

Fondazioni

Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, sentenza 4 febbraio 2013, n. 326 - Pres. ed est. F. Mariuzzo

È illegittima l'inclusione della F.T.Mi. nell'elenco delle pubbliche amministrazioni redatto annualmente dall'Istat. I requisiti richiesti dal Sec 95, alle cui regole classificatorie l'Istat ha fatto riferimento nella redazione e nell'aggiornamento di tale elenco, infatti, non sono rinvenibili nella F.T.Mi. la quale non è finanziata in misura prevalente dallo Stato, né è assoggettata al controllo da parte di un pubblico potere.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Tar Lazio, Roma, sez. III <i>quater</i> , 11 gennaio 2012, n. 233; Tar Lazio, Roma, sez. III <i>quater</i> , 30 marzo 2012, n. 3048; Tar Lazio, Roma, sez. III <i>quater</i> , 12 luglio 2011, n. 6213; Tar Lazio, Roma, sez. III <i>quater</i> , 10 novembre 2011, n. 8645.
Difforme	Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 giugno 2013, n. 5628; Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6014.

Omissis.

Il commento di Sveva Del Gatto

Il Tar Lombardia ha accolto il ricorso presentato dalla F.T.Mi. per l'annullamento del provvedimento con il quale l'Istat ha ritenuto la Fondazione una "pubblica amministrazione" ai sensi dell'art. 1, c. 5, della legge n. 311 del 2004. A tal fine, i giudici amministrativi si sono basati sulla verifica della sussistenza o meno in capo alla F.T.Mi. dei requisiti richiesti dal Sec 95 per l'inserimento di una «unità istituzionale» nel settore «amministrazioni pubbliche».

Il Tar, discostandosi dall'orientamento dominante, ha adottato un'interpretazione sostanziale dei requisiti richiesti dalla lett. b) del par. 2.69 del Sec 95 e ha, di conseguenza, ritenuto che la F.T.Mi. non beneficia del finanziamento maggioritario da parte dello Stato, né è sottoposta a controllo pubblico.

Il fatto

Con la decisione n. 326 del febbraio scorso, il Tar Lombardia ha accolto il ricorso presentato dalla Fondazione Triennale di Milano (F.T.Mi.) per l'annullamento del provvedimento con il quale l'Istituto nazionale di statistica (Istat) ha ritenuto la Fondazione una "pubblica amministrazione" ai sensi dell'art. 1, c. 5, della legge 311 del 2004 (1).

In base a tale disposizione, la spesa complessiva delle «amministrazioni pubbliche» inserite nel conto

economico consolidato non può superare il limite del due per cento rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno.

Al fine di individuare le amministrazioni pubbliche soggette a tale limite, la norma rimanda, per il primo anno di vigenza della legge, all'elenco contenu-

Nota:

(1) Legge 30 dicembre 2004, n. 311 contenente disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (l. finanziaria per il 2005).

to nello stesso testo normativo, mentre, per gli anni successivi, ad un elenco adottato annualmente dall'Istat con proprio provvedimento.

Contro l'inserimento in questo elenco, la F.T.Mi. ha proposto ricorso dinnanzi al Tar, facendo valere, da un lato, la natura di fondazione di diritto privato e, dall'altro, la propria autonomia finanziaria e l'assenza di contributi obbligatori a carico dello Stato nei suoi confronti.

Investito della questione, il Tar ha preliminarmente affrontato l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancanza di interesse a ricorrere. Ad avviso dell'Istat, in particolare, non sarebbe sussistita in capo alla F.T.Mi. alcuna posizione giuridicamente tutelata in quanto l'Istituto, nel compilare e nell'aggiornare l'elenco, non avrebbe esercitato una potestà discrezionale, ma si sarebbe limitato a recepire le classificazioni e le regole contabili contenute nel Regolamento europeo n. 2223/96 (c.d. Sec 95) (2). Il Tribunale amministrativo di primo grado ha respinto tale argomentazione. Secondo i giudici milanesi, in base all'art. 1, c. 5, della legge n. 311, l'Istat, nel formare e aggiornare l'elenco delle pubbliche amministrazioni svolge, al fine di individuare i soggetti tenuti all'obbligo di riduzione della spesa, un'istruttoria di tipo tecnico-contabile. Solo in esito a tale istruttoria e alla conseguente iscrizione nel suddetto elenco sorge in capo all'ente il vincolo di spesa previsto dalla legge n. 311. È dunque, questo provvedimento, caratterizzato da profili di discrezionalità, seppur tecnica (3), che realizza la lesione della posizione giuridica del soggetto in capo al quale sorge l'obbligo e che è, quindi, titolare dell'interesse a ricorrere.

Superata così l'eccezione di rito, il Tar ha affrontato nel merito la questione della legittimità o meno dell'inserimento della F.T.Mi. nell'elenco delle pubbliche amministrazioni redatto dall'Istat, pronunciandosi, come anticipato, a favore della ricorrente.

A tal fine, i giudici, allontanandosi dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, si sono basati su una verifica sostanziale della sussistenza o meno in capo alla F.T.Mi. dei requisiti richiesti dal Sec 95 per l'inserimento di una «unità istituzionale» nel settore «amministrazioni pubbliche», mentre hanno ritenuto irrilevante la natura formalmente pubblica o privata della Fondazione (4).

Ad avviso del Tar, infatti, la qualificazione giuridica, pubblica o privata, che gli ordinamenti nazionali assegnano a detti soggetti e all'attività da essi svolta è irrilevante per gli effetti classificatori del sistema Sec 95 che l'Istat ha utilizzato nella formazio-

ne e nell'aggiornamento dell'elenco delle pubbliche amministrazioni. L'opzione per la disciplina statistica comunitaria anche per i rapporti interni è infatti, rimessa alla libera scelta del singolo Stato (5), ma «una volta formalizzata», come nel caso di specie, «con le procedure previste dal proprio ordinamento giuridico, lo vincola sia nel *modus procedendi* che negli effetti» (6).

È, dunque, opportuno soffermarsi brevemente sui contenuti del Regolamento n. 2223/96, sulla cui corretta applicazione si è pronunciato il Tar milanese.

Il Sec 95 e il settore delle «amministrazioni pubbliche»

Il Regolamento n. 2223/96 è stato adottato per consentire alla Commissione europea e all'Eurostat di disporre di un «sistema statistico europeo» e di

Note:

(2) Regolamento della Comunità europea, 25 giugno 1996 n. 2223, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali della Comunità. Il sistema europeo dei conti nasce nel 1970 ad opera dell'Istituto statistico della Comunità europea (Eurostat) ed è stato, successivamente, modificato nel 1995, coerentemente con il nuovo sistema dei conti nazionali (Sna) redatto dall'Onu e da altre istituzioni internazionali nel 1993.

(3) Sulla sindacabilità della discrezionalità tecnica da parte dei giudici amministrativi la giurisprudenza è, oggi, unanime. Per un approfondimento sul tema si rinvia, *ex multis*, a F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, 2005; F. G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 257 ss.; A. Pajno, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. Amm.*, 2004, 617 ss. Per una ricostruzione alla luce di alcune pronunce più recenti, A. Fontana, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica alla luce della recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Il Foro Amm.-CdS*, 2011, 3216 ss.

(4) I giudici del Tar Milano hanno, infatti, osservato che «il raffronto» da fare «è [...] fra costi complessivi ed entrate proprie, costituenti il corrispettivo economico del servizio reso a soggetti terzi, risultando invece irrilevante la natura giuridica, pubblica o privata, che l'ordinamento nazionale riconosce al singolo soggetto interessato. Si tratta infatti di distinzione irrilevante agli effetti classificatori atteso che il SEC 95 richiede come condizione per qualificare "unità istituzionali pubbliche" i soggetti operanti senza scopi di lucro nel settore dell'Amministrazione pubblica, che essi siano soggetti al controllo di una Pubblica amministrazione e che dal raffronto fra spesa complessiva sostenuta per la loro attività istituzionale e le entrate proprie, costituenti corrispettivo per i servizi resi, queste ultime coprano la prima in misura superiore al 50%. Di qui l'ininfluenza, secondo le regole comunitarie recepite dall'Istat, della qualificazione giuridica, pubblica o privata, che gli ordinamenti nazionali assegnano a detti soggetti e all'attività da essi svolta». Punto 5, della sentenza in commento.

(5) Il c. 3, dell'art. 1 del Regolamento infatti, espressamente dispone che «Il presente regolamento non obbliga alcuno Stato membro ad elaborare per le proprie esigenze i conti in base al SEC 95».

(6) Così espressamente, *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 11 gennaio 2012, n. 233.

produrre «statistiche europee secondo principi statistici e norme prestabiliti». Al fine di controllare la spesa pubblica negli Stati membri e di conoscere l'effettiva realtà economica di ciascun Paese, l'Unione europea deve, infatti, poter disporre di informazioni comparabili, aggiornate e attendibili, sulla struttura e sull'andamento della situazione economica di ogni Stato membro. Ciò è reso possibile dalle previsioni del Sec 95, il quale consente una descrizione quantitativa completa e comparabile dell'economia dei Paesi membri, attraverso un sistema integrato di conti di flussi e di conti patrimoniali definiti per l'intera economia e per raggruppamenti di operatori economici (7).

Questo sistema si avvale, in particolare, del criterio comunitario di identificazione di «unità istituzionale» (8), comune a tutti i settori di attività e quindi, anche a quello della pubblica amministrazione.

Una unità istituzionale, secondo la definizione contenuta nel Regolamento, è «un centro elementare di decisione economica caratterizzato da uniformità di comportamento e da autonomia di decisione nell'esercizio della propria funzione principale» (9). Le unità istituzionali, così definite, sono, poi, raggruppate dal Sistema - al fine di descrivere il reddito, i flussi finanziari e di spesa e i conti patrimoniali - in cinque settori sulla base delle loro principali funzioni, nonché dei loro comportamenti e obiettivi (10). Tra questi figura quello delle «amministrazioni pubbliche» (settore S13) (11).

Questo settore comprende «tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori», nonché «tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese» (12).

I requisiti e i caratteri necessari affinché un soggetto possa essere considerato una «unità istituzionale» rientrante nel settore «amministrazioni pubbliche» sono stabiliti nello stesso Regolamento. In base al paragrafo 2.69 possono essere ricondotti in tale settore: a) gli organismi pubblici che gestiscono o finanziano un insieme di attività, principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita; b) le istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita, che sono controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche; c) i fondi pensione autonomi, se obbligatori in forza di

disposizioni legislative o regolamentari e se le amministrazioni pubbliche sono responsabili della gestione dell'istituzione per quanto riguarda la fissazione o l'approvazione dei contributi e delle prestazioni.

La decisione del Tar Lombardia

Nel caso portato alla cognizione del Tar Lombardia si discuteva, in particolare, dell'applicazione della lett. b) del paragrafo 2.69, ovvero della esatta individuazione delle istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica che «agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita» e «che sono controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche».

Il c.d. criterio del 50% (ovvero sulla produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita)

Il primo requisito oggetto di verifica da parte del Tar ha riguardato la produzione o meno di beni non destinabili alla vendita da parte della F.T.Mi.

Nel sistema Sec 95, la distinzione fra produttori di beni o servizi destinabili alla vendita e produttori di beni o servizi non destinabili alla vendita si basa sul fatto che i prezzi applicati siano o no economicamente significativi. Un prezzo è considerato «economicamente significativo» quando influisce in misura significativa sulle quantità di un determinato bene o servizio che i produttori sono disposti a fornire e che gli acquirenti sono disposti ad acqui-

Note:

(7) In questo senso cfr. considerando n. 2) del Regolamento n. 2223/96. Sui contenuti e sulle finalità del Sec 95, con specifico riferimento al rispetto di tale normativa nell'inserimento di soggetti appartenenti all'ordinamento italiano nell'elenco Istat, v. M. De Lullo, «Pubbliche amministrazioni» (ai sensi del sistema Sec 95) e «società private di diritto pubblico», in *Foro amm.-TAR*, 2007, 2522 ss.

(8) Da intendere come entità economiche che possono essere proprietarie di beni e attività, contrarre debiti, nonché intraprendere attività economiche e avviare operazioni con altre unità per conto proprio.

(9) Paragrafo 2.12, Reg. n. 2223/96 cit.

(10) Il sistema dei conti Sec 95, in particolare, raggruppa le unità istituzionali in: a) società non finanziarie; b) società finanziarie; c) amministrazioni pubbliche; d) famiglie; e) istituzioni senza scopo di lucro al servizio delle famiglie. I cinque settori costituiscono insieme il totale dell'economia. Ogni settore si suddivide inoltre in sotto-settori. Il SEC prevede l'elaborazione di una serie completa di conti di flussi e di conti patrimoniali per ogni settore - e facoltativamente, per ogni sotto-settore - nonché per il totale dell'economia (par. 1.28. Reg. n. 2223/96, cit.).

(11) Il settore "amministrazioni pubbliche" è a sua volta diviso in: amministrazioni centrali (S.1311); amministrazioni di Stati federati (S1312); amministrazioni locali (S1313); e, infine, enti di previdenza e assistenza sociale (S1314).

(12) Par. 2.68, Reg. n. 2223/96, cit.

stare. Al contrario, un prezzo non è «economicamente significativo» quando influisce in misura scarsa o irrilevante sulle quantità dei beni e servizi offerti e ha un'incidenza solo marginale sulle quantità di beni e servizi richiesti. In questo caso, il prezzo non è economicamente significativo né dal punto di vista dell'offerta, né dal punto di vista della domanda (13).

Per individuare più agevolmente un prezzo economicamente significativo il Sec 95 utilizza il c.d. «criterio del 50%». In base ad esso un prezzo è economicamente significativo ogni qual volta sia verificato che le vendite - esclusi i trasferimenti operati dalle amministrazioni pubbliche - coprono una quota superiore al 50% dei costi (14).

Tale criterio, ad avviso dell'Istat, non sarebbe stato soddisfatto nel caso della F.T.Mi. in quanto i ricavi della Fondazione sarebbero ammontati ad una percentuale inferiore dei costi di produzione (ovvero il 38,4%), rispetto a quella prevista dal Sec 95. In tale calcolo, inoltre, non avrebbero dovuto essere computati i proventi, per lo stesso anno, della società unipersonale Tr.S. s.r.l. partecipata dalla Fondazione (15).

Tale ricostruzione è stata respinta dal Tar il quale ha, invece, considerato come un *unicum* la F.T.Mi. e la società Tr.S. s.r.l. (nonché la Fondazione Tr.M., successivamente istituita). Secondo i giudici amministrativi milanesi, la società unipersonale Tr.S. s.r.l. rappresenta, infatti, un'articolazione amministrativa della F.T.Mi., in quanto quest'ultima esercita su tale società un potere di gestione analogo a quello che viene esercitato dalle amministrazioni nei confronti delle loro società *in house* (16). Ai fini della verifica della sussistenza o meno del criterio del 50%, pertanto, i bilanci della F.T.Mi., quelli della Tr.S. s.r.l. e quelli della Fondazione Tr.M. sono stati considerati come un solo bilancio consolidato (17) dal quale è emerso che, per l'anno in discussione, la F.T.Mi. ha conseguito entrate complessive pari al 63,60%, ovvero una percentuale ben al di sopra di quella richiesta dal Sec 95 per poter rientrare nel settore «amministrazioni pubbliche».

Il requisito del controllo prevalente da parte di amministrazioni pubbliche

Il secondo requisito richiesto dalla lett. b) del par. 2.69 è rappresentato, alternativamente, dal controllo o dal finanziamento prevalente da parte di amministrazioni pubbliche.

Secondo l'Istat, nel caso della F.T.Mi., il requisito del finanziamento pubblico prevalente sarebbe stato

soddisfatto in quanto lo Stato avrebbe finanziato la Fondazione in misura pari al 56,7%.

Si è visto, tuttavia, esaminando la sussistenza del requisito del 50%, che, secondo il Tar, la F.T.Mi. non ha ricevuto finanziamenti pubblici in misura maggioritaria. Si tratta, allora di verificare la sussistenza o meno dell'altro elemento richiesto dal Sec 95, ovvero del controllo pubblico.

Ma in cosa consiste il controllo pubblico richiesto da tale disciplina?

Note:

(13) Prezzi di questo tipo possono venire applicati al fine di ottenere introiti o di contenere la domanda in eccesso che può verificarsi quando i servizi forniti sono totalmente gratuiti, ma non sono finalizzati a eliminare completamente tale domanda in eccesso. Cfr. par. 5 e ss. del *Manuale del SEC 95 sul disavanzo e sul debito pubblico*, 2002.

(14) Cfr. par. 5.2 *Manuale SEC 95*, cit., 12. È, inoltre, precisato che « [n]el distinguere tra produttori di beni e servizi destinabili alla vendita e produttori di altri beni e servizi non destinabili alla vendita in base al criterio del 50%, le "vendite" comprendono quelle «al netto delle imposte sui prodotti, ma al lordo di tutti i trasferimenti operati dalle amministrazioni pubbliche o dalle istituzioni dell'Unione europea e concessi a qualsiasi produttore in questo tipo di attività: sono compresi cioè tutti i contributi legati al volume o al valore della produzione, mentre sono esclusi i trasferimenti a copertura di un disavanzo globale»; mentre i «costi di produzione [...] rappresentano la somma dei consumi intermedi, dei redditi da lavoro dipendente, degli ammortamenti e delle altre imposte sulla produzione». Sempre secondo il *Manuale SEC 95* «[a]llo scopo di garantire la coerenza dei concetti di vendite e di costi di produzione in sede di applicazione del criterio del 50%, i costi di produzione dovrebbero escludere tutti i costi sopportati per investimenti per uso proprio».

(15) In base all'art. 3, c. 3, decreto legislativo 20 luglio 1999, n. 273, «[l]a fondazione può, previa autorizzazione dell'autorità vigilante, partecipare a società di capitali, o promuoverne la costituzione, e può altresì svolgere attività commerciali ed altre attività accessorie, in conformità agli scopi istituzionali. Non è comunque ammessa la distribuzione degli utili, che devono essere destinati agli scopi istituzionali. Nel caso in cui eserciti una attività commerciale, la fondazione è soggetta, in caso di insolvenza, alla procedura di liquidazione coatta amministrativa». In attuazione di tale norma è stata costituita la Tr.S. s.r.l. avente come socio unico fondatore la Fondazione Triennale di Milano (art. 1 dello Statuto) e come oggetto sociale «l'attività di promozione e di realizzazione di attività commerciali strumentali, accessorie e connesse agli scopi istituzionali della Fondazione "La Triennale di Milano"» (art. 3 dello Statuto).

(16) La disamina delle caratteristiche di questo potere e del rapporto che lega le amministrazioni con le rispettive società *in house* esula dai confini del presente lavoro. Per un approfondimento si rinvia, senza pretesa di completezza, a G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in questa *Rivista*, 2008, 11, 1126 ss.; M.M. Gaeta, *Riflessioni in tema di società in house, controllo analogo e discrezionalità gestoria*, in *Giur. di merito*, 2012, 6, 1349 ss.; S. Capacci, F. Moretti, *Il requisito del "controllo analogo" nella gestione dei servizi pubblici locali. Aspetti interpretativi del vincolo di subordinazione*, in *Appalti e contratti*, 2007, 3, 1377 ss.; M. Urso, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in *Urb. e app.*, 2006, 12, 1420 ss.

(17) «Specchio», come osservato dal Tar, «delle multiformi attività svolte dalla Fondazione».

Secondo la giurisprudenza amministrativa pronunciata in casi analoghi a quello sottoposto al Tar Lombardia, «la nozione comunitaria di “controllo” non s’identifica con quella recepita nel nostro ordinamento, e cioè innanzi tutto controllo sugli atti (in particolare sul bilancio di previsione e sul conto) da parte di un soggetto pubblico sopraordinato [...]». La nozione di controllo accolta dall’Ue si sostanzia, invece, secondo i giudici, «nel potere giuridicamente riconosciuto ad un’Amministrazione pubblica di “determinare la politica generale e i programmi” della singola unità istituzionale, cioè di stabilire in via autonoma gli obiettivi che essa è chiamata a raggiungere e le modalità che deve seguire per realizzarli, con atti che in effetti sono di amministrazione attiva, e quindi non verificabili nella loro concreta esistenza con riferimento agli atti di controllo nel significato specifico e nella funzione ad essi assegnati dall’ordinamento nazionale» (18).

Ai sensi del Sec 95, affinché possa sussistere il controllo pubblico su un’unità istituzionale, è perciò, necessario che la pubblica amministrazione sia in grado di influenzare la gestione dell’ente «indipendentemente dalla supervisione generale esercitata su tutte le unità analoghe» (19).

Elementi a favore di questa lettura sostanzialistica del controllo, del resto, si possono ricavare, per analogia, dall’interpretazione che, di tale nozione, è stata data in materia di *in house providing* e di organismo di diritto pubblico. In entrambi i casi, come è noto, l’Unione europea ha utilizzato il requisito del “controllo pubblico” per stabilire quando, in concomitanza con altri requisiti, si dovesse o meno applicare, o (nel caso dell’affidamento *in house*) non applicare, una determinata disciplina.

In presenza di affidamenti *in house*, la giurisprudenza comunitaria, sin dalle prime elaborazioni dell’istituto, ha richiesto che l’amministrazione svolgesse sulla società un *controllo analogo* a quello svolto sui propri servizi (20).

Secondo le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia, affinché tale requisito possa dirsi soddisfatto, deve essersi in presenza di un potere di controllo molto penetrante sulla società la quale vede, di conseguenza, fortemente ridotta, se non azzerata, la sua autonomia decisionale e gestionale tanto da poter essere equiparata ad una articolazione amministrativa dell’ente controllante (21).

In materia di organismo di diritto pubblico (22), la disciplina stabilisce che ricorre l’istituto ogni qual volta, oltre alla personalità giuridica e al perseguimento di interessi generali non aventi carattere industriale o commerciale, sussiste il requisito cosid-

detto della “dominanza pubblica”. L’ente deve cioè, essere finanziato in via maggioritaria da un pubblico potere, o, in alternativa, essere sottoposto al controllo pubblico sulla gestione o, infine, la nomina della maggioranza dei componenti dell’organo di amministrazione, di quello di direzione o dell’organo di vigilanza dell’ente, deve essere fatta dallo Stato o da altro ente pubblico. In questo caso, analogamente a quanto visto in materia di *in house*, la giurisprudenza ha affermato che il controllo sulla gestione da parte di una pubblica amministrazione sussiste soltanto nel caso in cui i pubblici poteri siano in grado di esercitare un’influenza dominante sulle decisioni adottate dagli organismi in questione (23).

Note:

(18) I giudici amministrativi hanno precisato, inoltre, che «l’uso improprio - alla luce di detto ordinamento - del termine “controllo” trova giustificazione nella necessità per il legislatore comunitario di fare ricorso ad una terminologia che, in larga approssimazione, ricomprenda situazioni che i legislatori nazionali identificano con termini specifici e diversi». In questi termini, Tar Lazio, n. 233/12, cit.. In quella occasione il Tar ha ritenuto non sussistente tale nozione di controllo nel caso dell’Aeeg e ha annullato l’Elenco Istat delle pubbliche amministrazioni nella parte in cui era stata inserita l’Autorità per l’energia elettrica e il Gas (*contra* sulla legittimità dell’inclusione dell’Aeeg nell’elenco, Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6014). In senso analogo, sulla nozione di controllo, in materia di verifica dei requisiti richiesti dalla lett. b), del par. 2.69 del Sec 95, cfr. anche *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 30 marzo 2012, n. 3048; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 12 luglio 2011, n. 6213.

(19) Tar Lazio, n. 233/12 cit.

(20) Corte di giustizia Ce, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*.

(21) La giurisprudenza della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato hanno, ad esempio, riscontrato un controllo analogo quando i consigli di amministrazione delle società in questione sono, in concreto, privi di significativi poteri gestionali configurandosi, quindi, come *longa manus* degli organi di *governance* dell’ente pubblico di riferimento i quali, per contro, sono titolari di poteri più incisivi di quelli normalmente riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale. In questi termini Corte giustizia Ue, 13 novembre 2008, C 324-07; Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5; CGA, sez. giurisd., 4 settembre 2007, n. 719; Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2316. In chiave ricostruttiva dell’istituto dell’*in house*, *ex multis* Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

(22) Sull’organismo di diritto pubblico e sull’interpretazione da dare ai tre requisiti richiesta dalla normativa si rinvia, senza pretesa di completezza, a M.P. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; D. Casalini, *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003; B. Mameli, *L’organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; si vedano infine, i contributi raccolti da M.A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, in *Serv. pubbl. e appalti, Supplemento speciale*, n. 4, 2004.

(23) Questa influenza è stata ad esempio, esclusa, nel caso di un controllo *a posteriori*. Cfr. Corte di giustizia Ue, 27 febbraio 2003, C-373/00, *Adolf Truley*.

In tutti questi casi, dunque, non è sufficiente l'esistenza di un generico potere di controllo in capo ad un soggetto pubblico, ma tale potere deve risultare, in seguito ad un'analisi dei suoi contenuti e delle sue modalità di esercizio, particolarmente incisivo e penetrante.

In questo senso si è pronunciato il Tar Lombardia nel verificare la sussistenza, nella fattispecie *de qua*, del requisito del controllo pubblico richiesto dal Sec 95. Ad avviso dei giudici amministrativi milanesi, infatti, nel caso della F.T.Mi., la previsione che la maggioranza dei componenti del consiglio di amministrazione della Fondazione sia di nomina pubblica non è di per sé sufficiente ad integrare un'influenza pubblica dominante che anzi, è esclusa quando, come nel caso di specie, i membri dell'organo di amministrazione non agiscono nell'interesse dei pubblici poteri che li hanno nominati, ma in quello esclusivo della fondazione (24).

Nel valutare la presenza del controllo pubblico, il Tar non fa, invece, alcun riferimento ai poteri di controllo e vigilanza esercitati dal Mi.Bac. nei confronti della F.T.Mi.

Anche con riferimento ad essi possono tuttavia, ripetersi analoghe considerazioni. La vigilanza ministeriale prevista dallo statuto, infatti, si esaurisce in un controllo di legittimità e non di merito; il Mi.Bac., cioè, non valuta il rispetto di un indirizzo o di un comando politico, ma si limita a verificare la corrispondenza con le norme di legge e con le disposizioni dello statuto (entrambe preventivamente individuate), senza alcuno spazio per altri tipi di valutazione (25).

La "sostanza delle cose" nella decisione del Tar Lombardia

A seguito della pubblicazione dell'elenco Istat, ogni anno, i giudici amministrativi sono investiti dai ricorsi presentati dai soggetti inclusi tra le amministrazioni pubbliche, che eccepiscono la loro natura privata e la mancanza di legami con i pubblici poteri (26).

Si tratta, nella maggior parte dei casi, di enti derivanti dalle privatizzazioni che, nell'ultimo ventennio, hanno caratterizzato la sfera pubblica, e la cui natura, pubblica o privata, è tuttora dubbia a causa dell'ambigua disciplina alla quale sono, di frequente, sottoposti (27). È questo chiaramente il caso sotto-

rale ed è composto: a) da tre consiglieri, designati dal Ministro per i Beni e le Attività culturali; b) da tre consiglieri, designati dal Comune di Milano; c) da uno o due consiglieri, in rappresentanza di partecipanti privati, nominati dal Collegio dei Partecipanti, qualora si verifichi l'ipotesi di cui all'art. 22; d) da un consigliere designato dalla regione Lombardia, qualora deliberi di contribuire in via ordinaria all'attività della fondazione con un apporto finanziario che sia, per ciascun anno, non inferiore al trenta per cento della somma dei contributi ordinari annualmente versati dal Ministero per i Beni e le Attività culturali e dal Comune di Milano. [...] I componenti del Consiglio di Amministrazione operano nell'esclusivo interesse della Fondazione *senza vincolo di mandato nei confronti di coloro che li hanno designati*» (corsivo di chi scrive). L'argomentazione utilizzata dal Tar era stata già sostenuta in dottrina, con specifico riferimento alla vicenda delle fondazioni ex bancarie, da F. Merusi, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronaca di una riforma decennale*, Torino, 2000, spec. 115 e 132 ss. L'A. in particolare, osserva che: «La nomina degli amministratori è un indice di pubblicità perché è un indice di "dominanza" dell'ente da parte della pubblica amministrazione e perciò di appartenenza dello stesso ente al *genus pubblica amministrazione*». Non è così, tuttavia, quando, continua l'A., la nomina da parte di soggetti pubblici non avviene nell'interesse del nominante, bensì in quello del nominato (secondo la logica della rappresentanza degli interessi e non invece, secondo quella della rappresentanza interorganica). In questi casi, quindi, tale nomina non contrasta con la disciplina delle fondazioni di diritto privato le quali possono prevedere nei propri statuti i più disparati criteri per individuare i propri amministratori.

(25) L'art. 5 dello statuto della F.T.Mi., in materia di vigilanza e amministrazione straordinaria, infatti, assegna al Ministro per i Beni e le Attività Culturali un potere di vigilanza sulla gestione della Fondazione. In attuazione di tale potere, il Mi.Bac. può «disporre lo scioglimento del Consiglio di Amministrazione quando: a) risultino gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative o statutarie che regolano l'attività della Fondazione; b) il conto economico chiuda con una perdita superiore al 30% del patrimonio per due esercizi consecutivi, ovvero siano previste perdite del patrimonio di analoga entità; c) non venga ricostituito il patrimonio, ai sensi dell'art. 6 ultimo comma del presente statuto; d) vi sia impossibilità di funzionamento degli organi. Con il decreto di scioglimento viene nominato un Commissario straordinario e ne vengono determinati la durata dell'incarico e il compenso. Il Commissario straordinario esercita tutti i poteri del Presidente e del Consiglio di amministrazione. Il Commissario straordinario provvede alla gestione, ad accertare e rimuovere le irregolarità e a promuovere le soluzioni utili al perseguimento dei fini istituzionali; esercita l'azione di responsabilità contro i componenti del disciolto Consiglio di amministrazione, previa autorizzazione dell'Autorità vigilante».

(26) Solo per rendere l'idea, nel mese di giugno 2013, si segnalano oltre venti pronunce sul punto (tra queste, con contenuti e argomentazioni diverse, ad esempio, Tar Lazio Roma, sez. III, 18 giugno 2013, n. 6103; Tar Lazio Roma, sez. III, 12 giugno 2013, nn. 5951, 5950, 5949, 5948, 5947, 5946, 5945, 5938; Tar Lazio Roma, sez. III, 6 giugno 2013, nn. 5710, 5709, 5707, 5704).

(27) Si pensi, ad esempio, per restare nell'ambito degli enti pubblici non economici privatizzati alle Casse di previdenza dei liberi professionisti, agli enti lirici o alle infinite e alterne vicende normative che hanno interessato le fondazioni ex bancarie. Sulle caratteristiche delle diverse discipline di privatizzazione e sui problemi connessi cfr. F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss.; G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, ivi, 2006, 573 ss.; sia, infine, consentito il rinvio alle osservazioni svolte e alla dottrina citata da S. Del Gatto, *La privatizzazione degli enti pubblici non economici e il mutato rapporto pubblico-privato, anche alla luce della riforma dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, 35 ss.

Note:

(24) In base all'art. 16 dello Statuto della F.T.Mi. «Il Consiglio di Amministrazione è nominato con decreto del Ministro per i Beni e le Attività culturali nel rispetto dei principi del pluralismo cultu-

posto al vaglio del Tar di Milano relativo alla F.T.Mi., ente pubblico trasformato in fondazione di diritto privato dal decreto legislativo 20 luglio 1999, n. 273 (28), sul presupposto (29) che la personalità giuridica di diritto pubblico posseduta dall'allora ente pubblico "Triennale di Milano" avesse carattere non necessario, e che, di converso, la forma privatistica rappresentasse lo strumento più adatto per svolgere nel modo più efficace le attività dell'ente (30). La pronuncia, tuttavia, si segnala, rispetto alle numerose altre sentenze sull'argomento, per l'approccio innovativo (31), in controtendenza con l'orientamento dominante seguito dalla giurisprudenza amministrativa nel delimitare i confini della sfera pubblica a seguito delle privatizzazioni.

I giudici amministrativi, infatti, nel decidere sulla natura pubblica o privata di un soggetto, si sono pronunciati, la maggior parte delle volte, a favore della pubblicità dell'ente, affermando di far valere la vera "sostanza delle cose" (32). La verifica della ricorrenza dei c.d. indici sintomatici della pubblicità è avvenuta, però, sulla base di una lettura alquanto formalistica delle deroghe contenute nella disciplina dei soggetti privatizzati. L'effetto paradossale di questo approccio è stato, inoltre, quello di estendere ulteriormente a enti privati, in contrasto con la volontà espressa dal legislatore, il complesso delle norme pubblicistiche applicate agli apparati amministrativi e di sottoporre gli atti da questi adottati non alla giurisdizione ordinaria, ma a quella amministrativa con le sue regole peculiari (33).

Un orientamento analogo è stato seguito dai giudici chiamati a pronunciarsi sulla legittimità dell'inclusione di soggetti di natura privata nell'elenco Istat delle pubbliche amministrazioni (34).

È stato, ad esempio, affermato che la sola presenza di un collegamento tra l'ente privato e la pubblica amministrazione, a prescindere da una verifica sui contenuti e sulle modalità di tale collegamento, è sufficiente a qualificare questi soggetti come pubblici, legittimando, di conseguenza, l'inserimento nell'elenco Istat e l'applicazione delle norme sulla spesa pubblica (35).

Questa opzione ermeneutica non può essere condivisa.

L'inserimento di soggetti privati nell'elenco Istat delle pubbliche amministrazioni (così come la valutazione della sua legittimità) dovrebbe, infatti, avvenire solo a seguito di un'analisi che abbia realmente ad oggetto la sostanza delle cose. Non è sufficiente, come correttamente rilevato dai giudici milanesi, l'attribuzione ad una pubblica amministrazione di un generico potere di controllo nei con-

Note:

(28) Commentata da E. Freni, *La Triennale di Milano tra persone giuridiche pubbliche, private e «privatizzate»*, in *questa Rivista*, 2000, 227 ss.

(29) Esplicitato dall'art. 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa).

(30) A dispetto di tali premesse, tuttavia, il legislatore, nel disciplinare la F.T.Mi., ha dettato una disciplina minuziosa, derogatoria rispetto a quella prevista dal libro primo del codice civile relegato, invece, ad un ruolo del tutto marginale (in base all'art. 2 «[p]er quanto non espressamente previsto dal presente decreto, la fondazione è disciplinata dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo»). La F.T.Mi., in particolare, a norma dell'art. del d.lgs. n. 273 citato, è dotata di uno statuto adottato a maggioranza assoluta dei componenti del Consiglio di amministrazione e approvato con Decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (art. 1). La legge di privatizzazione detta anche le finalità che la Fondazione deve perseguire (art. 3) e ne individua gli organi (art. 4: sono organi della Fondazione il Presidente, il Consiglio di amministrazione, il Comitato scientifico e il Collegio dei revisori dei conti). Tra questi, il Consiglio di amministrazione, in particolare, è nominato con Decreto del Ministro per i beni e le attività culturali ed è composto da tre consiglieri, designati dal Ministro per i beni e le attività culturali, da tre consiglieri, designati dal comune di Milano, e da un consigliere, in rappresentanza di partecipanti privati. La gestione della Fondazione, infine, è, ai sensi dell'art. 10, soggetta al potere di vigilanza del Mi.Bac., il quale può, tra l'altro, disporre lo scioglimento del Consiglio di amministrazione e la nomina di un commissario nei casi indicati dalla stessa legge di privatizzazione. La gestione finanziaria è, invece, soggetta, in virtù del comma 2 dell'art. 8, al controllo della Corte dei conti.

(31) In senso conforme, oltre alle pronunce già richiamate, cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 10 novembre 2011, n. 8645 (che ha dichiarato l'illegittimità dell'inserimento nell'elenco Istat della Fmsi - Federazione medico-sportiva italiana); Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 3 marzo 2008, n. 1938 (che ha dichiarato l'illegittimità dell'inserimento nell'elenco Istat di alcune Casse di previdenza dei liberi professionisti).

(32) Tale approccio, definito sostanziale dagli stessi giudici, è cioè volto a far emergere la sostanza pubblica a fronte della forma privatistica. Per una critica a questo tipo di "sostanzialismo", definito dall'A. "unidirezionale", si rinvia a L. Torchia, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, 223 ss.

(33) Ciò emerge con chiarezza in alcune sentenze del Consiglio di Stato in materia di organismo pubblico dove si legge che il recepimento di questa nozione «ha contribuito ad allargare l'ambito dei concetti di atto amministrativo e di soggetto amministrativo» [Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303; Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206]. Per una critica a questa interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico per tutti; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, spec. 105; cfr. anche G. Berti, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Jus*, 1996, 283 ss.

(34) Cfr. da ultimo Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 giugno 2013, n. 5628.

(35) In questo senso, espressamente, Cons. Stato, 6014/12, cit., secondo il quale «[c]ontrollo e finanziamento assumono quindi anche alla luce della normativa comunitaria della quale l'elenco Istat è applicazione, la funzione di indicatori della natura pubblica del soggetto esaminato, ai fini della determinazione dei soggetti sottoposti alle regole della riduzione del disavanzo pubblico».

fronti di un soggetto privato, ma è necessario che siano previsti poteri effettivi di direzione e di ingegneria nella vita dell'ente sottoposto a vigilanza, insieme alla effettiva sostituzione della volontà del soggetto agente con la volontà del soggetto controllore, portatore di un interesse proprio, inteso come interesse pubblico, spesso connesso a specifiche e contingenti ragioni politiche (36).

Di fronte a una disciplina speciale dell'ente privatizzato, anche se relativa al controllo, l'interprete non può, dunque, sempre concludere per la pubblicità dell'ente ma deve, piuttosto, verificare se la deviazione rispetto al modello civilistico non sia comunque riconducibile, pur nella sua specialità, allo stesso *genus* contenuto nel codice civile (37).

La frequenza con il quale il giudice amministrativo è chiamato a decidere cosa sia o meno pubblica amministrazione e l'esistenza di un acceso contrasto giurisprudenziale sul punto sono, tuttavia, chiari sintomi di una profonda difficoltà di dare attuazione ad una normativa, quella di privatizzazione degli enti pubblici (economici e non), poco razionale (38) e spesso contraddittoria rispetto agli obiettivi perseguiti.

Il problema, pur risalente (39), dell'esatta individuazione della nozione di pubblica amministrazione è stato, oggi, indubbiamente, reso più complesso a causa, non solo, del richiamato fenomeno delle privatizzazioni, ma anche dell'approccio innovativo derivante dall'ordinamento europeo. L'interpretazione funzionale seguita dall'Unione europea, in particolare, ha dato luogo ad una nozione di pubblica amministrazione quanto mai variabile, i cui confini - come suggerisce anche questa sentenza (40) - sono suscettibili di ampliarsi o restringersi a seconda dello scopo che la disciplina, di cui si discute l'applicazione, persegue (41).

Nel tentativo, non facile, di determinare tali confini, la specialità della disciplina e i suoi contenuti spesso contraddittori, non possono, tuttavia, giustificare l'indiscriminato ampliamento che la giurisprudenza fa della sfera pubblica, in contrasto con le privatizzazioni effettuate dal legislatore, ma devono, al contrario, spingere lo stesso interprete a riflettere sull'effettiva opportunità e, ancor prima, sulla legittimità (42) di tali deviazioni, ove incompatibili con l'affermata natura privata.

Note:

(36) In senso analogo L. Torchia, *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata*, in *Il Ponte*, 2003, 67 ss. Sul punto anche G. Napolitano, *I controlli amministrativi sulle fondazioni bancarie*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, Torino, 2005, 121 ss. La previsione di un controllo esterno del resto, è un evenienza che accomuna enti pubblici e enti privati, come testimoniano le

norme del codice civile in materia di fondazioni e quelle in materia di cooperative. Da qui la necessità di concentrarsi sui contenuti effettivi del potere di vigilanza. In argomento sia consentito, nuovamente, il rinvio alle osservazioni svolte in S. Del Gatto, *La privatizzazione degli enti pubblici non economici*, cit., 35 ss., spec. 46 ss.

(37) Il cambiamento, sino quasi all'inversione, del rapporto di genere a specie tra la disciplina contenuta nel codice civile e quella contenuta nelle leggi speciali di privatizzazione, non può tuttavia, considerarsi, di per sé, sintomo di pubblicità dell'ente. Il proliferare di leggi speciali anche nel diritto privato è, infatti, nell'attuale momento storico, un dato oggettivo che si giustifica con l'evolversi della realtà e della prassi e con la nascita di nuovi fenomeni e nuove esigenze. Di fronte a ciò, la disciplina generale contenuta nel codice civile si è spesso mostrata incapace di stare al passo con tali cambiamenti e ha visto, di conseguenza mutare il suo ruolo. Per un'analisi di questo fenomeno, N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989; C. Eisenmann, *Droit public, droit privé*, in *Revue du droit public*, vol. LXVIII, 1952, 903 ss.; sul proliferare di discipline speciali in materia di fondazioni private si veda lo studio di A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

(38) Al riguardo F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 448, il quale nell'evidenziare l'irrazionalità del disegno del legislatore parla di «cimento fra armonizzazione e invenzione», laddove l'*invenzione* è quella operata dal legislatore il quale «privatizza inventando di volta in volta, discipline speciali per il tipo di persona giuridica privata nella quale l'ente pubblico dovrebbe trasformarsi».

(39) Il riferimento è al c.d. "problema dell'ente pubblico": come noto, in passato, la mancanza di una definizione di ente pubblico, insieme alla necessità di delimitare i contorni della categoria al fine di stabilire l'applicabilità della disciplina pubblicistica ha portato la giurisprudenza e la dottrina ad interrogarsi sui c.d. indici sintomatici della pubblicità. Sulla problematica individuazione della nozione di ente pubblico (nonché sui dubbi relativi ad una sua utilità) si rinvia a M.S. Giannini, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 3° ed., 1993. In argomento anche V. Cerulli Irelli, «Ente pubblico» *problemi di identificazione e disciplina applicabile*; S. Cassese, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 374 ss.; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, spec. 264 ss.

(40) Come rilevato dal Tar Lombardia, infatti, «l'attività dell'Istat di individuazione delle entità da inserire nell'elenco delle "pubbliche amministrazioni" che rientrano nel conto economico consolidato prescinde dalla configurazione giuridica delle stesse ed è vincolata dai "rigidi paletti di contabilità europea"».

(41) Ne sono chiari esempi la disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori, la cui *ratio* applicativa ha giustificato una nozione "ristretta" di pubblica amministrazione, e, all'opposto, la disciplina sugli appalti pubblici che accoglie una nozione "ampia" di pubblica amministrazione allo scopo di dare massima attuazione al principio concorrenziale. Sul punto J.A. Moreno Molina, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 561 ss.; M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico*, cit., *passim*.

(42) Sulla illegittimità di norme che dispongono la ri-pubblicizzazione di enti privati, cfr. le decisioni della Corte costituzionale in materia di fondazioni bancarie (Corte cost., 29 settembre 2003, n. 300 e 301 con commento di E. Balboni, *Sussidiarietà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, in *Giur. cost.*, 2003, 3149 ss.; cfr. anche M. Clarich, A. Pisaneschi, *Dalla legge c.d. Ciampi-Pinza alla riforma c.d. Bossi-Tremonti (Legge 28 dicembre 2001 n. 448) e alle decisioni della Corte Costituzionale, 29 settembre 2003 n. 300 e 301*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, Torino, 2006). In termini più generali, sulla legittimità costituzionale di discipline che dispongono la ri-pubblicizzazione di enti privati, si rinvia alle osservazioni svolte da L. Torchia, *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in M. Cammelli, G. Sciuolo (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, Quaderni della Spisa, Rimini, 2004.