amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Controllo pubblico su istituzioni senza scopo di lucro e gradazione della loro autonomia decisionale ai fini del SEC 2010.

di Massimiliano Atelli

(Professore a contratto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche Contatti dell'Università di Bologna "Alma Mater Studiorum", Dottore di ricerca in Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

Sommario

1. Premessa – 2. Enti senza scopo di lucro e loro inclusione nell'ambito del conto economico consolidato, nel sistema del SEC 2010 - 3. Autonomia decisionale dell'ente senza scopo di lucro fra indipendenza e soggezione al controllo pubblico – 4. Ingerenza dell'amministrazione pubblica nella forma del controllo sui flussi finanziari da essa provenienti – 5. Possibili declinazioni del controllo sui flussi finanziari.

Abstract

For the purposes of including or not non-profit entities in the public aggregate envisaged by the ESA 2010, the preservation of significant decision-making autonomy is essential even when funding from public administrations prevails.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

La rinuncia del diritto comunitario ad un concetto unitario di 'pubblica amministrazione', per preferirgli, piuttosto, una nozione eclettica, 'funzionale' e 'strumentale', e come tale cangiante, a geometria variabile[1], è dato ormai da tempo acquisito. Che produce ovvi riflessi negli ordinamenti interni, sul piano effettuale.

Così, vi sono soggettività che, a certi fini, il diritto comunitario conduce a considerare espressione della sfera pubblica, alla quale restano invece estranee a fini differenti.

L'attenta elaborazione da parte della dottrina ha progressivamente messo in discussione la stessa utilità di interrogarsi intorno alla natura giuridica reale di queste entità, addivenendo alla conclusione, che oggi è prevalentemente accolta, che, a seconda dei fini e dei casi, si applicano ad essi – soggettività la cui matrice va più spesso ricercata nel diritto comune (in estrema sintesi: soggetti privati che operano con risorse pubbliche, sotto il controllo di amministrazioni pubbliche, utilizzando strumenti di diritto comune) - discipline tipicamente pubblicistiche e discipline tipicamente privatistiche[2].

---

[1] La letteratura in materia è molto ampia. Si vedano almeno S. Cassese, La nozione comunitaria di pubblica amministrazione, in Giorn. dir. amm., 1996, n. 10, cit., 920 ss.; E. Chiti, La nozione di ente pubblico tra disciplina comunitaria e nazionale, in Giorn. dir. amm., 1996, p. 741; J.A. Moreno Molina, Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1998, p. 561 ss., spec. p. 562, e in precedenza A. Massera, Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione, in El desenvolupament del dret administratiu europeu, Escola d'Administraciò Publica de Catalunya, Barcelona, 1993, p. 55 ss. In senso conforme cfr. altresì A. Pajno, La giustizia amministrativa nel 2016, in Giorn. dir. amm., p. 139 ss., e spec. p. 140.

Sul carattere sfuggente, anche nel diritto interno, della nozione di ente pubblico, si rinvia a D. Sorace, Diritto delle amministrazioni pubbliche (Una introduzione), cit., p. 29; G. Napolitano, Pubblica amministrazione in Italia, cit., p. 4; E. Casetta, voce Pubblica amministrazione, in Dig. IV, Disc. pubbl., vol. XII, Torino, 1997, p. 271 ss.; M. Cammelli, La pubblica amministrazione, Bologna, 2004, pp. 12-16,; L. Torchia (a cura di), Il sistema amministrativo italiano, Bologna, 2009, pp. 23-24, e C. Marzuoli, Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola, in Dir. pubbl., 1995, p. 393 ss.

[2] Cfr. F. Galgano, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966, p. 279 ss.; V. Ottaviano, voce Enti pubblici, in Enc. dir., vol. XIV, Milano, 1965, p. 963 ss.; G. Miele, La distinzione fra ente pubblico e privato, in Studi in memoria di F. Ferrara, Milano, 1943 ed ora in Scritti giuridici, Milano, 1987, p. 365 ss.; M.S. Giannini, Diritto amministrativo, Milano, III ed., 1993, vol. I, p. 181 ss., e successivamente tra i tanti, V. Cerulli Irelli, "Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile, in V. Cerulli Irelli-G. Morbidelli (a cura di), Ente pubblico ed enti pubblici, Torino, 1994, p. 97; S. Cassese, Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa, in Riv. trim. dir. pubb., 1985, p. 374 ss.; G. Rossi, Gli enti pubblici, Bologna, 1991, spec. p. 264 ss.; L. Giani, L'organizzazione amministrativa, in F.G. Scoca (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2014, III ed., p. 143 ss.; G. Napolitano, Soggetti privati "enti pubblici"?, in Dir. amm., 2003, p. 801 ss. Con riguardo al tema più specifico qui considerato, S. Del Gatto, Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica, in Giorn. dir. amm., 2013, p. 960 ss.; M. Di Lullo, Soggetti privati "pubbliche amministrazioni" ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica, in Foro amm.-C.d.S., 2013, p. 3579 ss. (ma già ID, « Pubbliche amministrazioni » (ai sensi del sistema Sec 95) e « società private di diritto pubblico » (in Foro amm. TAR, 2007, pag. 2522 ss., nota a T.A.R. Roma, 25 maggio 2007, n.4826, sez. III) e F. G. Grandis-G. Mattei, L'elenco ISTAT e la nozione di "pubblica amministrazione", in Riv. Corte conti, n. 1/2014, p. 523 ss.

Sul rapporto, anche dicotomico, fra diritto privato e diritto pubblico, restano fondamentali quanto meno le letture di N. Bobbio, La grande dicotomia pubblico/privato, in ID., Stato, governo, società – Frammenti di un dizionario politico, Torino, Einaudi, 2006 (rist.), 7 ss.; M. Giorgianni, Il diritto privato e i suoi attuali confini, in

ISSN 2036-7821

Emblematico, il caso – di certo, il più diffuso - delle società partecipate da enti pubblici. In questa ipotesi, come nelle altre (consorzi, enti a base associativa, etc.) in cui sia configurabile un fenomeno di partecipazione in senso tecnico da parte di più distinti danti causa (consorziati, associati, etc.), il carattere più o meno "aperto" dell'organizzazione[3] imprime, per certi versi, carattere naturalmente dinamico sia agli assetti della governance interna che agli apporti finanziari.

In parte differente appare, invece, la situazione di quegli enti senza scopo di lucro che, quantomeno ove assumano conformazioni di tipo tradizionale secondo il diritto comune, tendono a restare nel corso della loro vita ancorati a un momento istitutivo nel quale vengono impressi caratteri di fondo destinati a rimanere sostanzialmente invariati[4]. In cui manca, cioè, quella naturale dinamicità ravvisabile nelle organizzazioni a carattere "aperto"[5].

Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, 391 ss.; S.Pugliatti, voce Diritto pubblico e diritto privato, in Enc. dir., vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, 696 ss.; 71 ss. e 93 ss.; M.S.Giannini, Diritto pubblico dell'economia, Bologna, il Mulino, 1995; ID., Autonomia, in Riv. dir. trim. dir. pubbl., 1951, 861 ss.; ID., Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia, in Riv. dir. comm., 1959, I, 313 ss.; G. Amato, L'interesse pubblico e le attività economiche private, in Pol. dir., 1970, 449 ss.; C.Franchini, Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle interferenze tra diritto pubblico e privato, in Scritti in onore di G. Guarino, II, Padova, Cedam, 1998, p. 378 ss.; ID, La riforma dell'amministrazione pubblica, in Cassese-Franchini, L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 192 ss.; S. Cassese, Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo, in Riv. trim. dir. pubbl., 2002, 27 ss.; ID., Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private, ivi, 2000, p. 389 ss.; M. D'alberti, Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati, ivi, 2000, p. 395 ss.; S. Rodotà, Funzione politica del diritto dell'economia e valutazione degli interessi realizzati dall'intervento pubblico, in P. Barcellona (a cura di), L'uso alternativo del diritto, vol. I (Scienza giuridica e analisi marxista), Roma-Bari, Laterza, 1973, 229 ss.; G.Alpa, La distinzione/contrapposizione di diritto privato e diritto pubblico nella giurisprudenza, in N. giur. civ. comm., 1998, II, p. 1 ss.; G.Oppo, Diritto privato e interessi pubblici, in Riv. dir. civ., 1994, I, p. 25 ss.; M. Libertini, Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del Testo Unico, in AA.VV., Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo unico, a cura di Ibba, Milano, Giuffrè, 2019, 64 ss.

[3] L'uso di questo lemma non è casuale, ma rimanda all'espressione «organizzazioni pubbliche in forma privatistica» coniata a suo tempo da V.Cerulli Irelli, Diritto privato dell'amministrazione pubblica, Torino, 2008, p. 2, poi ripresa dall'Autore anche in Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, Giappichelli, 2011, p. 35 ss.

[4] Cfr. A. Romano Tassone, Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello, in Dir. amm., 2005, p. 473 ss.

[5] Il riferimento è, evidentemente, all'ampio e diversificato ambito delle fondazioni che sempre più tendono a trovare nel quadro regolatorio del libro I del codice civile un punto di partenza, ma non anche di arrivo: in dottrina, fra gli altri, F.Roversi Monaco-M. Maltoni, Fondazioni e interessi generali in Italia, Relazione al XVIII Convegno italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: "Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?" — Bologna, 27-29 maggio 2010, in www.astrid-onilne.it, p. 5; P.Rescigno, voce Fondazione (dir. civ.), in Enc. dir., XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 790 ss., G. Ponzanelli, La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore, in N. giur. civ. comm., 2006, II, p. 419 ss.; G. Napolitano, Soggetti privati "enti pubblici"?, in Dir. amm., 2003, p. 801; ID, Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole, in Fondazioni e Attività Amministrativa, Atti del Convegno - Palermo, 13 maggio 2005, a cura di S. Raimondi e R. Ursi, Torino, Giappichelli, 2006, p. 66 ss.; A. Romano, Relazione di sintesi, ivi, p. 183; F.Merusi, La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato, in Dir. amm., 2004, p. 447 ss.; F.Freni, Le trasformazioni degli enti pubblici, Torino, Giappichelli, 2004, p. 255 ss. e A.Bardusco, voce Fondazione di diritto pubblico, in Dig. disc. pubbl., VI, Torino, Utet, 1991, p. 389 ss.

ISSN 2036-7821

2. Enti senza scopo di lucro e loro inclusione nell'ambito del conto economico consolidato, nel sistema del SEC 2010.

Nell'ambito del diritto comunitario, fra le discipline di settore che si sono dotate di autonomi criteri distintivi di ciò che va considerato pubblico da ciò che va considerato invece privato, occorre volgere lo sguardo - per quanto qui interessa – al Regolamento Ue n. 549/2013[6].

Come noto, il sistema europeo dei conti nazionali e regionali, elaborato allo scopo di dotarsi di un punto di riferimento chiaro e univoco per il compimento delle scelte di politica (macro)economica, è - anche nella versione attuale (c.d. Sec 2010) - ordinato intorno al principio dell'inclusione nell'ambito del conto economico consolidato, che costituisce il riferimento per gli aggregati trasmessi alla Commissione Europea, in applicazione del Protocollo sulla Procedura per i deficit eccessivi annesso al Trattato di Maastricht, di tutte le soggettività che, in base alla tassonomia di riferimento, corrispondono allo schema della "unità istituzionale"[7]. Laddove, per unità istituzionale, si intende un'entità economica caratterizzata da autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale.

Unità istituzionali, accanto alle amministrazioni pubbliche a conformazione tradizionale, possono peraltro essere anche istituzioni senza scopo di lucro.

Ai fini di quanto stabilito dal Sec 2010, infatti, la relazione esistente tra un'amministrazione pubblica e un ente senza scopo di lucro può determinare l'inclusione di quest'ultimo nell'ambito del conto economico consolidato. Che, dunque, consta non soltanto di soggettività pubbliche a conformazione tradizionale,

[6] Da ultimo, si v. A. Abbate, I rapporti tra diritto interno e diritto europeo e le recenti implicazioni in tema di equilibrio di bilancio, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2021, 3, p. 478 ss.; L Marzialetti, Contabilità nazionale e unità istituzionali. Interpretazione ed applicazione dei criteri dettati dal Sec2010 per l'inserimento delle Pp.Aa. nell'Elenco delle unità istituzionali appartenenti al settore delle Amministrazioni Pubbliche di competenza dell'Istat, in http://www.avvocaturastato.it, e R. Pescatore, Lo status di pubblica amministrazione e la "ridondanza" sul bilancio della Repubblica, in Diritto&Conti, 26.7.2020. Per un contributo più risalente, v. anche S. Del Gatto, Sistema ''Sec 95'' ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica, in Giorn. dir. amm., 2013, p. 960 ss.

[7] Evidenzia F.Sucameli (Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana, Napoli, 2022, p. 213), che fra il 1996 e il 2013 il SEC si è evoluto da pura disciplina statistica in norma contabile, facendosi strumento per identificare il perimento del consolidamento contabile dei saldi dello Stato membro, allo scopo di pervenire alla costruzione di saldi interni raffrontabili con quelli costruiti secondo lo standard del SEC 2010 per verificare il rispetto degli obiettivi comunitari comuni di politica economica.

Per un ampio approfondimento del tema generale, anche in chiave di ricostruzione storica, si rinvia a A. Brancasi, Le trasformazioni dell'assetto e del governo della finanza pubblica negli ultimi cinquant'anni, in Dir. pubbl., 2018, 413 ss. e M. Trimarchi, Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale, in Riv. it. dir. pubb., comunit., 2017, p. 623 ss.

ISSN 2036-7821

ma anche di entità che, per il diritto interno, sarebbero più spesso considerate di carattere in tutto o in prevalenza privatistico[8].
Le unità istituzionali possono trovarsi in posizione di indipendenza o meno, rispetto ad un'amministrazione pubblica di riferimento. Per stabilire se le istituzioni senza scopo di lucro possano essere riconosciute come entità giuridiche indipendenti, occorre volgere lo sguardo ai 5 indicatori della sussistenza di un controllo pubblico[9] di cui al citato Regolamento Ue n. 549/2013.
Ai fini che qui interessano, in ogni caso, l'attenzione va concentrata sull'attributo "indipendenti", che distingue queste entità in funzione degli indicatori di controllo anzidetti. Ove l'analisi caso per caso di questi indicatori deponga nel senso dell'assenza di controllo pubblico[10], per diretto riflesso ne uscirà asseverata la rispettiva indipendenza.
E' da evidenziare da subito che, come meglio sarà specificato più avanti, l'indipendenza di queste entità è funzione del reale grado di autonomia decisionale di ciascuna rispetto all'amministrazione pubblica di riferimento. Perché nell'odierno sistema europeo dei conti nazionali e regionali, il tema che ne occupa si pone, ovviamente, solo per le istituzioni senza scopo di lucro rispetto alle quali esista, o si possa prospettare, un'amministrazione pubblica di riferimento.

3. Autonomia decisionale dell'ente senza scopo di lucro fra indipendenza e soggezione al controllo pubblico.

[8] Cfr. G. Colombini, Notazioni a margine del processo di costituzionalizzazione della nozione finanziaria di amministrazione pubblica, in Passato e presente del diritto amministrativo, a cura di G. Pizzanelli, Napoli, 2017, p. 83 ss., e P. Gotti, La problematica 'nozione finanziaria' di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review, in Dir. amm., 2016, nt. 51.

[9] Il tema impegna da tempo, nell'ordinamento interno, il giudice contabile (e non solo: v. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 5617/2015 e Cass. SS.UU. sentenza n. 12496/2017), che ha giurisdizione esclusiva (Cass.. sez. un., 3 marzo 2014, n. 5805 e Cass., sez. un., 21 dicembre 2005, n. 28263) riguardo all'inserimento delle unità istituzionali nell'elenco annualmente redatto dall'Istat (in tema, G. Colombini, La giurisdizione contabile in materia di debito pubblico: una ipotesi da esplorare, in Riv. trim. dir. Pubb., 2020, p. 122 ss., e F.Sucameli, Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana, cit., pp. 218-219).

Per Corte dei conti, SS.RR., spec. comp., 10.10.2017, sent. nn. 31 e 32, in particolare, in base alla metodologia del Sec 2010 <<un'entità, qualificabile "istituzione senza scopo di lucro" (ai sensi dei parr. 1.57 e 2.112 lett. c) del Sec 2010), potrà essere inserita nel settore pubblico (S13 della Ta-vola 2.1 del Sec 2010) solo all'esito di un giudizio che si articola in due fasi successive (grafico generale 2.1 del par 2.32; par. 2.112 lett. c, e 20.13 del Sec 2010): 1) in primo luogo, dovrà pervenirsi ad un esito negativo del c.d. quantitative market-non market test (le vendite dei beni e servizi prodotti non devono coprire il 50 per cento dei costi, trattandosi così di produttore di beni e servizi non destinabili alla vendita in quanto offerti sul mercato ad un prezzo economicamente non significativo; ciò in base al par. 20.16 del Sec 2010 che rinvia ai criteri generali fissati dai parr. 3.14, 3.16, 3.17, 3.18, 3.19, 3.23, 3.33, 20.19, 20.20, 20.21, 20.29, 20.30, 20.31 del Sec 2010), e, in secondo luogo, 2) dovrà essere effettivamente presente un "controllo pubblico" sull'ente (controllo da appurarsi sulla base di una valutazione da effettuarsi attraverso un giudizio "in concreto" che consideri tutte le circostanze della fattispecie controversa – parr. 1.36, 2, 39 e 20.15, paragrafo, quest'ultimo, che discorre di "giudizio soggettivo")»>>.

[10] Sulla differenza fra controllo pubblico previsto dal Sec 2010 e vigilanza ministeriale, si v. Corte dei conti, SSRR, spec. composiz., sent. n. 25/2020.

ISSN 2036-7821

Premesso che nella maggior parte dei casi l'esistenza del controllo pubblico sarà evidenziata da una serie di indicatori combinati fra loro, un unico indicatore può talora essere sufficiente per stabilire se sussiste o meno il controllo pubblico di cui si discorre. Tuttavia, se un'istituzione senza scopo di lucro finanziata principalmente dall'amministrazione pubblica conserva in misura significativa la capacità di determinare la sua politica o il suo programma[11] lungo le linee definite dagli altri indicatori, non viene considerata controllata dall'amministrazione pubblica.
E a dare la misura del peso rispettivamente attribuito dall'ordinamento eurounitario all'autonomia finanziaria, da un lato, e all'autonomia decisionale, dall'altro, sta la circostanza che, per la Corte di Giustizia[12], è comunque doveroso verificare se l'ente non lucrativo mantenga o meno l'autonoma gestione dei flussi di finanziamento (o, quantomeno, la mantenga in misura significativa).
In buona sostanza, secondo i giudici europei, persino in presenza di un finanziamento pubblico integrale o quasi integrale, l'ente potrebbe essere "autonomo", ai fini del Sec 2010, laddove non esista alcun controllo pubblicistico sulla gestione di tali flussi finanziari perché l'ente non lucrativo "rimane in grado di determinare la propria politica o il programma"[13]; per converso, il controllo pubblico, in queste ipotesi sarà presente solo ove sia dimostrato in giudizio che esistano "controlli su tali flussi di finanziamento sufficientemente restrittivi per influenzare in modo reale e sostanziale la politica generale o il programma".
Appare evidente come l'autonomia decisionale dell'ente non lucrativo sia il punto di snodo, in un'accezione che guarda tuttavia alla sua effettività in concreto, piuttosto che in astratto. Il che richiede, per conseguenza, una rigorosa verifica del se l'ingerenza esercitabile dall'amministrazione pubblica di riferimento sui flussi di finanziamento sia a tal punto stringente da poter influenzare in modo reale e sostanziale le decisioni strategiche dell'ente[14].
Rileva, dunque, non l'autonomia decisionale in sé (dell'ente senza scopo di lucro), vale a dire quella statutariamente prevista[15], bensì quella che il governo dei flussi di

[11] Per Corte di giustizia, sent. 11.9.2019 (C-612/17 e C-613/17), gli elementi rilevanti al fine di determinare l'esistenza di un controllo pubblico su un'istituzione senza scopo di lucro si riferiscono non alla funzione di gestire e amministrare un ente nonché a garantire l'espletamento delle pratiche correnti, bensì a quello di definire o fissare gli obiettivi dell'ente, le sue attività e i loro aspetti operativi, nonché gli indirizzi strategici e gli orientamenti che l'ente intende perseguire nell'esercizio di tali attività.

[12] Corte di giustizia, sent. 11.9.2019, cit.

[13] Cfr. P. Gotti, La problematica 'nozione finanziaria' di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review, in Dir. amm., 2016, nt. 113.

[14] Mostra attenzione al tema, da ultimo, anche TAR Emilia-Romagna, sez. II, sent. 28.4.2022, n. 375, in Diritto e pratica amministrativa, 2022, n. 3, con nota di commento del sottoscritto.

[15] Anche se, per vero, non svaluta il dato statutario Corte dei conti, SSRR, spec. composiz., sent. 1/2020 (con nota di A. Gualdani, Sulla natura giuridica della Fondazione Teatro della Scala secondo la Corte dei conti, in Foro amm., 2020, p. 549 ss.), che, muovendo dalla normativa nazionale in tema di fondazioni lirico-sinfoniche (art. 10 d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367), la quale prevede che "lo statuto de[bba]garantire l'autonomia degli organi della

ISSN 2036-7821

finanziamento da parte dell'amministrazione pubblica di riferimento, in forza dei poteri di cui quest'ultima disponga, lasci - concretamente - all'ente senza scopo di lucro[16].

In questo senso, sebbene il riferimento introduca una nota modulativa suscettibile di creare qualche incertezza interpretativa, prima, e applicativa, poi, è certamente degno di attenzione che il paragrafo 20.15 dell'allegato A del regolamento SEC riconosca espressamente che, se una particolare istituzione senza scopo di lucro «finanziata principalmente dall'amministrazione pubblica», conserva non già integralmente, ma anche soltanto <<in misura significativa>>, quella capacità di determinare la sua politica o il suo programma», allora <<non viene considerata controllata dall'amministrazione pubblica>>.

4. Ingerenza dell'amministrazione pubblica nella forma del controllo sui flussi finanziari da essa provenienti.

In che cosa esattamente debba consistere questo controllo è tema approfondito nella già evocata importante decisione del 2019 della Corte di giustizia.

Nell'occasione, i giudici eurounitari hanno affermato che la questione del controllo di unità istituzionali, da parte di un'amministrazione pubblica, non può riferirsi all'aspetto se l'amministrazione pubblica eserciti un'influenza determinante sulla gestione o sulla capacità decisionale dell'unità istituzionale, la quale è dotata, per definizione, di piena autonomia in materia, ma mira a stabilire se detta amministrazione sia in grado, nonostante l'esistenza di una siffatta autonomia, di dirigere e di esercitare forme di pressione sull'unità nell'ambito della definizione e della realizzazione stesse dei suoi obiettivi, delle sue attività e dei suoi indirizzi strategici.

In altri termini, ad avviso della Corte di Strasburgo, la nozione di «capacità di determinar[e] la politica generale o il programma» di un'istituzione senza scopo di lucro, ai sensi dell'allegato A, punto 20.15, prima frase, al regolamento n. 549/2013, deve essere interpretata come la capacità di un'amministrazione pubblica di svolgere, attraverso gli indicatori di controllo di cui all'allegato A, punto 2.39, lettere da a) ad e), e punto 20.15, lettere da a) ad e), al regolamento n. 549/2013, nonché attraverso gli indicatori di controllo corrispondenti applicabili alle istituzioni senza

---

fondazione, i componenti dei quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né ad essi rispondono", osservato che "Quindi, non soltanto lo statuto non contempla strumenti tecnici di coordinamento idonei a far prevalere la volontà della "parte pubblica" (complessivamente considerata), ma, all'opposto, esclude ogni tipo di influenza delle P.A. sulla politica e programmazione gestionale della Fondazione, la quale è rimessa esclusivamente agli organi interni dell'ente privato lirico-sinfonico.".

[16] Traendo spunto da Corte di giustizia, Sez. quarta, 3.2.2021 (C-155/19 e C-156/19), punto 51 (in Giur. Comm., 2021, II, p. 935 ss., con nota di G. Fidone), che riprende quanto già affermato da Corte di giustizia Ue, 27.2.2003 /C-373/00), si è portati a escludere che un controllo a posteriori possa soddisfare tale criterio, in quanto non idoneo a consentire ai poteri pubblici di influire sulle decisioni dell'ente senza scopo di lucro.

ISSN 2036-7821

scopo di lucro, di cui all'allegato A, punto 20.309, a tale regolamento, un'influenza reale e rilevante sulla definizione e sulla realizzazione stesse degli obiettivi dell'istituzione senza scopo di lucro, delle sue attività e dei loro aspetti operativi, nonché degli indirizzi strategici e degli orientamenti che l'istituzione senza scopo di lucro intende perseguire nell'esercizio di siffatte attività.

Con il consueto pragmatismo, ispirato ad una tradizione culturale di forte senso della prevalenza della sostanza sulla forma, i giudici eurounitari fissano a ben vedere due punti.

Il primo, è che ad un'autonomia decisionale nominale non corrisponde necessariamente un'autonomia decisionale effettiva. Nel senso che "nonostante" un'autonomia decisionale nominale, è ben possibile che l'amministrazione pubblica di riferimento riesca egualmente a dirigere e esercitare forme di pressione sull'unità nell'ambito della definizione e della realizzazione stesse dei suoi obiettivi, delle sue attività e dei suoi indirizzi strategici.

Il secondo punto, attiene invece ai mezzi e ai modi attraverso i quali l'amministrazione pubblica di riferimento può, nonostante l'autonomia decisionale per così dire nominale dell'ente senza scopo di lucro, riuscire a dirigere e esercitare forme di pressione sull'unità nell'ambito della definizione e della realizzazione stesse dei suoi obiettivi, delle sue attività e dei suoi indirizzi strategici. Questi mezzi e modi non attengono, nell'ottica del Sec 2010, al diversificato peso dell'amministrazione pubblica negli assetti proprietari (come accade, in prevalenza, nel caso delle organizzazioni a forma societaria) oppure nei conferimenti iniziali (come potrebbe essere per gli enti a struttura fondazionale), bensì dall'esistenza di "controlli su tali flussi di finanziamento sufficientemente restrittivi per influenzare in modo reale e sostanziale la politica generale o il programma".

Riguardo agli enti senza scopo di lucro, i cui limiti di scopo rappresentano un fattore immanente nell'azione e anche nella capacità di autofinanziamento, acquista così piena evidenza il potere di ingerenza detenibile, e nei singoli casi detenuto, dall'amministrazione pubblica di riferimento, in forza della sua capacità di condizionarne l'operatività attraverso il controllo sui flussi di finanziamento da essa provenienti. Il punto non è dunque la quantità del finanziamento pubblico, bensì la sua qualità, intesa come controllo (rectius, governance) sui flussi di finanziamento: se è sufficientemente restrittivo "per influenzare in modo reale e sostanziale la politica generale o il programma", allora l'ente non lucrativo è da ritenersi controllato da amministrazioni pubbliche e da classificare, conseguentemente, nel settore delle amministrazioni pubbliche.

In questa direzione, una prima considerazione va sviluppata nel senso che, se il tema è quello del controllo che l'amministrazione pubblica di riferimento riesca a detenere sui flussi di finanziamento destinati all'ente non lucrativo, vuol dire allora che il

ISSN 2036-7821

nodo sta nella ripetitività (e, di riflesso, durevolezza) di questi flussi, se non anche nella loro costanza e regolarità. Ma questo conduce, allora, all'impossibilità di includere nell'ambito qui specificamente considerato tutte quelle forme di enti non lucrativi organizzate secondo modelli basati su un conferimento iniziale una tantum, anziché su conferimenti che si ripetono nel tempo (atteggiandosi, dunque, a flussi di finanziamento).

Per quanto riguarda in particolare lo schema della fondazione, questo elemento conduce, in particolare, a escludere le fondazioni di tipo tradizionale[17], ma non, invece, le cosiddette fondazioni di partecipazione[18].

Con questa espressione, si suole ormai da tempo indicare un ente non lucrativo dalle caratteristiche peculiari, elaborate in certo qual senso in reazione alla progressiva inadeguatezza del modello tradizionale di fondazione, connotato dal distacco dell'ente dal fondatore, dalla posizione servente dell'organo amministrativo e - per quanto qui soprattutto interessa - da una dotazione patrimoniale iniziale autosufficiente al perseguimento dello scopo. Il nuovo tipo di fondazione, aperto a soggetti pubblici e privati, è invece contraddistinto, essenzialmente:

(a. dalla pluralità di fondatori o comunque di partecipanti all'iniziativa mediante un apporto di qualsiasi natura purchè utile al raggiungimento degli scopi;

(b. dal principio di partecipazione attiva alla gestione dell'ente da parte di tutti i fondatori o partecipanti all'ente, principio che conforma l'organizzazione dell'ente stesso e le sue regole di azione; in altri termini, l'ente è organizzato in una pluralità di

[17] In tema, restano essenziali le letture di F.Galgano, Introduzione, in Associazioni e fondazioni: dal codice civile alle riforme annunciate Atti del convegno di studi in onore di Pietro Rescigno, Gardone Riviera 23-24 giugno 2000, a cura di Carusi, Milano, 2001, p. 3 ss.; G.Guarino, Note in tema di fondazioni, in Studi in onore di Fausto Cuocolo, Milano, 2005, p. 767 ss.; ID., Le fondazioni. Alcune considerazioni generali, in Cedam, 1989, p. 1 ss.; S. Cassese, La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive, in Studi in onore di P. Rescigno, II, Diritto privato, 1, Milano, 1998, p. 161 ss. e A.Zoppini, Quattro tesi per una rilettura delle norme sulle fondazioni, in Gli enti "non profit" in Italia, a cura di Ponzanelli, Padova, 1994, p. 59 ss.

[18] *Ex multis*, M. Chiti, La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario, in Fondazione italiana per il notariato, www.fondazionenotariato.it, p. 37 ss.; A. Police, Le fondazioni di partecipazione, in F. Mastragostino (a cura di), La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme, cit., 393 ss.; G. Napolitano, Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole, in Dir. amm., 2006, p. 579 ss.; G.Morbidelli, Le fondazioni per la gestione dei beni culturali, in Fondazioni e attività Amministrativa, Atti del Convegno - Palermo, 13 maggio 2005, a cura di S. Raimondi e R. Ursi, Torino, Giappichelli, 2006, p. 109 ss.; F. Manganaro, Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche, in Dir. smm., 2014, p. 74; Bellezza - F. Florian, Le Fondazioni di partecipazione, Milano, 2006; R. Costi, Fondazione e Impresa, in Rivista del diritto civile, 1968, p. 27 ss.; G. Franchi Scarselli, La gestione dei servizi culturali tramite fondazione, in www.aedon.it, 1/2002; F. Succi, Profili operativi e gestionali della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione dei servizi culturali alla luce della vigente situazione socio-economica, in Notariato, 2014, 6, p. 627. Per Corte dei conti, SSRR in spec. composiz., sent. n. 1/2020, cit., anche le Fondazioni lirico-sinfoniche sono "fondazioni di partecipazione", che operano in concorrenza tra loro (anche dal punto di vista dell'accesso alla fondazione dei privati).

ISSN 2036-7821

organi al fine di consentire una partecipazione attiva di tutti gli aderenti alla fase gestionale;
(c. dalla formazione progressiva del patrimonio, per cui la dotazione patrimoniale iniziale non è autosufficiente e definitiva, ma aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori.
In sintesi, diversamente dalla fondazione tradizionale, nel caso della fondazione di partecipazione lo schema organizzativo mira a consentire ai fondatori, e in generale ai "conferenti", di partecipare alla fase attuativa del programma fondazionale, superando l'idea del distacco del fondatore dalle sorti dell'ente, a favore di una progressiva stabilizzazione delle sue prerogative di interferenza sull'attività attuativa dello scopo[19].

5. Possibili declinazioni del controllo sui flussi finanziari.
Per quanto qui interessa, appare in ogni caso chiaro che, ai fini del Sec 2010, l'attenzione è da concentrare sul controllo, inteso come *governance*, sui flussi di finanziamento provenienti dall'amministrazione pubblica.
Un controllo, a ben vedere, che, per farsi *governance*, deve avere la possibilità di decidere di sè stesso, e, dunque, all'occorrenza, perfino di interrompere i flussi di finanziamento.
E' da dire che questo modo di intendere il controllo può trovare, applicativamente, declinazioni anche molto differenti. Accanto cioè a situazioni nelle quali il congegno di controllo è ordinato in modo da spiegare effetto dall'interno dell'ente non lucrativo, potrebbero infatti darsi casi nei quali il controllo si attui dall'esterno.
Anche con riguardo agli enti non lucrativi di tipo fondazionale, potrebbero esservene di dotati, sul piano statutario, di completa autonomia decisionale, ma la cui operatività concreta sia condizionabile da un'amministrazione pubblica di riferimento in forza di una libertà, che essa – specie se rimasta estranea al novero dei fondatori - si sia in ipotesi riservata in modo totale nei reciproci rapporti, di definanziare attività già da essa finanziate. Oppure di scegliere, sempre liberamente, cosa finanziare e cosa no. Oppure, ancora, di finanziare una data attività solo a certe condizioni, dipendenti dall'operato dell'ente non lucrativo (ad es., rispetto di date tempistiche[20]).
E' del tutto evidente, in casi di questo genere, che l'autonomia decisionale nominale dell'ente senza scopo di lucro può finire con l'acquisire, nella pratica corrente, un forte sapore di astrazione, in particolare ove il peso dei finanziamenti aventi questa provenienza sia preponderante sul totale.

[19] Così, M. Maltoni, La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità, in https://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=06/0603&mn=3.
[20] Cfr. Corte dei conti, Sez. giur. Toscana, sent. nn. 186/2020 e 232/2020.

ISSN 2036-7821