

Simone Lucattini

Nel dominio dell'amministrazione disaggregata: il caso della fondazione Sistema Toscana

(doi: 10.7390/103856)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 1, gennaio-aprile 2022

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>



La valorizzazione del patrimonio culturale

Nel dominio dell'amministrazione disaggregata: il caso della fondazione Sistema Toscana [**]

di [Simone Lucattini](#) [*]

Sommario: [1. Premessa](#). - [2. Sistema Toscana come fondazione *in house* providing](#). - [3. Profili costituzionali](#). - [4. Una fondazione strumentale di fatto](#). - [5. Alla ricerca di un punto di equilibrio](#).

In the domain of disaggregated administration: the case of the Sistema Toscana Foundation

The essay sheds light on the Sistema Toscana foundation, established by law of the Tuscan region no. 61/2018, for the promotion of cultural heritage and activities. The aim of the study is to investigate the legal nature of this body, as well as to establish the legitimacy of the in-house foundation model, also in the light of recent Supreme Court case law, and whether this model makes it possible to ensure public control and, at the same time, to take advantage of the private form in terms of flexibility and ability to attract new capital.

Keywords: Sistema Toscana; Public-private Foundations; Cultural Heritage.

1. Premessa

Nel multiforme pluralismo dell'amministrazione disaggregata [1], Sistema Toscana costituisce una ibrida e singolare figura di fondazione *in house* che s'inserisce nella tendenza legislativa a creare, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale [2], figure a regime particolare riconducibili al modello della fondazione [3]. Rifacendosi ad una generale classificazione, tra fondazioni "istituite in luogo o per trasformazione di enti pubblici preesistenti" e fondazioni "previste ex novo dal legislatore" [4], quella oggetto d'analisi appartiene sicuramente alla seconda categoria, essendo stata creata colla legge [5] della regione Toscana 13 novembre 2018, n. 61 ("Disposizioni in materia di attività e modalità di finanziamento della Fondazione Sistema Toscana. Modifiche alla l.r. 21/2010") [6]. Una "creazione ex novo", quindi, concepita, essenzialmente, "per "esternare" attività svolte da una pubblica amministrazione" e per "coinvolgere privati nel "negozio di fondazione", in modo da farli contribuire al finanziamento di attività un tempo gravanti soltanto sulla finanza pubblica" [7].

Sistema Toscana nasce, dunque, nel solco del modello della fondazione a partecipazione privata, diretta a produrre un bene collettivo coinvolgendo i privati (nella specie, Monte dei Paschi di Siena quale socio fondatore e promotore) nel capitale e nella gestione [8]. Dal 2013, tuttavia, come si legge all'art. 8 dello Statuto, a seguito della rinuncia di Monte dei Paschi, unico socio è rimasta, ormai, la regione Toscana [9].

A livello di regime giuridico, si tratta di una fondazione di diritto singolare, regolata da norme del caso singolo o a fattispecie esclusiva [10], chiamata a gestire servizi culturali (sia attività c.d. continuative, i cui costi risultano coperti attraverso il trasferimento in via ordinaria di risorse pubbliche, che attività coperte, invece, da tariffa, essendo i costi integralmente a carico degli utenti [11]). Per quanto non previsto dallo Statuto, si applica invece il diritto societario comune, anche alla luce del rinvio operato dall'art. 18, secondo cui "Per tutto quanto non espressamente disciplinato nel presente Statuto si applicano le disposizioni del codice civile, le norme di legge vigenti e le previsioni di cui alla l.r. 61/2018".

Sotto il profilo ontologico [12], la natura della fondazione Sistema Toscana, al pari delle fondazioni speciali o di diritto amministrativo (le fondazioni universitarie [13] o quelle bancarie, almeno fino alla legge 23 dicembre 1998, n. 461 e al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, che segnano la trasformazione da enti conferenti a persone giuridiche private [14]), è quella di un ente pubblico, per quanto, dopo l'uscita di Monte Paschi, non si tratti ormai più di un ente pubblico "associativo", dove "i privati sono (o si vorrebbe che fossero) coinvolti nella realizzazione di scopi pubblici" [15]. Nella "ricerca della pubblicità" [16], condotta all'insegna del "metodo empirico" degli indici rilevatori [17], elementi sintomatici della natura pubblica sembrano, qui, rinvenibili nell'istituzione ad opera della legge, che affida alla fondazione il perseguimento delle "finalità istituzionali della Regione"; nell'autonoma personalità giuridica ("ente senza scopo di lucro con personalità giuridica di diritto privato", recita lo Statuto); nel controllo, da parte della stessa regione, sui bilanci - anche attraverso il revisore unico nominato dal Consiglio Regionale e chiamato a vigilare sull'osservanza delle direttive del Consiglio e degli indirizzi della Giunta - e sul programma d'attività - elaborato sulla base degli indirizzi della Giunta regionale comprendenti anche la definizione degli obiettivi del direttore (revocabile a seguito di "specifico

rilievo" della Giunta medesima) e la predisposizione del piano della qualità della prestazione organizzativa - o da esercitarsi attraverso ispezioni e controlli *ad hoc*; nella nomina del consiglio di amministrazione da parte del Consiglio e nel finanziamento pubblico delle attività istituzionali a carattere continuativo e di quelle connesse [18].

Dal complesso delle norme regionali e statutarie, e specialmente dall'art. 2 della legge n. 61 del 2018 sulle "Attività per la Regione Toscana" [19], emerge, dunque, la strumentalità dell'attività della fondazione Sistema Toscana rispetto all'ente pubblico fondatore, *medio tempore* divenuto unico socio ed esclusivo beneficiario diretto dell'attività: un carattere, quello della strumentalità, individuato già da Miele come criterio distintivo della natura pubblica dell'ente [20].

2. Sistema Toscana come fondazione *in house providing*

Come si legge fin dall'art. 1 della legge regionale del 13 novembre 2018, n. 61, la fondazione Sistema Toscana, nel quadro dell'ordinamento regionale, opera secondo le modalità dell'*in house providing* per il perseguimento di varie finalità istituzionali della regione Toscana riconducibili, essenzialmente, all'attività di promozione e valorizzazione di attività culturali [21].

Nella fattispecie, il ricorso all'*in house* costituisce tipica espressione del principio della libertà e autodeterminazione [22], per i soggetti pubblici - e quindi anche per le regioni -, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza alcun vincolo in ordine alle modalità gestionali (ad es. regime di affidamento con gara piuttosto che regime di internalizzazione ed autoproduzione). Alla luce di queste generali premesse, s'impone, quindi, in primo luogo, un raffronto della configurazione della fondazione Sistema Toscana col generale modello di società *in house* [23], quale emerge dalla più recente normativa e giurisprudenza, al fine di verificare il possesso, da parte di Sistema Toscana, dei tre requisiti richiesti per l'individuazione dell'*in house*: 1) controllo analogo: l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; 2) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente controllante; 3) partecipazione totalitaria: nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Nella sostanza, l'affermatosi modello di società *in house* invero, come noto, una società "dotata di autonoma personalità giuridica che presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di *longa manus*", ragion per cui "non sussiste, dunque, tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale". Se ne trae che "Queste caratteristiche della società *in house* giustificano e legittimano l'affidamento diretto, senza previa gara, per cui un'amministrazione aggiudicatrice è dispensata dall'avviare una procedura di evidenza pubblica per affidare un appalto o una concessione". In effetti, "non si tratta di un effettivo "ricorso al mercato" (*outsourcing*), ma di una forma di "autoproduzione" o, comunque, di erogazione di servizi pubblici "direttamente" ad opera dell'amministrazione, attraverso strumenti "propri" (*in house providing*)" [24].

Nel caso di Sistema Toscana, alla luce di un'analisi condotta sulla legge n. 61 del 2018 e sullo Statuto della fondazione, sembrano sussistere tutti gli specifici requisiti del soggetto *in house*, configurato dall'art. 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici). Ed invero:

- trattasi di soggetto dotato di autonoma personalità giuridica, come risulta dall'art. 1 dello Statuto [25], che presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ai soggetti pubblici che la costituiscono e, in particolare, alla regione Toscana, la quale, con le modalità previste nello Statuto, esercita su di essa un controllo analogo a quello operato sui propri servizi interni, come chiaramente si evince sin dall'*incipit* dell'art. 16 dello Statuto ("La Regione Toscana esercita il controllo analogo sulla Fondazione "Sistema Toscana"). E, in effetti, la regione, qui, esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata [26];
- oltre l'80 per cento delle attività è, inoltre, effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente controllante (partecipazione totalitaria).

Pur ricorrendo, nella fattispecie, tutti gli indici rivelatori del modello dell'*in house*, si rammenta che la Cassazione (Sez. Unite, 2 febbraio 2018, n. 2584) ha potuto affermare, piuttosto di recente, che il modulo organizzativo dell'*in house* non sarebbe ipotizzabile per le fondazioni di partecipazione per la gestione di un servizio di pubblico interesse, a prescindere dalla pervasività del controllo pubblico. Ciò in ragione della natura delle fondazioni, quali enti che per natura non perseguono fini di lucro, a differenza dell'*in house* che, univocamente, invece "trova la sua precipua collocazione nell'ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali". In altri termini, la verifica del carattere imprenditoriale del soggetto dovrebbe svolgersi preliminarmente - e assumere carattere, per così dire, pregiudiziale - rispetto all'accertamento dei requisiti dell'*in house*: nella logica della Cassazione senza lo scopo di lucro non potrebbe, infatti, mai esservi *in house* [27].

Le nette affermazioni della Suprema Corte non sembrano, tuttavia, condurre all'incompatibilità ontologica fondazione/*in house*, tanto più che la questione affrontata dalle Sezioni Unite riguardava, essenzialmente, il perimetro della giurisdizione contabile sugli amministratori delle società (e solo delle società) pubbliche [28]. Nella fattispecie, la Cassazione ha, quindi, affermato che la Fondazione Festival Pucciniano non potesse essere qualificata come "società *in house*", in quanto titolare di un proprio patrimonio, autonomo rispetto a quello del Comune di Viareggio [29], per questa via escludendo la giurisdizione contabile per il pregiudizio economico causato dal Presidente della Fondazione. In questa prospettiva, la mancanza del fine di lucro impedisce, pertanto, il configurarsi della "società", ma potrebbe non impedire, in ipotesi, di riconoscere la qualifica "*in house*" alla fondazione. Sicché, se di incompatibilità ontologica può parlarsi, questa, più limitatamente, pare riguardare l'assenza di scopo di lucro con il modello dell'*in house* [30], e non l'*in house* rispetto alla forma-fondazione. In questa stessa direzione di fondo sembra muovere il pragmatico orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui "anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le

fondazioni, possano soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni vigenti in materia, in ragione della "personalità giuridica che le fondazioni vantano" e della "loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi", a condizione che "quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico" [31]. Anche il giudice amministrativo, al pari delle Sezioni Unite, pare, dunque, pretendere, affinché una fondazione possa esercitare attività d'impresa (e assumere, quindi, potenzialmente, la forma dell'*in house*), che lo scopo di lucro sia previsto, a livello genetico, dallo statuto (o dalla legge).

Nel senso della astratta compatibilità tra forma fondazionale e modello dell'*in house*, sembrano, infine, potersi leggere le Linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) - approvate con delibera 235 del 2017 (e aggiornate con delibera n. 951 del 2017), recante "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lg. n. 50/2016" - secondo cui gli organismi *in house* possono avere anche "la forma di aziende speciali, di "enti strumentali", così come di associazioni, consorzi e fondazioni comunque denominati tra enti pubblici a qualsiasi titolo costituiti, oltre alle forme societarie di cui al codice civile, in linea con l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, S.U., colla sentenza del 22 dicembre 2003, n. 19667, sulla "deformalizzazione" della pubblica amministrazione" [32].

A prescindere dalla più o meno spiccata propensione verso forme di pluralismo amministrativo, si deve, in ogni caso, riconoscere che l'esistenza delle vedute, autorevoli ma comunque problematiche, interpretazioni in ordine all'estensione della nozione di *in house*, con riferimento alle fondazioni di partecipazione, non agevola, in pratica, l'utilizzazione del modulo della fondazione *in house providing*, dando luogo ad una situazione di incertezza potenzialmente foriera di non trascurabili rischi [33].

3. Profili costituzionali

Sotto il profilo costituzionale, va considerato che ci troviamo, qui, in uno di quei contesti in cui le competenze legislative dello Stato (tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile) si intersecano con le competenze legislative regionali. Pare, pertanto, utile trarre elementi di valutazione dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

Nell'attuale assetto costituzionale di riparto delle competenze disegnato con la riforma del Titolo V - e posta la nuova tecnica di ripartizione contraddistinta dall'enumerazione tassativa delle materie di competenza statale - la materia valorizzazione dei beni culturali e ambientali, promozione e organizzazione di attività culturali è stata ricondotta alla potestà legislativa concorrente fra Stato e regioni (art. 117, comma 3), nel cui ambito spetta, quindi, alle regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione statale. Nella competenza legislativa delle regioni rientra, altresì, la definizione dei principi fondamentali di organizzazione e funzionamento (art. 123 Cost.). Nondimeno, la scelta legislativa di svolgere un servizio di interesse generale, ricadente nell'esercizio delle funzioni tipiche dell'ente regionale (inerenti all'attività di valorizzazione e promozione dei beni culturali), mediante una società *in house* attiene anche alle materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, rientranti nell'ambito della competenza legislativa riservata allo Stato (art. 117, comma 2, lett. e).

Nel caso della fondazione *in house* Sistema Toscana, dunque, può ben dirsi che le competenze legislative dello Stato si intersechino con le competenze legislative regionali. In simili ipotesi, la Corte costituzionale, con sentenza 14 gennaio 2016, n. 1, ha stabilito che quando le "molteplici competenze non si presentano separate nettamente tra di loro e sono, anzi, legate in un inestricabile intreccio (sentenze n. 334 del 2010 e n. 50 del 2005), senza che sia possibile identificarne una prevalente sulle altre dal punto di vista qualitativo o quantitativo", allora, "deve trovare applicazione il principio generale ... secondo il quale in ambiti caratterizzati da una pluralità di competenze ... e, qualora risulti impossibile comporre il concorso di competenze statali e regionali, tramite un criterio di prevalenza, non è costituzionalmente illegittimo l'intervento del legislatore statale, purché agisca nel rispetto del principio di leale collaborazione che deve in ogni caso permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie (*ex plurimis*, sentenze n. 44 del 2014, n. 237 del 2009, n. 168 e n. 50 del 2008) e che può ritenersi congruamente attuato mediante la previsione dell'intesa".

Seguendo l'impostazione delineata dalla Corte costituzionale, il Consiglio di Stato ha affermato, in sede consultiva (il citato parere della Sez. I, 8 novembre 2018, n. 2583), con riferimento alla creazione con legge regionale di una società *in house* da parte della regione Piemonte, che "In sostanza, quando la disciplina da adottare attiene a materie riconducibili sia alla competenza esclusiva del legislatore statale che a quella residuale del legislatore regionale - specialmente nei casi in cui le competenze legislativamente sovrapposte risultino intrecciate in modo inestricabile -, il raccordo va raggiunto attraverso lo strumento dell'intesa tra Stato e Regioni, in luogo di un parere consultivo, posto che la prima identifica una sostanziale co-decisione che, sotto il profilo costituzionale in esame, rende incontestabile la legge (nazionale o regionale)".

Applicando le coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte costituzionale - e, in particolare, il "criterio di prevalenza" - al caso di specie, il profilo relativo alla "valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali" (attribuito dall'art. 117, comma 3, Cost. alla competenza concorrente) appare prevalente rispetto agli altri coinvolti, sebbene non possa non considerarsi, sia pur in via del tutto ipotetica, anche la astratta possibilità di un intervento del legislatore statale volto a razionalizzare e contenere la spesa pubblica incidente nel settore dove opera la fondazione Sistema Toscana.

Del resto, la giurisprudenza costituzionale ha espressamente riconosciuto che disposizioni statali di principio in tema di coordinamento della finanza pubblica, ove costituzionalmente legittime, possono "incidere su una materia di competenza della Regione e delle Province autonome (sentenze n. 188 del 2007, n. 2 del 2004 e n. 274 del 2003), come l'organizzazione ed il funzionamento dell'amministrazione regionale e provinciale" [34]. La Corte costituzionale ha, infatti, a più riprese ribadito che è consentito imporre limiti alla spesa di enti pubblici regionali alla duplice condizione:

a) di porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; b) di non prevedere in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi [35]. Può essere, in altri termini, imposto alle regioni un "limite globale, complessivo, al punto che ciascuna Regione deve ritenersi libera di darvi attuazione, nelle varie leggi di spesa, relativamente ai diversi comparti, in modo graduato e differenziato, purché il risultato complessivo sia pari a quello indicato nella legge statale" [36].

D'altra parte, in un significativa pronuncia, avente ad oggetto l'art. 4 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, con le quali il legislatore statale ha inteso "razionalizzare la spesa pubblica attraverso la riduzione delle spese per beni e servizi, garantendo al contempo l'invarianza dei servizi ai cittadini", la Corte costituzionale ha ritenuto che "le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, secondo periodo, 3-sexies ed 8, delineano, invece, una disciplina puntuale e dettagliata che vincola totalmente anche le amministrazioni regionali, senza lasciare alcun margine di adeguamento, anche a Regioni e Province autonome, con conseguente lesione dell'autonomia organizzativa della Regione, nonché della competenza regionale concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica" [37].

Isolato appare, invero, l'orientamento di Corte dei conti, sezione regionale di controllo della Puglia, n. 114/2013, che ha interpretato, in senso assai restrittivo, i poteri degli enti locali di istituire fondazioni culturali. Secondo il giudice contabile, l'art. 9, comma 6, d.l. n. 95/2012, che aveva introdotto lo specifico divieto per gli enti locali di "istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione", si riferirebbe anche alle fondazioni culturali, in quanto "non possono non ritenersi rientranti nel concetto di "funzione fondamentale" e "funzione amministrativa" (richiamato nella norma) anche la funzione culturale e quella ricreativa, atteso che il d.P.R. 194/1996 (regolamento per l'approvazione dei modelli di cui all'art. 114 del d.lg. n. 77/1995, concernente l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali) annovera tra le funzioni dei comuni, all'art. 2, anche le "funzioni relative alla cultura", nonché quelle "relative al settore sportivo e ricreativo".

Successivamente, la Corte costituzionale, con sentenza 24 luglio 2013, n. 236, ha però fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata del citato art. 9, comma 6, precisando che "Tale disposizione deve essere necessariamente coordinata con quanto stabilito nei commi precedenti e, in particolare, nel comma 1" e, quindi, coll'obiettivo perseguito dal legislatore di "riduzione dei costi relativi agli enti strumentali degli enti locali nella misura almeno del 20 per cento, anche mediante la soppressione o l'accorpamento dei medesimi". Di conseguenza, la citata disposizione "deve essere interpretata nel senso che il divieto di istituire nuovi enti strumentali opera solo nei limiti della necessaria riduzione del 20 per cento dei costi relativi al loro funzionamento", e non in senso assoluto. E, infatti, "Una siffatta interpretazione, costituzionalmente orientata, si rende necessaria anche per consentire agli enti locali di dare attuazione al comma 1 mediante l'accorpamento degli enti strumentali che svolgono funzioni fondamentali o conferite". In questo modo, "gli enti locali potranno procedere all'accorpamento degli enti strumentali esistenti anche mediante l'istituzione di un nuovo soggetto, purché sia rispettato l'obiettivo di riduzione complessiva dei costi".

Dall'analisi della appena menzionata sentenza della Corte costituzionale non pare, quindi, emergere alcun divieto assoluto di istituire nuovi soggetti, a condizione che sia rispettata la *ratio legis* di riduzione della spesa pubblica.

In ogni caso, con l'abrogazione dell'art. 9, comma 6, ad opera dell'art. 1, comma 562, legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge di stabilità 2014), ogni divieto è venuto meno, come risulta chiaramente dalla più recente giurisprudenza della Corte dei conti [38]. Gli enti locali hanno, dunque, oggi, la possibilità di istituire nuovi enti o organismi anche per lo svolgimento delle funzioni amministrative e fondamentali loro conferite, anche nel settore culturale.

4. Una fondazione strumentale di fatto

Per come concretamente venutasi a configurare dal 2013 (uscita del socio fondatore privato Monte dei Paschi di Siena), Sistema Toscana appare, in sostanza, riconducibile, più che allo schema della fondazione di partecipazione, al tipo della fondazione strumentale all'ente pubblico fondatore, divenuto unico beneficiario diretto dell'attività svolta [39].

Nel modello della fondazione strumentale, infatti, la partecipazione dei privati è soltanto eventuale e non costituisce l'obiettivo principale del ricorso al modello-fondazione, concepito piuttosto come uno strumento funzionale al buon andamento dell'amministrazione attraverso il controllo dell'ente di riferimento sulle vicende modificative ed estintive; la presenza di rappresentanti dell'ente negli organi (ente che detiene anche un potere di revoca); l'adozione di atti d'indirizzo dall'ente alla fondazione.

Ciò premesso, anche alla luce della natura di Sistema Toscana come fondazione (di fatto) strumentale all'ente pubblico fondatore-unico socio, si tratta, quindi, di stabilire, nel quadro vigente, se il modello prescelto continui ad essere il più funzionale al perseguimento delle finalità indicate nell'art. 1 della legge istitutiva o se, piuttosto, non possa risultare in futuro preferibile il modello dell'ente pubblico e, in particolare, quello dell'ente pubblico strumentale, che si connota per un rapporto di servizio con il pubblico potere di riferimento, operando sotto gli indirizzi e il controllo di questo. Ovvero se non possano prendersi utilmente in considerazione modelli quale l'azienda speciale, delineata dall'art. 114 testo unico enti locali - dotata di una propria individualità in termini strutturali e funzionali, svolgente attività di produzione/erogazione di beni e servizi, in genere dietro corrispettivo -, o l'agenzia - a carattere tecnico-operativo e operante "al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle regionali e locali", ex decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 -: entrambe tipologie riconducibili alla c.d. amministrazione autonoma [40] e connotate, pertanto, da una minore pervasività degli indirizzi e controlli. Altra soluzione ipotizzabile parrebbe quella del consorzio tra enti previsto dall'art. 31 del testo unico enti locali, e da intendersi come ente polifunzionale [41].

Non sembra, infine, assolutamente da escludere la possibilità di costituire una società *in house* regionale, sul richiamato modello di Ales, società di capitali interamente partecipata dal Ministero dei beni culturali, svolgente attività di supporto alla conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale e attività di supporto agli uffici tecnico-amministrativi del

Ministero. A livello locale, in quest'ottica potrebbe, invece, farsi riferimento all'esperienza di Zetema, società partecipata esclusivamente da Roma capitale e operante nel settore della valorizzazione dei beni artistici e culturali.

Al di là dei modelli e delle forme potenzialmente configurabili, *rebus sic stantibus*, pare opportuna una puntuale analisi della *governance* della fondazione, onde verificare, specie nell'ottica del controllo analogo, se la forma-fondazione garantisca un adeguato livello di flessibilità gestionale e di efficienza, nel rapporto tra finalità culturali perseguite e mezzi e risorse impiegate.

In questa prospettiva, sembra doversi muovere dal rapporto di strumentalità, nelle sue diverse configurazioni. Ebbene, i poteri che caratterizzano tale rapporto, studiati dapprima con riferimento agli enti pubblici strumentali [42], sono, tipicamente, il potere dello stato o dell'ente territoriale di istituire l'ente; di approvarne lo statuto e i regolamenti interni; di imporre il programma da attuare; di adottare istruzioni o fissare obiettivi generali o specifici; di approvare il bilancio preventivo e consuntivo; di nominare i titolari degli organi di direzione e controllo; di approvare gli atti di maggiore importanza; di eseguire ispezioni e richiedere informazioni; di annullare gli atti illegittimi dell'ente; di sciogliere gli organi ove si discostino dalle direttive impartite o mal funzionino.

In buona sostanza, la strumentalità è soggetta *in toto* al regime di diritto amministrativo, da cui si ricavano tutti i poteri di indirizzo, di controllo e in genere di sovra ordinazione, tipici di questo rapporto organizzativo. Peraltro, la strumentalità non sembra venuta meno coll'avvento degli enti pubblici in forma societaria ed i suoi caratteri essenziali appaiono, oggi, inverarsi proprio nelle società *in house* disciplinate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. E non a caso autorevole dottrina ha definito le società *in house* come "gli enti strumentali di oggi" [43]. Da un raffronto tra i tradizionali poteri caratterizzanti il rapporto di strumentalità e lo *status* delle società *in house*, è, infatti, agevole riscontrare come i tratti principali e tipici della strumentalità sono sicuramente presenti anche in quest'ultimo modello, con riferimento al controllo analogo (art. 2, comma 1, lett. c), decreto legislativo 18 agosto 2016, n. 175 - codice delle società partecipate; art. 5 d.lg. n. 50/2016), che è un controllo amministrativo (variante organizzativa) che va oltre il controllo societario ex art. 2359 c.c., come conferma la possibilità stessa che "gli statuti delle società per azioni (*in house*, ndr) possono contenere clausole in deroga alle disposizioni dell'art. 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile", per cui la gestione non spetta soltanto agli amministratori, essendo consentiti poteri di gestione all'azionista pubblico (art. 16, comma 2, lett. a) [44].

La giurisprudenza, d'altronde, ha, da tempo, "elaborato una cospicua casistica", poi confluita nella previsione di legge di cui all'art. 16 del codice delle società a partecipazione pubblica, relativa alle possibili deroghe (statutarie) al modello civilistico delle società di capitali, riconoscendo "che gli enti pubblici controllanti possano esercitare non solo poteri di direttiva e di indirizzo, ma anche di autorizzazione o annullamento di tutti gli atti sociali più significativi, poteri propulsivi nei confronti del consiglio di amministrazione della società affidataria, consistenti in proposte di specifiche iniziative inerenti l'esecuzione dei singoli contratti di servizio, e poteri di veto sulle deliberazioni del c.d.a. riguardanti l'attuazione dei contratti di servizi" [45].

Venendo al caso della fondazione Sistema Toscana, dunque, la più ampia flessibilità gestionale, a favore della regione, appare assicurata dalla strumentalità della modalità *in house* che s'invera, specialmente, nei poteri di indirizzo (cfr. artt. 3, comma 2; 6, commi 1 e 2; 9, comma 3, della legge del 2018) che, sia pur contemplati anche nello Statuto (cfr., ad es., art. 4, commi 2, 3, 5 e 7; art. 14, comma 5), costituiscono, altresì, espressioni del potere pubblico di direzione e vigilanza previsto dalla legge istitutiva del 2018 da cui si ricavano regole derogatorie del diritto civile.

L'esigenza di assicurare che il perseguimento delle finalità culturali avvenga senza rischio di dispersione di risorse pubbliche dovrebbe, invece, essere garantita dai penetranti poteri di controllo posti in capo alla regione Toscana [46]. Ai sensi dell'art. 9, comma 2, della legge del 2018, infatti, "La Giunta regionale può esercitare il controllo su ogni atto della Fondazione Sistema Toscana ulteriore rispetto agli atti di cui al comma 1" che prevede "il controllo dei seguenti atti: a) bilancio di previsione; b) bilancio di esercizio; c) programma di attività ; d) atti di partecipazione a programmi comunitari e nazionali; e) atti di gestione straordinaria del patrimonio; f) atti relativi alla dotazione organica; g) contratti di consulenza". Secondo quanto dispone l'art. 9, comma 5, inoltre, "La Giunta regionale può disporre ispezioni e controlli sulla Fondazione Sistema Toscana in qualsiasi momento". Infine, l'art. 16, comma 3, dello Statuto prevede, oltre al controllo della Giunta sul rispetto degli indirizzi impartiti e ad una ampia serie di atti, il parere della Giunta regionale in merito agli: "d) atti di partecipazione a programmi comunitari e nazionali; e) atti di gestione straordinaria del patrimonio; f) atti relativi alla dotazione organica", con obbligo del Consiglio di Amministrazione di adeguarsi al parere, se negativo.

La non dispersione di risorse pubbliche può essere assicurata anche attraverso il controllo della Corte dei conti. Ed infatti, l'art. 12 del decreto legislativo n. 175 del 2016, che riconosce la giurisdizione della Corte dei conti con riguardo esclusivamente alle società *in house* "per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti" [47], pare applicabile anche alla fondazione Sistema Toscana, operante appunto con le modalità dell'*in house* e che ricorre in via ordinaria a finanziamenti pubblici. La giurisdizione contabile è, difatti, da connettere alla particolare configurazione di queste società, e nello specifico al fatto che "l'attività degli amministratori e degli organi di controllo non è riconducibile ad un soggetto privato dotato di una sua autonoma soggettività ma ad "organi" di una pubblica amministrazione", di tal che tra l'amministrazione o le amministrazioni controllanti e gli amministratori della società *de qua* è ravvisabile un rapporto di servizio.

Peraltro, in tal senso, va pure ricordato che Sistema Toscana soggiace anche agli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 1, comma 125, della legge 4 agosto 2017, n. 124.

5. Alla ricerca di un punto di equilibrio

I modelli organizzativi astrattamente utilizzabili per svolgere le attività oggi in capo a Sistema Toscana risultano diversi, dalla società a partecipazione pubblica *in house*, all'agenzia, all'ente pubblico strumentale, all'azienda autonoma, al consorzio. Tutte soluzioni legittimamente percorribili con un nuovo intervento normativo, ossia con una nuova legge

regionale, che interverrebbe a breve distanza da quella del 2018.

Con riferimento all'attuale modello della fondazione *in house*, esso, per quanto ibrido e singolare, pare, comunque, poter unire la strumentalità con alcuni tratti della flessibilità gestionale tipica della fondazione regolata dal diritto civile. E, tuttavia, va rilevato come in concreto, dal 2013 (uscita del socio fondatore Monte dei Paschi di Siena), lo schema della fondazione di partecipazione che, grazie alla propria struttura aperta, dovrebbe consentire l'allargamento della compagine, con l'apporto di nuovi capitali da aggiungere alla dotazione finale non abbia in concreto operato, essendo la regione Toscana rimasta come unico socio [48].

Di fronte a tale evenienza, pare, dunque, lecito chiedersi, in una prospettiva *de iure condendo*, se l'attuale modello di fondazione *in house* consenta di conseguire i vantaggi dello strumento privatistico in termini d'attrazione di nuovi capitali [49], costituendo un "punto di equilibrio tra ricorso agli *standard* privatistici e modelli pubblicistici, che normalmente conduce alla nascita di forme miste" nel polimorfo stato ad amministrazione aggregata [50].

Ancora attuale risuona, a distanza di anni, il severo, ma giusto, ammonimento a non fare delle fondazioni culturali, a dispetto della tipica "struttura aperta" e della naturale "capacità aggregativa" di persone e capitali, "meri enti strumentali, una sorta di aziende municipalizzate della cultura", come tali "prive dell'apporto di risorse, di idee e di energie di privati che pur nelle dichiarazioni e nei propositi si ritengono indispensabili" [51].

Note

[*] Simone Lucattini, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena, Via Mattioli, 10, Siena, simone.lucattini@unisi.it

[**] Il presente scritto riprende in parte il contributo destinato al volume *Amministrare le fondazioni. Amministrare per fondazioni*, frutto della ricerca congiunta condotta da Scuola IMT Lucca e Università di Siena.

[1] Di una amministrazione ormai "disaggregata" - frammentata, differenziata e non più compatta, unitaria e gerarchica -, sotto la spinta del pluralismo amministrativo, parla, assai efficacemente, S. Cassese, *Lo stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pag. 467 ss., il quale, peraltro, mette in luce come "Nello Stato ad amministrazione disaggregata si riscontra la presenza, oltre che di enti pubblici delle varie specie, di tutte le figure giuridiche soggettive proprie del diritto privato: associazioni, fondazioni, società (e suoi diversi tipi)" (*ibidem*, pag. 471). Su questo polimorfismo, insiste, altresì, V. Cerulli Irelli, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, 13 ss.

[2] Cfr. Corte dei conti, Veneto, Sez. contr., parere n. 130 del 19 ottobre 2020: "le fondazioni hanno natura privata e sono espressione organizzativa delle libertà sociali, costituendo i cosiddetti corpi intermedi, collocati tra Stato e mercato, che trovano nel principio di sussidiarietà orizzontale, di cui al richiamato art. 118, comma 4, Cost., un preciso presidio rispetto all'intervento pubblico (Corte cost. 28 settembre 2003, n. 300 e n. 301)". In tal senso, nella prospettiva del rapporto autorità-libertà, può leggersi A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., pag. 18 ss.

[3] Per una panoramica sulle concrete utilizzazioni, a livello nazionale ed europeo, di tale modulo, cfr., rispettivamente, D. De Gotzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011; L. Ferrara, *Le fondazioni nel sistema europeo*, in *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, (a cura di) G. Palma, P. Forte, Torino, Giappichelli, 2008, pag. 83 ss., nonché E. Mitzman, *Le fondazioni della pubblica amministrazione nel settore della cultura: una prospettiva di diritto comparato*, in *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, (a cura di) B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, pag. 383 ss. Come noto, l'impiego delle fondazioni "per la gestione dei servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale" è stato previsto, per la prima volta, dall'art. 10 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368, istitutivo del Ministero per i Beni e le Attività culturali. In attuazione di tale disposizione, le fondazioni culturali sono state, quindi, disciplinate ad opera del decreto ministeriale 27 novembre 2001, n. 491 (tra le fondazioni istituite ai sensi di questo regolamento si ricorda, in particolare, la Fondazione La Grande Brera prevista dall'art. 8 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, su cui può leggersi [G. Manfredi, La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali](#), in *Aedon*, 2014, 2) che configura questi organismi come fondazioni di partecipazione caratterizzate dagli ampi e penetranti poteri del Ministero, in termini, tra l'altro, di vigilanza, approvazione delle modifiche statutarie, adozione di atti di indirizzo generale. La prevalente dottrina ritiene che tali figure costituiscano veri e propri enti pubblici, nonostante che l'art. 1 del decreto n. 491/2001 si apra affermando che "Il Ministero per i beni e le attività culturali ... può costituire fondazioni aventi personalità giuridica di diritto privato ovvero parteciparvi": in tal senso, [S. Foà, Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i Beni e le Attività culturali](#), in *Aedon*, 2002, 1; [G. Morbidelli, Le fondazioni per la gestione dei beni culturali](#), in *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., pag. 102.

[4] Cfr. [G. Morbidelli, Le fondazioni per la gestione dei beni culturali](#), cit., pag. 95. Tale distinzione è utilizzata, in relazione alle fondazioni lirico-sinfoniche, da [V. Cerulli Irelli, Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica](#), in *Aedon*, 2012, 3 e, più in generale, in ordine alle diverse tipologie di fondazioni costituite da enti pubblici, da [F. Merusi, La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato](#), in *Dir. amm.*, 2004, pag. 447 ss.

[5] In linea con la generale preferenza manifestata dalle regioni per fondazioni istituite ex lege: sul punto, [G. Franchi Scarselli, Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni](#), in *Aedon*, 2000, 3.

[6] Vale la pena riportare integralmente l'art. 1 ("Finalità") della legge istitutiva: "1. La Fondazione Sistema Toscana, nel quadro dell'ordinamento regionale, opera secondo le modalità dell'"in house providing" per il perseguimento delle seguenti finalità istituzionali della Regione:

- a) sviluppo della comunicazione digitale per la valorizzazione e la promozione dei beni e delle attività culturali, della ricerca e dell'innovazione, della società dell'informazione e della conoscenza;
- b) promozione dell'integrazione fra offerta culturale e offerta turistica;
- c) promozione e diffusione del cinema e dell'audio-visivo e delle iniziative educative e formative;
- d) attività di film commission;

e) promozione e valorizzazione dell'identità toscana e sviluppo delle politiche giovanili e dei diritti".

[7] F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni*, in *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, pag. 89.

[8] Tra le fondazioni di partecipazione pubblico-privato costituite dallo Stato si annovera, ad esempio, il *Museo egizio* di Torino cui partecipano lo Stato, gli enti territoriali, la Compagnia di San Paolo e la Fondazione Cassa di Risparmio di Torino. Su questa fondazione, cfr. [S. Foà, Lo statuto-tipo della fondazione museale: il caso del Museo egizio di Torino](#), in *Aedon*, 2003, 2.

[9] Così recita, appunto, l'art. 8, rubricato "Soci fondatori": "1. Sono soci fondatori e promotori la Regione Toscana e la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. 2. A partire dall'anno 2013 la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. ha rinunciato alle prerogative alla stessa riconosciute in qualità di socio fondatore e promotore".

[10] Meritevole d'interesse appare, in proposito, l'orientamento del 18 novembre 2019 sulla "Nozione di "società" a partecipazione pubblica di diritto singolare", emanato dalla Struttura di indirizzo, monitoraggio e controllo sull'attuazione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica istituita presso il ministero dell'Economia e delle Finanze. L'orientamento in parola, volto a porre fine alla rilevata "diffusa incertezza in merito al significato della nozione giuridica "di società a partecipazione pubblica di diritto singolare", offre al Mef l'occasione di chiarire che "per "norme di diritto singolare" - definite anche norme "del caso singolo" o "a fattispecie esclusiva" - devono intendersi le norme la cui peculiarità consiste nell'individuare con precisione, nella propria fattispecie, uno o più elementi, quali, ad esempio, i destinatari della norma o il suo oggetto"; ragion per cui "le norme considerate si caratterizzano dunque, rispetto alle altre, per una minore astrattezza, essendo applicabili ad un numero finito (o chiuso) di casi". Obiettivo è, quindi, quello di tentare di arginare la logica derogatoria - fonte d'incertezza interpretativa e operativa -, da sempre, caratterizzante il diritto delle società a partecipazione pubblica, dove deroghe rivolte a intere classi o gruppi di società ("società di diritto speciale") si alternano a deroghe relative a singole società ("società di diritto singolare"), contenute in norme "del caso singolo": una varia molteplicità di eccezioni, regimi speciali, statuti singolari, espressione della generale tendenza verso il particolarismo giuridico (lumeggiata, a livello generale, da G. Morbidelli, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli, 2012) con la frantumazione in discipline di differenziate, particolari, talora puntiformi, al punto che, in questo settore, storicamente è sembrato quasi invertirsi il rapporto tra regola ed eccezione, come notato da C. Ibba, "Generale" e "speciale" nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 2010, pag. 494 ss.; Id., *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, (a cura di) C. Ibba, Milano, 2019, pag. 27 ss.; sul punto, cfr., altresì, M. Clarich, *Le società a partecipazione pubblica dopo il testo unico: il punto di vista del pubblicista*, in *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal testo unico*, cit., pag. 14 ss.; A. Police, S. Lucattini, *Commento all'art. 4*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, (a cura di) G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2018, pag. 187 ss.. A livello teorico-generale, si rinvia alle definizioni di F. Modugno, voce *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, pag. 508.

[11] Cfr. artt. 2 e 4 della legge della regione Toscana 13 novembre 2018, n. 6, sulle attività svolte a favore della regione Toscana e sul relativo finanziamento.

[12] Fermo restando che, "in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali", "non si tratta di scoprire la "vera" natura di tali figure", onde stabilirne "un presunto regime giuridico generale di fatto inesistente", bensì, più specificamente, di "verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati" (G. Napolitano, *Enti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 2230). Come chiarito da Cons. St., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, difatti, "l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico", per cui "Si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica". Alla luce di tale, dominante, "nozione "funzionale" di ente pubblico", si può, quindi, giungere ad affermare che "il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa". Ebbene, come puntualmente notato da B. Sordi, *Origine e itinerari scientifici della nozione di "ente pubblico" nell'esperienza italiana*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, (a cura di) V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 1994, pag. 15, in quest'ambito, in effetti, oramai da tempo, "La morfologia sembra vincere sulla dogmatica".

[13] In merito, cfr. S. Serravalle, *Le fondazioni universitarie. Natura e disciplina applicabile*, Napoli, 2012; A. Marra, *Trasformare le Università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del D.l. n. 112/2008*, in *Dir. econ.*, 2009, pag. 645 ss., nonché D. Sorace, *Le fondazioni universitarie (di diritto speciale)*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., pag. 135 ss.

[14] Cfr., specialmente, F. Merusi, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata*, Torino, 2000, pag. 59 ss. e 117 ss., che percorre la lunga parabola, dagli enti fondazione alle fondazioni di diritto privato, anche come "cronaca di un ente pubblico regressivo" (*ibidem*, 97 ss.). Si vedano pure M. Clarich, A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie*, Bologna, 2001; V. Manzetti, *Fondazioni di origine bancaria e principio di sussidiarietà*, Napoli, 2017.

[15] F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni*, in *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, pag. 135. Come notato da G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., pag. 66, "nella maggior parte delle discipline speciali o singolari previste per ciascun tipo di fondazione, si rinviene almeno uno degli indici rivelatori della pubblicità, così come ricavati dalla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico: la gestione è soggetta a controllo da parte dei pubblici poteri; l'attività è finanziata in modo maggioritario da questi ultimi; gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza sono costituiti a maggioranza da membri designati dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

[16] L'espressione è di V. Cerulli Irelli, "Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., pag. 85, il quale, altrove, precisa che stabilire se la presenza di determinati elementi riveli o meno la natura pubblica costituisce, pressoché "sempre", "un delicato problema di interpretazione" (V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1997, pag. 131).

[17] Cfr. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, pag. 199. Di "metodo induttivo che pone l'accento su una pluralità di caratteristiche nessuna delle quali, presa singolarmente, appare risolutiva", parla M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, pag. 339. L'insoddisfazione per gli indici sintomatici della pubblicità è una costante, fin da M.S. Giannini, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in AA.VV., *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, Jovene, 1974, pag. 23 ss.

[18] Cfr. gli artt. 1; 2; 3, commi 2 ss.; 4, commi 1 e 2; 5; 6, commi 1, 3, 4, 5, 6, 7; 8, comma 5; 9, commi 2 e 5, della legge istitutiva, e gli artt. 1; 2; 3; 4, commi 2, 4, 5, 6, 7; 7, commi 3, 4, 5; 10, commi 1 e 3; 14, commi 4 e 5; 15, commi 1 e 3, e 16 dello Statuto.

[19] Corsivo aggiunto.

[20] Cfr. G. Miele, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, e ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, pag. 403, laddove mette in risalto "il carattere strumentale dell'attività dell'ente pubblico rispetto allo Stato: ciò che noi abbiamo espresso con una locuzione abbastanza precisa, dicendo che l'attività dell'ente (pubblico) deve essere posta a servizio dello Stato e tale da questo considerata". Sulla scorta di Miele, si veda, anzitutto, V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959, pag. 1 s., che getta luce sul "rapporto di dipendenza" tra l'ente pubblico strumentale e l'amministrazione. *Recentius*, il riconoscimento della pubblicità passa, comunque, sempre, dalla sussistenza di "legami effettivi", sotto il profilo organizzativo e funzionale, con lo Stato (V. Cerulli Irelli, "Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., pag. 89) ovvero, ancora, dal "rapporto di strumentalità (o di servizio) con lo Stato o un ente territoriale" (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., ancora pag. 339). Anche per G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, pag. 265, il "rapporto con l'ente territoriale" risulta "coessenziale della natura pubblica".

[21] Secondo A. Moliterni, *Pubblico e privato nella disciplina del patrimonio culturale: l'assetto del sistema, i problemi, le sfide*, in *Patrimonio culturale e soggetti privati*, (a cura di) A. Moliterni, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, pag. 26, "è la stessa ampiezza - e indeterminatazza - del concetto di "valorizzazione" preso a riferimento dal Codice dei beni culturali (art. 6, ndr) a favorire, almeno in potenza, un grande spazio per l'intervento e la collaborazione dei privati"; in argomento, si vedano anche L. Casini, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino, 2016, pag. 110 s.; Id., *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pag. 785 ss.; E. Bruti Liberati, *Pubblico e privato nella gestione dei beni culturali: ancora una disciplina legislativa nel segno dell'ambiguità e del compromesso*, in *Aedon*, 2001, 3; in prospettiva comparata, cfr., invece, F. Caporale, *Il rapporto pubblico-privato nel settore dei beni culturali in Francia e Regno Unito*, in *Patrimonio culturale e soggetti privati*, cit., pag. 383 ss. Più in generale, sulla convivenza pubblico/privato sul versante dell'organizzazione amministrativa, si vedano V. Cerulli Irelli, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., pag. 13 ss.; S. Valaguzza, *Pubblico e privato nell'organizzazione*, in *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, cit., pag. 99 ss. Sulla "grande dicotomia" resta fondamentale S. Pugliatti, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, e, nella prospettiva del diritto amministrativo, possono leggersi M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pag. 1019 ss., e V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; con riferimento alle società partecipate (vicenda che, almeno in parte, si snoda in parallelo con quella delle fondazioni, come notato da G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., pag. 93), cfr., invece, G. Oppo, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, pag. 157 ss.

[22] Su cui si soffermano F. Fracchia, S. Vernile, *Nozione, principi e fonti: in house providing e diritto U.E. (principio di autorganizzazione, affidamenti diretti, in house verticale rovesciato, in house orizzontale)*, in *Le società in house*, (a cura di) M. Antonioli, A. Bellavista, M. Corradino, V. Donativi, F. Fracchia, S. Glinianski, A. Maltoni, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pag. 23 ss.

[23] Sull'*in house*, dopo il codice sulle società a partecipazione pubblica, cfr. A. Maltoni, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. app.*, 2017, pag. 7 ss; M. ANTONIOLI, *L'in house provding identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, pag. 555 ss.

[24] In questi, perspicui, termini, Cons. St., Sez. I, 8 novembre 2018, n. 2583.

[25] "È costituita per iniziativa dei Fondatori Promotori la Fondazione "SISTEMA TOSCANA", ente senza scopo di lucro con personalità giuridica di diritto privato".

[26] Ciò, secondo quanto dispone il menzionato art. 16 dello Statuto, "attraverso la nomina del Consiglio di Amministrazione e del Revisore Unico da parte del Consiglio Regionale e il controllo dei seguenti atti:

- a) bilancio di previsione;
- b) bilancio di esercizio;
- c) programma di attività;
- d) atti di partecipazione a programmi comunitari e nazionali;
- e) atti di gestione straordinaria del patrimonio;
- f) atti relativi alla dotazione organica; g) contratti di consulenza".

[27] Posto che lo statuto della fondazione in questione (Fondazione Festival Pucciniano) escludeva il fine di lucro, per la Cassazione, conseguentemente, "appare superata la necessità della verifica della necessaria presenza dei tre presupposti od indici sintomatici dell'*in house providing*, come individuati dalla elaborazione giurisprudenziale ...".

[28] In tal modo, A. Paire, *Fondazioni di partecipazione e pubblica amministrazione. Rischi e opportunità di un modello organizzativo "atipico"*, in *Federalismi.it.*, 2020, 172, tenta di spiegare, "almeno in parte", la pronuncia delle Sezioni Unite.

[29] Si legge, nella sentenza delle Sezioni Unite n. 2584 del 2018, che "è indubbio che la Fondazione Festival Pucciniano abbia natura di persona giuridica privata: essa ha, dunque, un proprio patrimonio, nel quale sono confluite anche risorse pubbliche, ma che ha assunto una propria autonomia".

[30] "la figura dell'affidamento *in house* trova la sua precipua collocazione nell'ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e che proprio in tali ambiti può trovare spazio l'analisi dell'ente al fine di rinvenire un agire sul mercato in termini concorrenziali con altri soggetti economici: *situazione questa che va del tutto esclusa, in ragione della statutaria previsione della Fondazione, di non perseguire fini di lucro*" (corsivo aggiunto).

[31] Così Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897, seguito da Tar Lazio, Roma, Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 539.

[32] Così, in particolare, le FAQ di ANAC relative alle citate Linee Guida n. 7.

[33] I rischi legati al modello della fondazione di partecipazione, come osserva A. Paire, *Fondazioni di partecipazione e pubblica amministrazione. Rischi e opportunità di un modello organizzativo "atipico"*, cit., pag. 174, riguarderebbero "la qualificazione statutaria o legale di una fondazione come soggetto *in house*, frequente nella prassi", che "non esclude che la legittimità dei singoli affidamenti diretti possa essere contestata, in ragione delle caratteristiche concrete del soggetto e della sua attività". Tale qualificazione, poi, "apre le porte al riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori (e i dipendenti) della fondazione, compresi quelli designati dai partecipanti privati e apparentemente privi di qualunque legame formale con gli

enti pubblici fondatori". Ma, soprattutto, tutti questi aspetti sono "avvolti nell'incertezza, non esistendo, al momento, alcuna disciplina legale specifica di questi enti, a differenza di quanto avviene per le società pubbliche".

[34] Corte cost., 20 maggio 2008, n. 159.

[35] Cfr., ad esempio, Corte cost., 18 luglio 2008, n. 289.

[36] Corte cost., 8 marzo 2013, n. 36, che richiama, a propria volta, la sentenza 30 luglio 2012, n. 211.

[37] Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229, con nota di L. Vandelli, *Le società pubbliche locali tra autonomia organizzativa regionale e locale, ordinamento civile e principi di coordinamento della finanza pubblica*, in *Giur. Cost.*, 2013, pag. 3398 ss.

[38] Cfr. Corte dei conti, sezione regionale di controllo della Toscana, parere n. 5 del 18 marzo 2014, là dove si afferma che: "il parere negativo espresso nel 2012 derivava dall'applicazione del citato art. 9, comma 6, d.l. n. 95/2012, il quale faceva espresso divieto agli enti locali "di istituire società partecipate, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ... Poiché, come osserva il Comune richiedente, la disposizione di cui si parla è stata abrogata dalla legge 147/2013 (art. 1, comma 562), è pacifico che sia venuto meno il divieto in essa contenuto".

[39] Osserva G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, cit., pag. 73, che "la partecipazione dei privati è soltanto eventuale e non costituisce comunque l'obiettivo principale del ricorso alla fondazione, concepito, piuttosto, come uno strumento funzionale al buon andamento dell'amministrazione". Sulla varietà tipologica di fondazioni presenti nell'ordinamento italiano, F. Roversi Monaco, A. Maltoni, *Fondazioni e interessi generali in Italia*, relazione al XVIII Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo "Forme private e interessi generali: quale ruolo per le Fondazioni?" - Bologna, 27-29 maggio 2010, pag. 3; analogamente, A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., pag. 44, che parla del "modello fondazionale" come di un modello "debole" che "può essere dimensionato in concreto secondo ampie variabili strutturali gestionali funzionali - tutte astrattamente compatibili col "tipo".

[40] Sui cui confini e generale configurazione si rinvia a G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013, pag. 149 ss. Sull'estensione ormai raggiunta dalla c.d. amministrazione locale "satellite", composta soprattutto delle società a partecipazione pubblica, vedasi, invece, G. Piperata, *Le nuove coordinate organizzative per l'amministrazione locale "satellite" in forma privatistica*, in *Munus*, 2019, pag. 975 ss.

[41] Per un inquadramento di questi differenti moduli, applicati alla gestione dei servizi pubblici locali, si veda M. Cammelli, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, cit., pag. 334 ss.

[42] Sulla scia di V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, cit.

[43] G. Morbidelli, *Gli enti strumentali di oggi*, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita*, (a cura di) S. Licciardello, Torino, Giappichelli, 2018, pag. 113 ss. Per F. Goisis, voce *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, Giuffrè, 2014, pag. 424, gli enti pubblici strumentali costituiscono un "ufficio personificato" dell'ente territoriale.

[44] Sul punto, cfr. V. Donativi, *Gli strumenti per l'esercizio del controllo analogo*, in *Le società in house*, cit., pag. 98 ss.; E. Codazzi, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sull'in house providing tra specialità della disciplina e "proporzionalità delle deroghe"*, in *Dir. econ.*, 2019, pag. 127 ss.

[45] Tribunale di Roma, Sez. specializzata in materia di impresa, 2 luglio 2018.

[46] La Giunta regionale, con decisione del 20 novembre 2017, n. 7, recante "Procedure di monitoraggio degli Enti e Agenzie dipendenti della Regione Toscana, Fondazioni culturali, Consorzio Zona industriale Apuana e Associazione Centro di Firenze per la Moda Italiana", ha generalmente stabilito di sottoporre a monitoraggio, attraverso l'analisi del bilancio di esercizio, le principali fondazioni culturali a cui la regione partecipa o assegna rilevanti contributi finanziari.

[47] Per una puntuale analisi della norma, cfr. A. Police, *Commento all'art. 12*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, cit., pag. 323 s., nonché C. Ibba, *Società pubbliche e responsabilità degli amministratori: alcuni spunti per una discussione ancora aperta*, in *Dir. econ.*, 2019, pag. 39 ss.

[48] Sulla "debole presenza del finanziamento" privato nel caso delle fondazioni lirico-sinfoniche, cfr. A. Gualdani, *L'amministrazione dello spettacolo dal vivo*, Torino, 2020, pag. 134 ss.; sulla crescente importanza del finanziamento privato dei musei, vedasi, invece, S. Dorigo, *Il finanziamento dei musei tra risorse pubbliche e crescente coinvolgimento dei privati*, in *Il regime giuridico dei musei*, (a cura di) G. Cerrina Feroni, S. Torricelli, Bologna, 2021.

[49] Nella più ampia ottica della fondazione (anche) come strumento dell'iniziativa economica dei fondatori e dei partecipanti, cfr. A. Zoppini, *Quattro tesi per una rilettura delle norme sulle fondazioni*, in *Gli enti "non profit" in Italia*, (a cura di) A. Ponzanelli, Padova, Cedam, 1994, pag. 61 ss.

[50] S. Cassese, *Lo stato ad amministrazione disaggregata*, cit., pag. 473.

[51] G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, cit., pag. 110 ss.