'organismo di diritto pubblico - ma anche per la rimanente attività contrattuale. E ciò in considerazione del fatto che il finanziamento, sia sotto il profilo dell'apporto iniziale al patrimonio della fondazione, sia sotto il profilo del sovvenzionamento annuale, è in misura maggioritaria di provenienza pubblica. Circo- stanza, questa, che, unitamente al fatto che la fondazione continua ad esercitare la stessa attività d'interesse pubblico già esercitata dagli enti pubblici privatizzati, fonda la tesi della giurisprudenza che ritiene invariato il regime dell'azione di responsabilità innanzi alla Corte dei Conti». L'A. conclude col rilevare che «anche in questo caso è prevalsa la "magia" delle parole (Marasà), nell'intento di esorcizzare un passato dominato da miti ed ideologie riconducibili ad una primazia dell'autorità amministrativa dovuta al fatto di essere istituzionalmente preordinata al perseguimento del pubblico interesse (M. Spasiano), con conseguente primazia del diritto pubblico, primazia che solo formalmente con la normativa sulle fondazioni teatrali si è cercato di superare, poiché nei fatti i soggetti qualificati come privati sono rimasti sostanzialmente pubblici, assoggettati ad una disciplina pubblicistica».

spettacolo. Il decreto prevede poteri particolari e penetranti da parte del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 16, in materia di scritture contabili e bilancio). Ai sensi dell'art. 15 del decreto la gestione finanziaria delle fondazioni è soggetta al controllo della Corte dei Conti alle condizioni e con le modalità di cui alla legge 21 marzo 1958, n. 259. Infine (art. 19), L'autorità di Governo competente in materia di spettacolo verifica il rispetto degli impegni cui è subordinata la conservazione dei diritti e delle prerogative riconosciuti dalla legge agli enti originari e dispone ispezioni (anche su segnalazione del Ministero dell'economia e delle finanze) che possono condurre alla dichiarazione di decadenza delle fondazioni dai diritti e dalle prerogative riconosciute. Peraltro, lo statuto deve prevedere le modalità di partecipazione dei fondatori privati, il cui apporto complessivo al patrimonio della fondazione non può superare la misura del 40 per cento del patrimonio stesso. La disciplina delle fondazioni in argomento è stata modificata dal d.lgs. n. 134/1998, prima e, da ultimo, dal D.P.R. 19 maggio 2011, n. 117. Una poco significativa partecipazione dei privati a tali fondazioni lascia inalterata la loro sostanziale «anima» pubblicistica, mentre la permanenza di norme vincolanti in materia di vigilanza e controllo pubblico delle medesime si pone come ostacolo, non giuridico ma fattuale, ad una «totale» privatizzazione delle stesse. Anche con il D.P.R. n. 117/2011, per le «forme organizzative speciali» che possono assumere le fondazioni lirico-sinfoniche, rimane l'alta vigilanza del Ministero per i beni e le attività culturali (art. 4, D.P.R. n. 117/2011) che si estrinseca nell'approvazione dello statuto, nella verifica del perseguimento, da parte della fondazione, delle finalità di cui all'articolo 3 del d.lgs. n. 367/1996, nell'esame dei bilanci consuntivi, nella verifica dei presupposti e del-

le condizioni per l'applicazione delle misure di amministrazione straordinaria, nella verifica del rispetto, da parte della fondazione, degli impegni di cui all'articolo 17 del d.lgs. n. 367/1996, ai fini della conservazione dei diritti e delle prerogative riconosciuti dalla legge agli enti originari.

### 3.3.2.1.3. *Fondazioni frutto della «privatizzazione» ex art. 11 della legge n. 59/1997.*

Nei decreti legislativi adottati a seguito delle «trasformazioni» disposte dalla «prima legge Bassanini», traspare la reale intenzione del legislatore di mantenere sotto una salda disciplina pubblicistica le fondazioni create al fine di «privatizzare» alcuni soggetti pubblici impegnati in attività di carattere culturale.

Nonostante le norme prevedano la possibilità per i privati, secondo modalità disciplinate dallo statuto, di partecipare alle fondazioni (art. 5, d.lgs. n. 19/1998; art. 5, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 20/1998; art. 4, d.lgs. n. 134/1998; art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 273/1999), la nomina del presidente di esse viene sempre riservata ad un ente pubblico o, addirittura, viene direttamente designato per legge (Ministero beni e attività culturali – art. 8, comma 1, d.lgs. n. 19/1998; Sindaco di Siracusa – art. 5, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 20/1998; art. 3, d.lgs. n. 134/1998, in via transitoria in attesa della partecipazione di soggetti privati) e la maggioranza del Consiglio di amministrazione viene riservata ai membri «pubblici» - in genere rappresentanti o loro delegati degli enti locali (art. 9, d.lgs. n. 19/1998; art. 5, d.lgs. n. 20/1998; art. 3, d.lgs. n. 134/1998, in via transitoria in attesa della partecipazione di soggetti privati; art. 5, d.lgs. n. 273/1999). Anche la nomina del collegio dei revisori dei conti può essere appannaggio di Ministri (art. 12, d.lgs. n. 19/1998).

La gestione finanziaria è soggetta al controllo della Corte dei Conti, alle condizioni e con le

modalità della legge 21 marzo 1958, n. 259 (art. 20, comma 2, d.lgs. n. 19/1998; art. 8, comma 2, d.lgs. n. 20/1998; art. 8, comma 2, d.lgs. n. 273/1999), mentre l’Autorità di vigilanza (il Ministero per i beni e le attività culturali – art. 24, d.lgs. n. 19/1998; art. 9, d.lgs. n. 20/1998; art. 10, comma 1, d.lgs. n. 273/1999) può esercitare penetranti poteri sulla gestione delle fondazioni, sino a procedere, ove ne ricorrano i presupposti, ad un’amministrazione «straordinaria» (art. 23, d.lgs. n. 19/1998, art. 9, d.lgs. n. 20/1998; art. 10, d.lgs. n. 273/1999).

#### 3.3.2.1.4. *La fondazione «per il merito scolastico».*

L’art. 9 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, come convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, ha istituito la Fondazione per il Merito per la realizzazione degli obiettivi di interesse pubblico del Fondo per il merito di cui all’ articolo 4 della legge 30 dicembre 2010, n. 240 nonché con lo scopo di promuovere la cultura del merito e della qualità degli apprendimenti nel sistema scolastico e nel sistema universitario. Il d.l. n. 70/2011 prevede la possibilità di aprire la partecipazione a privati (art. 9, comma 5, lett. a) e comma 9) mentre lo statuto della Fondazione è approvato con decreto del Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze e con il Ministro della gioventù (art. 9, comma 5) e la vigilanza di essa è attribuita al Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca ed al Ministero dell’economia e delle finanze.

#### 4. *Fondazioni pubbliche come soggetti «in house»<sup>42</sup>.*

---

<sup>42</sup> La disciplina degli affidamenti in house è recentemente, profondamente mutata a seguito delle consultazioni referendarie svoltesi l’11 e il 12 giugno 2011. L’approvazione di uno dei quesiti referendari ha sancito l’abrogazione dell’articolo 23-bis del decreto-legge 25

L’assimilazione all’organismo di diritto pubblico non è, di per se, idonea a caratterizzare con certezza una fondazione «pubblica» come una modalità organizzativa propria di una pubblica amministrazione. Infatti, come rilevato sopra, si possono avere fondazioni «pubbliche» a partecipazione privata che, benché enti impegnati nel perseguimento di interessi pubblici con una componente maggioritaria pubblica, non possono essere assimilati a vere e proprie «forme» organizzative della P.A.

Solo un soggetto «totalmente» pubblico può essere assimilato ad una P.A. o ad una vera e propria partizione di essa e per verificare ciò è necessario ricorrere ad un ulteriore parametro di classificazione delle fondazioni «pubbliche» che è quello della eventuale riconduzione ad

---

giugno 2008, n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, disposta con D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113. In estrema sintesi, la caducazione dell’art. 23-bis (come riformato dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166), fa venir meno tutti quei “paletti” fissati dal Legislatore italiano in ordine alla possibilità di ricorrere all’affidamento “in-house” per la gestione dei servizi pubblici locali, ulteriori rispetto a quanto disposto dalla normativa europea e a quanto elaborato dai giudici comunitari. Le disposizioni dell’art. 23-bis, ora abrogato, e del conseguente d.P.R. 7 luglio 2010, n. 168 (Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell’articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133) che deve intendersi espunto dall’ordinamento poiché emanato sulla base di una norma non più esistente, avevano delineato condizioni maggiormente garantiste del principio di concorrenza iscritto nell’art. 106 del TFUE (ex art. 86 TUE), rendendo più gravoso per gli enti locali ricorrere all’autoproduzione dei servizi attraverso la costituzione di società pubbliche. Sia consentito rinviare a V. SARCONE, *Servizi pubblici locali: l’in-house providing dal de profundis alla “nuova vita” grazie ai referendum di giugno*, in *Amministrativamente*, fasc. 3/2011.

un soggetto «in house» dell'Amministrazione<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> «Come è noto, l'espressione in *house providing* (usata per la prima volta in sede comunitaria nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) identifica il fenomeno di "auto-produzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: ciò accade quando quest'ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato. Il modello si contrappone a quello dell'*outsourcing*, o *contracting out* (la c.d. esternalizzazione), in cui la sfera pubblica si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e /o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa. La prima definizione giurisprudenziale della figura è fornita dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 18 novembre 1999, causa C-107/98 – Teckal. In quella sede – a estrema sintesi delle considerazioni della Corte – si è affermato che non è necessario rispettare le regole della gara in materia di appalti nell'ipotesi in cui concorrano i seguenti elementi: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza». [...] Alla base dell'istituto dell'*in house*, vi è, infatti, una nozione sostanziale di contratto: la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che la nozione di contratto implica l'esistenza di una relazione intersoggettiva, implica cioè l'esistenza di almeno due soggetti che siano sostanzialmente distinti. Non c'è pertanto contratto (e non si applicheranno allora le regole comunitarie a tutela della concorrenza nella scelta del contraente), laddove l'Amministrazione si rivolga per reperire una determinata prestazione ad un soggetto che, pur essendo formalmente dotato di personalità giuridica diversa dall'Amministrazione, è sottoposto tuttavia ad un controllo gerarchico così intenso da parte dell'Ente, che può essere assimilato al controllo che l'Amministrazione esercita sulle proprie strutture interne. In presenza di tali condizioni, quindi, non c'è contratto perché manca una relazione intersoggettiva. C'è al contrario un rapporto organico (o di delegazione interorganica), venendo a mancare la qualità di terzo in capo al soggetto affidatario. La delega interorganica e il conseguente rapporto di strumentalità dell'ente affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice rendono allora lo svolgimento della prestazione una vicenda tutta interna

Il diritto comunitario disciplina le modalità di affidamento di appalti o concessioni da parte di pubbliche amministrazioni mediante un complesso regolatorio che mira all'instaurazione della concorrenza effettiva, intesa come ambito ove viene garantita agli operatori economici l'esplicazione delle libertà di stabilimento e prestazione di servizi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE (ora artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE), attraverso l'osservanza dei canoni della parità di trattamento, della trasparenza, del mutuo riconoscimento e della proporzionalità<sup>44</sup>. L'affidamento di servizi pubblici, nell'ottica europea ascrivibili alla nozione di «servizi pubblici di interesse economico generale», pur non essendo direttamente disciplinato dalle direttive in materia di appalti, è assoggettato al rispetto dei citati principi generali in base al disposto dell'art. 86 (ora art. 106 TFUE), secondo paragrafo, del Trattato secondo cui «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme del Trattato ed, in particolare, alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di esse non osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, della specifica missione loro affidata».

Poiché la nozione comunitaria di impresa prescinde dal carattere pubblico o privato del soggetto ad essa preposto, i gestori di pubblici servizi sono tenuti, al pari di qualsivoglia operatore economico, al rispetto delle regole con-

---

alla pubblica amministrazione (R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, Relazione al Convegno sul codice dei contratti pubblici del 19 ottobre 2007, Palazzo Spada, per il decennale della rivista *Urbanistica e Appalti*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>44</sup> A. AZZARITI, *Evoluzione del modello organizzativo in house providing e problematiche applicative nel settore della gestione dei rifiuti*, in *Amministrativamente*, fasc. 4, 2010.

correnziali a meno che non si configuri la concessione di diritti speciali o esclusivi, sub specie di monopoli o attribuzione di finanziamenti pubblici, ovvero si versi in ipotesi di affidamento secondo il modello in house providing. In quest'ultimo caso viene riconosciuta alle pubbliche amministrazioni la facoltà di auto-produrre il servizio da erogare o di espletare internamente le prestazioni di cui necessitano, avvalendosi di strutture ad esse gerarchicamente collegate che, pur rivestendo forma societaria, non si pongono rispetto ad esse in posizione di terzietà.

I requisiti affinché una pubblica amministrazione possa procedere ad un affidamento in house ad un soggetto formalmente «privato», ma sostanzialmente «pubblico» sono i seguenti:

- l'esercizio da parte dell'ente committente, sul soggetto affidatario, di un «controllo analogo» a quello che esercita sui propri servizi;
- la necessità che il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente committente (o gli enti se son più di uno) che la controlla.

In ragione del «controllo analogo» e della «destinazione prevalente dell'attività», l'ente in house non può ritenersi «terzo» rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture<sup>45</sup>.

La sussistenza del «controllo analogo» viene ravvisata in presenza di:

- capitale interamente pubblico e divieto di apertura a capitali privati;
- dipendenza economica e finanziaria della società nei confronti dell'ente affidante;
- riserva in capo ai soci pubblici di poteri di designazione degli organi sociali;
- esercizio da parte dell'ente controllante di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti della società mediante poteri di indirizzo rafforzati rispetto ai diritti attribuiti ai soci dal diritto comune - sub specie di direzione, coordinamento e supervisione;
- assenza in capo agli organi sociali di ampi poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Elementi sintomatici del requisito della «destinazione prevalente dell'attività» sono invece ritenuti:

- l'oggetto sociale limitato al servizio affidato;
- l'assenza di vocazione commerciale nell'attività svolta.

Ora, in relazione a quanto sopra, affinché una fondazione «pubblica» possa considerarsi come un'articolazione di una P.A., devono ricorrere i presupposti prima elencati<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Il tema dell'affidamento di servizi in house ad una fondazione è già stato affrontato in dottrina. In particolare, C. CASAVECCHIA, *Affidamento in house providing di servizi socio-sanitari a fondazioni di diritto privato*, in *Nuova Rassegna*, fasc. 13-14, 2009, consultabile in [www.nuovarassegna.it](http://www.nuovarassegna.it), ha rilevato che «in considerazione del principio che il fondatore è libero di costituire una fondazione di diritto privato fissando le regole di funzionamento della stessa, si è dimostrato che l'affidamento in house providing nei confronti di una fondazione da parte di un Ente pubblico può essere legittimo: la legittimità dell'operazione risiederà nella misura in cui si verranno predisposte clausole statutarie utili a garantire la presenza di un penetrante controllo in capo all'[ente conferente]. Per configurare realmente la presenza del «controllo

---

<sup>45</sup> R. GIOVAGNOLI, *Gli affidamenti*, cit.

In particolare, il vincolo del capitale interamente pubblico ed il divieto di apertura a capitali privati deve essere inteso nel senso che l'eventuale erogazione di contributi da parte di privati alla fondazione non deve essere intesa come «partecipazione» alla stessa alla quale possa essere ricollegato un diritto di provvista degli organi della fondazione medesima, ma come semplice «versamento» di contributi volontari ai quali non è ricollegato alcun effetto giuridico.

Al fine, dunque, di poter classificare come organismo «in house» una fondazione, è necessario che all'interno dello Statuto non siano previste partecipazioni «attive» di privati alla fondazione<sup>47</sup>.

---

analogo» (requisito indispensabile per legittimare l'affidamento diretto) si è così ritenuto opportuno mutuare le indicazioni e gli orientamenti interpretativi emersi dalla copiosa attività della Corte di giustizia e dalle, altrettanto numerose, sentenze del Consiglio di Stato e dei T.A.R. italiani intercorse negli ultimi dieci anni. Di conseguenza, sono state previste specifiche clausole statutarie quali: il potere di nomina e revoca degli amministratori da parte dell'[ente affidatario]; la presenza di controlli preventivi e successivi su determinate materie gestionali ritenute strategiche; il potere di direttiva e, più in generale, l'obbligo di conformazione di tutta l'attività della fondazione di diritto privato alle finalità e agli indirizzi espressi dall'[ente affidatario]; l'assegnazione alla fondazione del compito di svolgere attività strumentali alle attività istituzionali dell'[ente affidatario] con lo scopo di ottenere una riduzione della spesa per l'Ente fondatore con eventuale devoluzione di utili e/o avanzi di gestione in favore dello stesso diretti al perseguimento delle relative finalità istituzionali».

<sup>47</sup> Al fine di classificare un fondazione come organismo «in house» la Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, delib. n. 753/2010, cit., ha osservato che «la presenza di membri del consiglio di amministrazione nominati in via totalitaria o maggioritaria dal comune di riferimento, unitamente alla stipula di contratti di servizio e di contribuzioni periodiche a sostegno dell'integrità patrimoniale della fondazione, sono indici sistematici della sua natura di organo interno dell'amministrazione comunale. In tale caso, come si è più volte ribadito, la fondazione non sa-

4.1. *Alcuni esempi di fondazioni considerate «in house».*

Alcune amministrazioni territoriali hanno istituito delle fondazioni che hanno definito come propri organismi «in house».

È il caso della regione Calabria, che nell'ambito delle politiche della formazione per l'emersione del lavoro irregolare ai sensi dell'art. 8 della legge regionale n. 8 del 26 giugno 2003, ha istituito la «Fondazione Innovazione Emersione Locale Disegno Del Territorio», in breve «Fondazione F.I.E.L.D.»<sup>48</sup>. La vigilanza sulla fondazione è esercitata dalla regione Calabria, non è prevista la partecipazione di privati (il patrimonio è alimentato esclusivamente con fondi pubblici o con attività, anche imprenditoriali, di carattere strumentale), l'unico organo rappresentativo della Fondazione<sup>49</sup> è nominato dalla giunta regionale calabrese.

Ancora la regione Calabria ha proceduto alla trasformazione del Centro servizi avanzati ricerca, formazione e sviluppo agroalimentare della Calabria S.p.a. in fondazione onlus, denominata Fondazione Mediterranea Terina onlus, quale centro di ricerca internazionale con il compito di promuovere, sostenere e realizzare

---

rebbe altro che una forma organizzativa interna al perimetro della pubblica amministrazione comunale soggetta, al pari del comune, al principio invalicabile dell'art. 119 cost.»

<sup>48</sup> Ai sensi dello Statuto della Fondazione (disponibile in [www.fieldcalabria.org](http://www.fieldcalabria.org)) «scopo della Fondazione è quello di attuare e sostenere le politiche per l'emersione del lavoro irregolare e lo sviluppo locale attraverso attività di formazione, studio, ricerca ed osservatorio anche attraverso l'attuazione di progetti finanziati con risorse nazionali e comunitarie con l'obiettivo di valorizzare le risorse locali e favorire la crescita e l'innovazione dei sistemi locali e territoriali».

<sup>49</sup> Art. 7 dello Statuto: «Al Presidente sono attribuiti tutti i poteri di amministrazione e rappresentanza della Fondazione, nessuno escluso».

attività di ricerca industriale e sviluppo pre-competitivo, trasferimento dell'innovazione, alta formazione e diffusione della cultura scientifica con particolare riferimento ai settori agricolo, agroalimentare, agro-industriale ed ambientale, ai sensi dell'art. 32 della legge regionale 11 maggio 2007, n. 9. Lo Statuto della Fondazione (art. 18) prevede la vigilanza della Regione Calabria che «un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi attraverso la nomina diretta e fiduciaria, con le modalità per ciascuno previste, dagli organi di amministrazione, direzione e controllo». L'unico organo di amministrazione, il Presidente, è nominato dalla Giunta regionale. L'apertura a capitali privati non incide sulla totale partecipazione pubblica della fondazione.

#### 4.1.1. *Fondazioni come «enti strumentali».*

In alcuni casi il carattere «in house» di una fondazione pubblica non è afferabile con decisione, laddove non sia agevole provare la possibilità, da parte dell'ente o degli enti pubblici partecipanti, di esercitare un «controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi». La soluzione a tale dubbio potrebbe rappresentare dal considerare tale il controllo garantito dalla provvista degli organi della fondazione da parte degli enti fondatori in relazione ai quali vengono operate scelte fiduciarie e che preludono al rispetto dell'indirizzo (degli indirizzi) impartiti dai soggetti pubblici di riferimento.

La regione Piemonte ha scelto di affidare ad una fondazione ("XX Marzo 2006"), costituita con Provincia e Comune di Torino e Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), la gestione delle attività per «favorire lo sviluppo economico regionale post-olimpico, contribuendo altresì a quello ultraregionale, con particolare riferimento alle attività turistiche, sportive, culturali e sociali» (legge regionale 16 giugno

2006, n. 21). La Fondazione ha lo scopo di amministrare il patrimonio mobiliare ed immobiliare costituito dai beni realizzati, ampliati o ristrutturati, in occasione dei XX Giochi Olimpici Invernali Torino 2006 nonché dei IX Giochi Paraolimpici invernali e conferiti alla Fondazione medesima, favorendone l'utilizzazione e lo sfruttamento. Alla fondazione possono aderire anche ulteriori soggetti pubblici e privati (che a seguito della corresponsione di «rilevanti contribuzioni al patrimonio o al fondo di gestione della Fondazione» - art. 2, comma 5, legge reg. n. 21/2006 - possono assumere la qualifica di "Fondatori"). Peraltro, il Consiglio di amministrazione della fondazione del triennio 2008/2010 è stato composto di soli componenti «pubblici», al pari del Collegio dei revisori dei conti. La gestione degli impianti è stata successivamente affidata, dalla Fondazione, alla Soc. Parcolimpico s.r.l., prima impresa «pubblica» e ora partecipata per il 70% da imprenditori privati (a seguito di una gara pubblica – procedura aperta – espletata nel 2009). La regione Emilia-Romagna, unitamente ai Comuni e alle Province presenti sul territorio regionale, ha costituito la Fondazione emiliano-romagnola per le vittime dei reati. L'istituzione della Fondazione è prevista dall'art. 7 della legge regionale 4 dicembre 2003, n. 24. La Fondazione interviene «a favore delle vittime dei reati, compresi gli appartenenti alle forze di polizia nazionali e alla polizia locale, quando, da delitti non colposi, ne derivi la morte o un danno gravissimo alla persona». Benché lo Statuto apra alla futura partecipazione di soggetti privati (peraltro solo in qualità di «soci sostenitori»), i «soci fondatori» della Fondazione sono solo gli enti pubblici prima citati, mentre possono divenire «soci aderenti» gli enti locali della regione in forma singola o associata. L'assemblea dei soci si compone esclusivamente di soci fondatori e

soci aderenti (dunque, no privati) e provvede alla nomina degli organi di governo e contabili della fondazione. I rapporti tra la Regione e la Fondazione sono regolati da una convenzione in cui la seconda può essere considerata ente «strumentale» della prima.

Altro esempio di ente che svolge attività strumentali per le regioni Emilia-Romagna, Toscana e Liguria e per il Comune di Modena (oltre agli altri enti territoriali che ne diverranno Soci fondatori) è la fondazione (di partecipazione) denominata «Scuola interregionale di polizia locale» delle Regioni suddette.

#### 4.2. Lo «strano caso» della Fondazione Ugo Bordoni.

La fondazione Ugo Bordoni «è un'Istituzione di Alta Cultura e Ricerca, sottoposta alla vigilanza del Ministero dello Sviluppo Economico. La Fondazione realizza ricerche, studi scientifici e applicativi nelle materie delle comunicazioni elettroniche, dell'informatica, dell'elettronica, dei servizi pubblici a rete, della radio-televisione e dei servizi audiovisivi e multimediali in genere, al fine di promuovere il progresso scientifico e l'innovazione tecnologica. La Fondazione svolge attività di consulenza nei confronti del Parlamento, del Governo, delle Autorità amministrative indipendenti, delle Amministrazioni Pubbliche centrali e locali. Promuove iniziative di raccordo e di coordinamento con Università ed Enti di ricerca; svolge attività di formazione ed opera per la promozione e la tutela del patrimonio tecnologico e culturale del Paese»<sup>50</sup>. Ai sensi dell'art. 41, comma 5 della legge 16 gennaio 2003, n. 3 (come modificato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69) «la Fondazione, su richiesta dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ovvero di altre Autorità amministrative indipendenti,

svolge attività di ricerca ed approfondimento su argomenti di carattere tecnico, economico e regolatorio. Le modalità di collaborazione con il Ministero, con le altre amministrazioni pubbliche e con l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e altre Autorità amministrative indipendenti sono stabilite, nei limiti delle disponibilità delle amministrazioni, attraverso apposite convenzioni, predisposte sulla base di atti che stabiliscono le condizioni anche economiche cui la Fondazione Ugo Bordoni è tenuta ad attenersi nell'assolvere agli incarichi ad essa affidati». Il successivo comma 6 del predetto articolo, dispone che «lo statuto, l'organizzazione e i ruoli organici della Fondazione Ugo Bordoni sono ridefiniti in coerenza con le attività indicate al comma 5 e con la finalità, prevalente e dedicata, di ricerca e assistenza in favore del Ministero dello sviluppo economico, di altre amministrazioni pubbliche, nonché delle Autorità amministrative indipendenti». La medesima legge (art. 41, comma 7) affida, altresì, alla Fondazione la supervisione tecnica delle attività di sperimentazione di trasmissioni televisive digitali terrestri e di servizi interattivi, con particolare riguardo alle applicazioni di carattere innovativo nell'area dei servizi pubblici e dell'interazione tra i cittadini e le amministrazioni dello Stato, realizzate, sotto la vigilanza del Ministero delle comunicazioni e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Ai sensi dello Statuto la Fondazione Bordoni svolge una serie di attività di indubbia rilevanza pubblica quali:

- a) consulenza nei confronti del Governo, del Parlamento, delle Autorità amministrative indipendenti ed in particolare di quelle istituite ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, della legge 14 novembre 1995, n. 481, della legge 31 luglio 1997, n. 249 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, delle istitu-

<sup>50</sup> Fonte: sito internet della Fondazione – [www.fub.it](http://www.fub.it).

- zioni pubbliche e delle amministrazioni regionali e locali;
- b) assistenza al Governo, alle pubbliche amministrazioni nazionali e locali, agli organismi di diritto pubblico e alle Autorità indipendenti nella predisposizione di piani, programmi, progetti, anche integrati, per finalità di interesse generale;
  - c) collaborazione operativa con le autorità governative e pubbliche preposte alla vigilanza ed alla gestione delle comunicazioni elettroniche nella soluzione organica ed interdisciplinare delle problematiche di carattere tecnico, economico, finanziario, gestionale, normativo e regolatorio, compresa la realizzazione e gestione dei registri informatici;
  - d) fornitura di strumenti culturali e scientifici destinati al benessere e alla tutela dei cittadini, degli utenti nonché allo sviluppo del mercato;
  - e) promozione delle opportune iniziative di raccordo e di coordinamento con le attività scientifiche delle Università e degli Enti di ricerca;
  - f) elaborazione di studi e ricerche, anche sulla base delle indicazioni del Comitato dei Fondatori e del Comitato Scientifico, su richiesta di soggetti pubblici e privati, nazionali ed internazionali, ed in particolare dell'Unione europea;
  - g) concorso ad iniziative di formazione nei settori di competenza;
  - h) tutela e promozione della lingua e del patrimonio culturale e tecnologico italiano.

La fondazione, al solo fine del miglior raggiungimento degli scopi statutari e per lo svolgimento di attività connesse e strumentali, può partecipare e/o costituire associazioni, fondazioni, consorzi, società di capitali, anche mediante l'acquisizione di partecipazioni al capitale sociale in tutto o in parte.

Ai sensi dell'art. 3 del medesimo Statuto, la Fondazione è posta sotto la vigilanza del Ministero dello sviluppo economico. Il patrimonio della fondazione (art. 5 dello Statuto) è composto, tra l'altro, oltre che da contributi pubblici, dai contributi periodici versati dai fondatori. Questi ultimi (art. 6 dello Statuto), sono gli enti pubblici e privati, le società, le persone fisiche che operano nel settore delle comunicazioni elettroniche dell'informatica, della radiotelevisione, delle tecnologie dell'informazione, dei servizi pubblici a rete e che siano stati ammessi alla relativa qualifica in base alla procedura prevista dall'art. 9, comma 7 dello Statuto.

Tutti i membri del Consiglio di amministrazione (art. 8 dello Statuto) e del Collegio dei revisori (art. 12 dello Statuto) sono espressione di soggetti pubblici (Ministero dello sviluppo economico, Ministero dell'economia e delle finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri). Tra i fondatori dell'ente, oltre a soggetti pubblici (peraltro in forma di società di capitali – es. Poste italiane), figurano società private quali Wind, Vodafone, 3 Italia, Telecom Italia, Fastweb, Ericsson. Questi soggetti nominano i loro rappresentanti nell'ambito del Comitato dei fondatori (art. 14 dello Statuto) che è organo meramente consultivo della fondazione. Suddetti fondatori, partecipano al patrimonio della Fondazione con contributi annui che oscillano tra i 52.000 e i 155.000 euro.

Dall'analisi della normativa e dello Statuto della Fondazione Bordoni, nonostante il «forte» apporto di capitali garantito da soggetti privati, si può concludere che essa sembra essere un vero e proprio soggetto strumentale degli organismi pubblici citati nella legge n. 3/2003 (Ministero dello sviluppo economico, Autorità per la vigilanza nelle comunicazioni, altre Autorità indipendenti?). Peraltro, come detto, il capitale della fondazione «vanta» una rilevante componente privata.

La fondazione sembrerebbe, dunque, avere carattere strumentale rispetto agli enti pubblici di riferimento poiché la sua gestione è a totale appannaggio di essi, ma alla fondazione partecipano soggetti privati con ingenti capitali pur non avendo riconosciuta alcuna prerogativa se non quella «consultiva» che svolgono attraverso il Comitato dei fondatori. L'ente è senz'altro un organismo di diritto pubblico (avente personalità giuridica, istituito per soddisfare interessi generali a carattere non industriale o commerciale, controllato da soggetti «pubblici») ma la presenza in esso di privati mette in dubbio l'assimilazione di esso ad un soggetto «in house» delle amministrazioni di riferimento. Tanto a livello strutturale (presenza nel patrimonio di capitali privati), quanto a livello funzionale (esercizio di funzioni consultive, seppur non vincolanti da parte dei fondatori «privati») è possibile assimilare il controllo delle amministrazioni vigilanti sulla Fondazione Bordoni a quello che esse esercitano sui loro uffici? La succitata rilevanza di capitali privati non fa venire meno il requisito della dipendenza economica e finanziaria dell'ente nei confronti dell'ente affidante?

Il Ministero dello sviluppo economico e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) trattano, peraltro, la Fondazione Bordoni come vero e proprio ente «in house» procedendo con affidamenti diretti di servizi.

L'AGCOM, con delibera n. 429/09/CONS del 29 luglio 2009<sup>51</sup> ha, infatti, disposto la stipula di una convenzione con la Fondazione Bordoni per «lo svolgimento di attività – a supporto dell'Autorità – aventi carattere di studio ed analisi di natura tecnica e scientifica, di assistenza in relazione alle fasi applicative, nonché di comunicazione dei risultati conseguiti, an-

che attraverso apposite iniziative seminariali e formative riservate ai dipendenti dell'Autorità o di carattere pubblico». Nella delibera viene più volte utilizzata la formula «affidamento di attività...» e la stipula della convenzione viene disposta in base all'art. 41 della legge n. 3/2003, come modificato dall'art. 31 della legge n. 69/2009.

Il Ministero dello sviluppo economico, invece, ha affidato direttamente alla Fondazione Bordoni, con delibera del Capo del Dipartimento per le comunicazioni del 3 novembre 2010, lo svolgimento delle attività legate alla realizzazione e gestione del registro pubblico delle opposizioni di cui al D.P.R. 7 settembre 2010, n. 178 (Regolamento recante istituzione e gestione del registro pubblico degli abbonati che si oppongono all'utilizzo del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali). Ai sensi del D.P.R. n. 178/2010 il registro, istituito dal Ministero dello sviluppo economico ai sensi dell'art. 130, comma 3-bis del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), consente agli interessati, le cui numerazioni sono riportate negli elenchi di abbonati di opporsi al trattamento delle medesime numerazioni effettuato mediante l'impiego del telefono per fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale. Si tratta, dunque, dell'esercizio delle funzioni di tutela del diritto fondamentale alla riservatezza. L'art. 4, comma 1, del D.P.R. n. 178/2010, dispone che «il Ministero dello sviluppo economico provvede alla realizzazione e gestione del registro anche affidandone la realizzazione e la gestione a soggetti terzi che ne assumono interamente gli oneri finanziari e organizzativi, mediante contratto di servizio, nel rispetto del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo

<sup>51</sup> Consultabile in [www.agcom.it](http://www.agcom.it).

12 aprile 2006, n. 163». L'affidamento diretto delle attività di realizzazione e gestione del registro da parte del Ministero alla Fondazione Bordoni non può, dunque, che essere assimilato ad un affidamento in house. Ma la Fondazione può essere considerata soggetto «in house» al Ministero?

A prescindere dalla risposta alla precedente domanda possiamo senz'altro affermare che, in questo caso, una fondazione è stata scelta come soggetto per l'esternalizzazione di funzioni amministrative (come sono da considerarsi quelle connesse alla gestione del registro, essendo, esso, strumentale alla tutela del diritto alla riservatezza ed essendo previste delle sanzioni in ragione delle eventuali violazioni ad esso connesse).

#### 5. Le fondazioni come soggetti affidatari di servizi pubblici locali.

L'art. 113-bis (Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica) del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, prevede che gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate (comma 3).

Da un'analisi svolta dalla Corte dei Conti nel quadriennio 2005-2008<sup>52</sup> su 5.928 enti locali<sup>53</sup> che partecipano a 5.860 organismi vari, è

emerso che il 35,38% (2.073) di tali organismi hanno una forma giuridica diversa dalla societaria ed il 14,18% degli enti «non-societari» sono fondazioni (che rappresentano il 5,02% dei 5.860 organismi presi in considerazione). Le 294 fondazioni censite sono impegnate nello svolgimento di attività nei seguenti settori:

Trasporti/Infrastrutture.....	1
Trasporto pubblico locale.....	1
Attività culturali, sportive e sviluppo turistico.....	180
Servizi di supporto alle imprese.....	3
Attività professionali, scientifiche e tecniche.....	12
Agricoltura, silvicoltura e pesca.....	1
Sanità e assistenza sociale.....	24
Istruzione.....	39
Attività finanziarie, assicurative e immobiliari.....	1
Servizi di informazione, comunicazione, editoriali.....	3
Altro.....	29

Come si può evincere dai dati, gli enti locali utilizzano, seppur in misura assai marginale, il modello fondazionale anche per svolgere attività riconducibili alla nozione di servizi pubblici di rilevanza economica<sup>54</sup> ex art. 113 d.lgs.

<sup>52</sup> Corte cont., sez. controllo autonomie, del. n. 14/AUT/2010/FRG, cit.

<sup>53</sup> All'indagine non ha partecipato la Sez. controllo della Lombardia che ha provveduto a svolgere una propria indagine (del. 13 dicembre 2010, n. 1051) e la Valle D'Aosta dove non è stata istituita una Sezione regionale di controllo della Corte dei Conti. Dalla delibera n. 1051/2010 della sezione lombarda si evince che, in Lombardia, gli enti locali «partecipano» a 35 fondazioni (24 di esse sono impegnate nel settore «cultura e istruzione», 5 nel settore «assistenza alla persona», 1 nel settore «servizi sportivi»).

<sup>54</sup> «Deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di intervento finanziario pubblico dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per le modalità con cui viene svolta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza (cfr., in tal senso, T.A.R. Sardegna 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527; T.A.R. Campania 7 novembre 2003, n. 13382; T.A.R. Umbria 24 ottobre 2003, n. 821)» (Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, delib. n. 195/2009, cit.

n. 267/2000<sup>55</sup>, nonostante un orientamento da parte del Giudice contabile contrario a tale ipotesi<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Come chiarito dalla Corte dei Conti, sez. Lombardia, delib. n. 753/2010, cit., «nell'alveo del servizio pubblico a rilevanza economica possono rientrare i cosiddetti servizi "sociali", connotati da un forte rilievo socio-assistenziale, qualora, per le modalità di esplicazione, presentino una rilevante componente economica, tesa ad assicurare non solo la mera copertura dei costi sostenuti, ma anche un potenziale profitto d'impresa. Dal punto di vista contabile, la problematica più rilevante si registra nella possibilità per l'ente pubblico di riferimento ad intervenire in favore del patrimonio della fondazione mediante attribuzioni variamente destinate, legate alla gestione ordinaria e connesse con la resa del servizio, ovvero indirizzate alla copertura di costi esorbitanti, ovvero a ripianare disavanzi strutturali di amministrazione». In dottrina v. C. CASAVECCHIA, *Affidamento in house providing di servizi socio-sanitari a fondazione di diritto privato*, cit.

<sup>56</sup> La Corte dei Conti, sez. controllo Lombardia, delib. 21 dicembre 2009, n. 545, ha ritenuto che «la fondazione non è strumento idoneo alla gestione di servizi pubblici di rilevanza economica - individuabili secondo i parametri di recente esplicitati da questa Sezione nel parere n. 195/2009 dell'11 maggio 2009 - fra i quali a pieno titolo possono annoverarsi le case di riposo per anziani. Non a caso, come già evidenziato nel parere n. 26/200 del 15 giugno 2007 di questa Sezione, l'art. 113 bis del TUEL prevedeva per i comuni la possibilità di affidamento diretto a tale tipologia di enti, da loro costituiti o partecipati, dei soli servizi culturali e del tempo libero, preferendo altro strumento gestionale, quale quello societario, per le restanti tipologie di servizi». V'è anche chi (C. IAIONE, *L'alba del giorno dopo nei servizi pubblici locali*, in *Labsus*, 2011, consultabile in [www.labsus.org](http://www.labsus.org)), sulla base delle esperienze internazionali, auspica la nascita di «non-profit utility», ovvero di «un modello organizzativo, generalmente di diritto privato, che coinvolge nella proprietà o, quantomeno, nella titolarità di un servizio pubblico locale gli *stakeholders* e, quindi, in primis i cittadini; non prevede una distribuzione integrale degli utili prodotti ai diversi soci, bensì il loro reimpiego quasi esclusivo per il potenziamento/ammodernamento delle infrastrutture e/o per il miglioramento della qualità del servizio». Queste «non-profit utilities» si avvicinerebbero molto al modello delle fondazioni di partecipazione.

## 6. Modelli di fondazione pubblica.

Il modello di «fondazione pubblica» che sta riscuotendo maggiore successo, soprattutto, in ambito locale è quello della «fondazione di partecipazione», forma giuridica «atipica» che possono assumere gli enti in parola. La fondazione di partecipazione o partecipata «è un istituto di diritto privato che si caratterizza per la presenza di uno scopo, definito al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo da parte dei soci fondatori e immodificabile nel tempo (si badi bene: anche da parte degli stessi fondatori), e per la partecipazione di una pluralità di soggetti (i quali possono essere sia pubblici che privati), che condividono le finalità della fondazione di partecipazione e vi partecipano apportando beni mobili, immobili, denaro, servizi. Inoltre, chi partecipa a vario titolo alla fondazione, gestisce e controlla l'utilizzazione del proprio contributo attraverso la partecipazione agli organi interni»<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> E. VIVALDI, *Le fondazioni partecipate dagli enti locali ed il dopo di noi*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, fasc. 11-12, 2008, p. 14 ss. L'A. sostiene che «una delle peculiarità della fondazione di partecipazione è rappresentata dal fatto che essa può prevedere la partecipazione di soggetti pubblici al fianco di fondatori privati; nell'ipotesi di una composizione mista, i soggetti pubblici risulteranno istituzionalmente deputati al perseguimento e alla realizzazione dell'interesse pubblico, mentre i secondi saranno portatori di economicità e managerialità, ma anche di conoscenza ed esperienza pratica nel settore di volta in volta individuato. Detto in altri termini, con la costituzione di fondazioni miste pubblico - privato si realizza un'applicazione concreta ed efficace del principio di sussidiarietà orizzontale, risultando stimolata l'aggregazione sociale al fine di garantire una conduzione partecipata e condivisa dell'interesse pubblico, in ossequio a quanto stabilito nel novellato art. 118, comma 4, Cost. Ciò detto, è ben possibile che si costituiscano fondazioni i cui aderenti siano solo soggetti privati, o solo soggetti pubblici».

Con la fondazione di partecipazione, dunque, è possibile conseguire due diversi tipi di partenariato:

- pubblico/pubblico;
- pubblico/privato.

Ovviamente, solo laddove la fondazione di partecipazione sia il frutto di un partenariato solo pubblico sarà possibile ricondurla ad una forma organizzativa atipica della pubblica amministrazione, mentre, laddove nella fondazione vi sia una partecipazione effettiva e sostanziale (comunque minoritaria) dei privati, sarà possibile parlare «solo» di una fondazione pubblica a partecipazione privata, ovvero di un ente che coadiuva una più amministrazioni nel perseguimento dell'interesse pubblico ma che non è ad esso assimilabile, pur potendo, previa verifica dei requisiti, essere, comunque classificabile come «organismo di diritto pubblico».

#### 6.1. Fondazioni di partecipazione (partenariato solo pubblico).

Questa tipologia di fondazioni viene di norma utilizzata per assicurare una sinergia tra diversi enti e, in particolare, tra diversi livelli di governo. Utilizzando le fondazioni di partecipazione regioni, province e comuni garantiscono il proprio apporto di risorse (finanziarie e, a volte, anche immobiliari) in un unico soggetto al quale affidare lo svolgimento (vincolato) di attività di interesse generale.

È possibile classificare come fondazioni di partecipazioni con partenariato solo pubblico anche quegli enti che riservano ai soci fondatori o aderenti di origine pubblica la *governance* della fondazione, mentre consentono, comunque, la partecipazione al capitale anche a soggetti privati (in genere definiti come «soci aderenti») ai quali non riconoscono alcun potere se non, al massimo, la possibilità di svolgere funzioni

consultive non vincolanti attraverso organi a ciò preposti dallo Statuto.

#### 6.2. Fondazioni di partecipazione (partenariato pubblico/privato).

Il modello di fondazione (pubblica) di partecipazione che più risponde alle esigenze di coinvolgimento di privati nello svolgimento di attività di interesse generale è, senz'altro, quello che prevede l'effettiva e sostanziale adesione di quest'ultimi alla fondazione. In questo caso ci si trova dinnanzi alla possibilità di realizzare forme di collaborazione stabili (sancite dalla compartecipazione alla governance del medesimo soggetto giuridico) e durature.

Il privato, peraltro, non ha interesse commerciale nella partecipazione alla fondazione (non potrebbe averlo, visto il carattere no profit dell'ente), ma può senz'altro ricavare dei «benefici» tanto di immagine quanto «pratici» da tale sinergia.

Parte della dottrina ha rilevato, inoltre, come «al di là del perseguimento di scopi filantropici, il vantaggio per chi volesse sostenere una fondazione già esistente piuttosto che costituirne una ex novo sarebbe legato in primo luogo alla possibilità di perseguire scopi economicamente impegnativi con risorse minori e, come per la costituzione di un'autonoma fondazione, l'utilità per il sostenitore sarebbe solo in parte rappresentato dal vantaggio economico, limitato all'operatività di meccanismi di agevolazione fiscale, ma consisterebbe nella possibilità di entrare nei centri decisionali della fondazione»<sup>58</sup>.

Si pensi alle fondazioni culturali, in particolare quelle lirico-sinfoniche, che consentono agli enti pubblici territoriali e statali di garantire lo

<sup>58</sup> F. ROTA, *Esperienze di fondazioni in ambito culturale*, in P. FORTE e G. PALMA, *Fondazioni. Tra problematiche pubbliche e tematiche privatistiche*, Torino, 2008, p. 294.

svolgimento di spettacoli e iniziative e, dunque, di soddisfare interessi generali della collettività, anche grazie all'apporto di capitali privati veicolati da soggetti che, pur non potendo disporre di un «profitto» immediato, possono rendere strumentale la propria partecipazione ad un «ritorno» di immagine<sup>59</sup>.

#### 7. La classificazione «SEC 95».

Il sistema «SEC 95» (ai sensi del regolamento CE n. 2223/96 del 25 giugno 1996 del Consiglio relativo al "Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità UE" - c.d. regolamento SEC 95) «assume rilievo con riferimento alla procedura per i disavanzi eccessivi definita dall'art. 104 del Trattato di Maastricht e in vigore nell'Unione europea dal 1994. Il sistema europeo dei conti nasce nel 1970 ad opera dell'Istituto statistico della Comunità europea (Eurostat) ed è stato modificato nel 1995 - coerentemente con il nuovo sistema dei conti nazionali SNA 1993 redatto dall'ONU e da altre istituzioni internazionali - e approvato con regolamento del Consiglio CE 2223 del 25 giugno 1996»<sup>60</sup>. In particolare, stabilisce il SEC

(punto 2.68) che «il settore amministrazioni pubbliche (S13) comprende tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese»<sup>61</sup>.

---

una descrizione quantitativa completa e comparabile dell'economia dei Paesi membri, attraverso un sistema integrato di conti di flussi e di conti patrimoniali definiti per l'intera economia e per raggruppamenti di operatori economici. La finalità del SEC si evince dalla lettura dei consideranda del regolamento di approvazione ove, tra l'altro, si afferma che l'attuazione e il monitoraggio dell'Unione economica e monetaria richiedono informazioni comparabili, aggiornate e attendibili, sulla struttura e sull'andamento della situazione economica di ogni paese».

<sup>61</sup> Come precisato da M. DI LULLO, *ibidem*, «viene altresì specificato che le unità istituzionali comprese nel settore S13 sono le seguenti: a) gli organismi pubblici che gestiscono o finanziano un insieme di attività, principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita; b) le istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita, che sono controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche; c) i fondi pensione autonomi, se obbligatori in forza di disposizioni legislative o regolamentari e se le amministrazioni pubbliche sono responsabili della gestione dell'istituzione per quanto riguarda la fissazione o l'approvazione dei contributi e delle prestazioni. Quanto al requisito della «produzione di beni non destinabili alla vendita» (non market), è decisivo che i prezzi siano o meno economicamente significativi. Nel SEC 95 il prezzo economicamente significativo è applicato sulla base del criterio del 50%, ossia verificando se le vendite - esclusi i trasferimenti operati dalle amministrazioni pubbliche - coprono una quota superiore al 50% dei costi».

---

<sup>59</sup> La fondazione Accademia nazionale di Santa Cecilia con sede in Roma annovera, ad esempio, cinque soci fondatori istituzionale (Ministero per i beni e le attività culturali, Regione Lazio, Provincia e Comune di Roma, Camera di commercio di Roma) e ben otto soci fondatori privati, importanti realtà imprenditoriali italiane (ENEL, Autostrade per l'Italia, Banca Nazionale del Lavoro, Telecom Italia, Astaldi + 3 imprese pubbliche: Finmeccanica, Poste Italiane, Ferrovie dello Stato Italiane). L'apporto complessivo dei Fondatori privati al patrimonio non può superare la misura del 40% del patrimonio stesso ai sensi della legge 21 maggio 2004 n. 128 e deve avere caratteristiche tali da non alterare l'immagine e le finalità istituzionali. La Fondazione, dunque, può considerarsi un organismo di diritto pubblico ma non un soggetto «in house». Cfr. Cass., SS.UU., n. 2637/2006, cit.

<sup>60</sup> M. DI LULLO, «Pubbliche amministrazioni» (ai sensi del sistema Sec 95) e «società private di diritto pubblico», in *Foro amm. TAR*, 2007, fasc. 7-8, p. 2522 ss. «il SEC permette

L'art. 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196<sup>62</sup>, dispone che «per amministrazioni pubbliche si intendono gli enti e gli altri soggetti che costituiscono il settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche individuati dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti comunitari». Il successivo comma 3 del medesimo articolo precisa che «la ricognizione delle amministrazioni pubbliche è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre»<sup>63</sup>. Nell'elenco stilato dall'ISTAT risultano trenta fondazioni che sono state assimilate a «pubbliche amministrazioni». Quattordici di esse sono state considerate nel novero delle «amministrazioni centrali», quindici sono state classificate tra le «amministrazioni locali», mentre una tra gli enti nazionali di «previdenza e assistenza sociale». L'ISTAT ha utilizzato i parametri del «SEC 95» per classificare le amministrazioni. I soggetti che rientrano nei parametri del «SEC 95» devono essere produttori pubblici di beni e servizi non destinabili alla vendita ("non market") poiché sono controllati e prevalentemente finanziati da amministrazioni pubbliche e vendono servizi a prezzi ritenuti "economicamente" non significativi, in quanto il relativo *cash flow*, proveniente da soggetti diversi da quelli che li hanno costituiti, non raggiunge una adeguata soglia critica. Si prescinde, dunque, dall'aver o meno una personalità giuridica di diritto pubblico o privato, poiché si verifica se un tale organismo è soggetto a controllo pub-

blico e se riceve per la maggior parte finanziamenti pubblici non comportandosi come una vera e propria impresa.

#### 8. Conclusioni.

In conclusione, si possono riassumere le considerazioni sopra espresse affermando che nel perseguimento degli interessi pubblici è possibile rinvenire cinque diverse tipologie di fondazioni che svolgono attività di interesse generale:

- *fondazioni private* che svolgono attività di interesse generale ma non ricevono in alcun modo contributi pubblici (né finanziari, né strutturali). Queste, ovviamente, sono fondazioni di diritto privato sia formalmente che sostanzialmente;
- *fondazioni private* che svolgono attività di interesse generale e ricevono in contributi pubblici che non comportano, però, alcun tipo di partecipazione della pubblica amministrazione alla provvista degli organi della fondazione e nessun controllo su di essa;
- *fondazioni private* che svolgono attività di interesse generale e che ricevono contributi pubblici o che partecipano a gare per lo svolgimento di servizi di interesse generale ma che non sono soggette ad alcun tipo di controllo da parte dei soggetti pubblici. Questa tipologia di fondazione è assolutamente identica alla precedente solo che è funzionalmente legata a rapporti finanziari e giuridici con gli enti pubblici;
- *fondazioni di diritto privato fondate o partecipate da soggetti pubblici* in misura tale da consentire ad essi un controllo gestionale sulle medesime, con la possibilità che anche soggetti privati possano partecipare alle fondazioni medesime. Questa tipologia di fondazione è riconducibile al

<sup>62</sup> Come modificato dall'art. 10, comma 16 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

<sup>63</sup> Le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato sono state individuate nell'elenco di cui al Comunicato 24 luglio 2010 (Gazz. Uff. 24 luglio 2010, n. 171).

concetto di fondazione «pubblica» e non può essere annoverata tra le partizioni organizzative della PA ma solo nell'ambito di soggetti ad essa strumentali. Tali fondazioni sarebbero, dunque, esempi di partnership pubblico/privata per lo svolgimento di attività di interesse pubblico;

- *fondazioni di diritto privato fondate o partecipate da soggetti pubblici* in misura tale da consentire ad essi un controllo gestionale sulle medesime, senza la possibilità che anche soggetti privati possano partecipare alle fondazioni medesime. Questi enti sono veri e propri soggetti strumentali dei soggetti pubblici partecipanti e possono essere considerate una sorta di espressione organizzativa privatistica della pubblica amministrazione (come le società in house, le aziende speciali, le istituzioni, ecc.).