

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone, Rocco Lombardi

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Ugo Patroni Griffi

Gli enti del terzo settore a partecipazione pubblica

SOMMARIO: 1. Il codice del terzo settore. – 2. Le modalità in cui può operare la pubblica amministrazione. – 3. La disciplina unionale. – 4. La governance dei corpi intermedi. – 5. Gli organismi partecipati. – 5.1. Dalle opere pie alle IPAB. – 6. La disciplina degli enti non societari a partecipazione pubblica. – 6.1. Le partecipazioni in enti non societari. – 6.2. Gli enti a dominanza pubblica. – 7. Gli ETS a partecipazione pubblica-

1.- Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore, d'ora innanzi CTS) eleva il sintagma “terzo settore”, sino ad allora utilizzato – non solo nel nostro paese - nell’ambito degli studi di sociologia¹ in termini di esclusione rispetto alle strutture dello stato e del mercato² - ad elemento qualificativo di un *corpus* normativo teso al sostegno dell’autonoma iniziativa dei cittadini che, anche in forma associata, concorrono “a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l’inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e occupazione lavorativa” (art. 1 CTS).

Con il CTS il legislatore, dunque, si limita a disciplinare uno statuto per gli enti del terzo settore (ETS), che include l’adozione di un determinato preconstituito modello organizzativo, nonché l’assoggettamento ad un complesso sistemi di controllo, tanto sul momento genetico, quanto sul funzionamento al fine dell’accesso alle provvidenze (di natura prevalentemente tributaria) previste dal codice stesso.

Di qui alcune conseguenze. Il sintagma ‘terzo settore’ non è utilizzato, come si è detto, dal legislatore per dettare una disciplina autonoma dell’*“économie solidaire”* o dell’*“économie plurielle”*, vale a dire di quelle attività socialmente utili di cui né lo Stato (settore primario), né il mercato (settore secondario) si occupano. Nella accezione dei suoi promotori il terzo settore colma, infatti, un vuoto, svolgendo una attività di supplenza

¹ M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un’occasione mancata?*, *Nuove leggi. civ. comm.*, 2018, 3 ss.

² N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello stato*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 637 ss.

rispetto alla “crisi dello stato” (assente o insufficiente per carenza di risorse economiche o umane, ovvero disinteressato o inadeguato) e al mercato (che ritiene il settore non adeguatamente remunerativo).

L’opzione del legislatore italiano è del resto coerente con la venuta meno dei tradizionali sistemi classificatori, almeno nel nostro Paese. In cui “Stato e mercato, pubblico e privato, che venivano considerati mondi separati e in opposizione si presentano come entità che reciprocamente si compenetrano”³. La logica delle ‘dicotomie radicali’⁴ cui faceva tradizionalmente riferimento il sintagma ‘terzo settore’, vale a dire <<il mercato come salvezza o come distruzione, lo Stato come protettore o come nemico, la società civile come modello utopico o come luogo dalle insanabili contraddizioni>>⁵ è stata, finalmente rotta.

Ne consegue non solo che le attività indicate dall’art. 5 del CTS, nonché dall’art. 2 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, possono essere non solo svolte dallo Stato (ivi comprese tutte le articolazioni dello stesso) e da imprese lucrative che non ambiscano a (o non possano ottenere la) ‘qualifica’⁶ di ETS ai sensi della normativa speciale, ma anche che sono consentiti ampi margini per l’assunzione della predetta ‘qualifica’ da parte di organismi di diritto privato cosiddetti ibridi⁷, o perché partecipati dalla pubblica amministrazione o perché allo scopo ideale uniscono quello della remunerazione dell’investimento⁸.

Oggetto della presenti riflessioni sono solo gli organismi del primo tipo.

2.- La pubblica amministrazione può perseguire i suoi fini istituzionali, e quindi concorrere ad assicurare ai cittadini le tutele garantite da norme di rango costituzionale, con due modalità: diretta ed indiretta. La prima è costituita da organi dello stato (centrale e locale), la seconda da organi autonomi (di diritto pubblico o privato) attraverso cui la pubblica amministrazione tende (mediatamente) a soddisfare i bisogni sociali collettivi.

Nell’esercizio delle proprie funzioni la pubblica amministrazione può scegliere, dunque, tra differenti modelli organizzativi, pubblici e privati.

La scelta, tuttavia, non è rimessa al mero arbitrio, ma è condizionata da una intricata disciplina di settore che trova il proprio minimo comune denominatore nei principi, di rango costituzionale, di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Come si vedrà il rispetto di tali principi implica che l’opzione per modello

³ N. LIPARI, cit.

⁴ N. LIPARI, cit.

⁵ N. LIPARI, cit.

⁶ A. FICI, *La nuova disciplina dell’impresa sociale. Una prima lettura sistematica*, <http://www.rivistaimpresasociale.it>, 2017

⁷ F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 61 ss.

⁸ P. ROSSI, *L’evoluzione delle forme “ibride” di impresa nel diritto nazionale: le benefit corporations nella l. n. 208/15*, *Amministrazione in cammino*, 2017; G. MARASÀ, *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino, 2019

dell'amministrazione indiretta attraverso soggetti in forma privatistica comporti, inevitabilmente, l'applicazione – seppur per analogia – di norme derogatorie pubblicistiche⁹.

La fungibilità tra modelli organizzativi pubblici e privati trova plurime conferme non solo nell'ordinamento positivo (si veda ad esempio l'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 che espressamente riconosce che soggetti privati possano curare interessi pubblici, ma anche il novellato art. 118, co. 4, Cost. che costituzionalizza il principio di sussidiarietà orizzontale), ma anche nella giurisprudenza costituzionale secondo cui non sussiste alcuna norma che impedisca di assegnare funzioni pubbliche a enti privati¹⁰.

3.- Il perseguimento, attraverso corpi intermedi, da parte della pubblica amministrazione di finalità di interesse generale trova, inoltre, riscontro nella disciplina unionale. Che legittima l'intervento pubblico nell'economia per l'erogazione di servizi economici e non economici di interesse generale. La nozione di servizi di interesse generale (economici e non) è di derivazione comunitaria¹¹. Il Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, però, richiama i soli servizi economici di interesse generale (art. 14 TFUE, Protocollo n. 26 allegato al TFUE). L'art. 14 del TFUE riconosce l'importanza dei servizi economici di interesse generale (SIEG) «nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale» e impegna l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze, a provvedere affinché «tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti». Il protocollo n. 26 allegato al TFUE precisa che l'azione dell'Unione e degli Stati membri deve essere diretta a fornire servizi diversificati, vicini alle esigenze degli utenti, e con alti livelli di qualità e sicurezza. Inoltre, i predetti servizi devono essere economicamente accessibili dal vasto pubblico degli utenti (servizio universale). Concetto poi ribadito anche dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cosiddetta carta di Nizza, 2000/C 364/01). Tale norma, dunque, giustifica l'affidamento diretto del servizio¹². La nozione di servizi economici di interesse generale non è però cristallizzabile nel tempo, ed è condizionata «dalle esigenze dei cittadini, dagli sviluppi tecnologici e del mercato e dalle preferenze sociali e politiche nello Stato membro interessato»¹³. La giurisprudenza ha però enucleato alcune caratteristiche fondamentali delle imprese che svolgono un SIEG: sono servizi che

⁹ G. FALCON., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013, 4

¹⁰ Corte Cost. 1° luglio 2010, n. 234. In dottrina F. Manganaro F., cit., 53 s.

¹¹ M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1351 ss.

¹² Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale Testo rilevante ai fini del SEE, 2012/C 8/02. Per una definizione di aiuti di Stato v. Causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

¹³ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, cit.

riguardano la collettività e che vengono offerti sul mercato dietro pagamento di un prezzo o canone che remunera (anche eventualmente in parte) il costo del servizio e del capitale investito. Nei SIEG rientrano, dunque e pienamente, tutti i servizi pubblici locali (trasporti, *utilities*, etc. etc.)¹⁴. Ma non solo.

Il TFUE, invece, non definisce i servizi di interesse generale non economici (SIG). La cui nozione va rintracciata, invece, nel Libro verde sui servizi di interesse generale¹⁵ e nel Libro bianco sui servizi di interesse generale¹⁶. Si tratta di attività svolte senza che venga richiesto un corrispettivo ai cittadini, e che ricomprendono tanto l'esercizio di pubblici poteri che attività di carattere puramente sociale. La definizione di SIG elaborata dalla Commissione appare in grado di ricomprendere tutte le attività, diverse dai SIEG, in cui anche il legislatore italiano legittima l'investimento da parte delle pubbliche amministrazioni¹⁷.

Dal canto proprio la giurisprudenza unionale ha da tempo legittimato l'affidamento dei servizi di interesse generale, economici e no, "in house" ovvero a imprese – non solo collettive - interamente partecipate dalla pubblica amministrazione, in deroga al principio dell'affidamento del servizio da parte della pubblica amministrazione mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica. La giurisprudenza in tema di "in house" è coerente con l'orientamento sostanzialistico in materia di impresa dell'Unione Europea, volto a far prevalere il fenomeno economico rispetto alla forma adottata. E così la giurisprudenza unionale ha riconosciuto che l'"in house" sia una delle legittime forme di organizzazione dell'attività della pubblica amministrazione ove, al di là del velo della personalità giuridica, l'ente affidatario sia gestito dall'ente affidante al pari di una propria articolazione. In questo infatti, e in definitiva, si concretizza il principale requisito legittimante l'affidamento diretto¹⁸ – il cosiddetto 'controllo analogo' – nell'assenza di una 'reale' (o, come si vedrà, quantomeno 'completa') autonomia gestionale da parte dell'ente

¹⁴ V. sul punto Cons. Stato, Commissione speciale – Parere n. 1075 del 3 maggio 2016

¹⁵ Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale [COM(2003) 270 final [COM(2003) 270 def. - Gazzetta ufficiale C 76 del 25.03.2004]

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004, intitolata «Libro bianco sui servizi d'interesse generale» [COM(2004) 374 def. - Non pubblicata nella Gazzetta Ufficiale]

¹⁷ L'art. 2, co. 1, lett. h.) del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, definisce «"servizi di interesse generale", le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale»

¹⁸ Unitamente al 'controllo analogo' la giurisprudenza riteneva necessario che l'ente affidante/partecipante detenesse l'intero capitale della società affidataria (Corte Giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG; Corte Giust. CE, 10 novembre 2005, C- 29/04, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica d'Austria, c.d. "caso Modling"; Corte Giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04, Associazione nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari e AMTAB Servizio S.p.A.);

controllato¹⁹. Nonostante da un punto di vista giuridico/formale l'impresa affidataria sia titolare di una autonoma soggettività giuridica, da un punto di vista economico (e del diritto europeo dell'impresa) l'affidataria è considerata la *longa manus* della pubblica amministrazione eppertanto tra le due non sussisterebbe alcuna alterità²⁰. Quanto meno sotto un profilo aziendalistico.

4.- Si è detto che ove la pubblica amministrazione si avvalga, per l'esercizio di compiti istituzionali ovvero per l'erogazione di servizi di interesse generale, di corpi intermedi ciò inevitabilmente comporti l'applicazione – quantomeno, come si vedrà, per quanto riguarda la *governance* - di norme pubblicistiche, eppertanto una deviazione dalle regole di diritto comune. Ciò però non significa che l'ente privato, emanazione dell'apparato pubblico, debba essere riqualificato in ente pubblico. Infatti, la pubblica amministrazione ove utilizzi modelli privatistici si assoggetta alle relative regole. Inoltre, l'art. 4 della l. 70 del 1975 espressamente stabilisce che nessun nuovo ente pubblico possa essere riconosciuto o istituito se non per legge. Pertanto, i corpi intermedi attraverso cui la pubblica amministrazione persegue finalità di interesse generale sono, in via generale e al netto delle considerazioni che si faranno *infra* sull'applicazione analogica di talune norme di derivazione pubblicistica agli enti strumentali, soggetti alla disciplina comune di diritto privato, in assenza di norme specifiche che a siffatta disciplina li sottraggano. A tal fine nessun rilievo assume tanto la costituzione ovvero la partecipazione da parte di enti pubblici, quanto il perseguimento di finalità di interesse generale, quanto ancora la qualificazione dell'ente privato come 'organismo di diritto pubblico'. Infatti, la nozione di 'organismo di diritto pubblico', di derivazione comunitaria, ha rilievo ai soli fini della applicazione della disciplina dei contratti pubblici. La nozione di organismo di diritto pubblico, prevista dall'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016 (in recepimento dell'art. 2, par. 1, n. 4 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 3 par. 4 della direttiva 2014/25/UE, nonché dell'art. 6, par. 4 della direttiva 2014/23/UE), <<ricalca

¹⁹ Corte di Giustizia sentenza Corte Giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal; Corte Giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle c. TREA Leuna; Corte Giust. 23 novembre 2005, C-458/03 e Parking Brixen, in *Giur. comm.*, 2007, II, 60 ss. con nota di I. OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, a 63 ss. Corte Giust. 11 maggio 2006, C 340/04, Carbotermo; Corte Giust. 18 gennaio 2007, C-220/05, Jean Auroux. Cons. Stato Sez. V n. 5/2007; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1/2008. Per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milanofiori Assago, 2016, 1046; I. OCCHILUPO, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 525 ss. La legittimità dell'affidamento in house è ora espressamente contemplata dall'art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 in materia di appalti pubblici, dall'art. 28 della direttiva 2014/25/UE in materia di appalti pubblici nei settori speciali, e dall'art. 17 della direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni. A seguito dell'entrata in vigore delle predette direttive non è più richiesto, quale requisito legittimante l'affidamento in house, il controllo pubblico totalitario ammettendosi la partecipazione minoritaria (e non in grado di determinare una influenza determinante) dei privati. Inoltre, è consentito alla società in house svolgere nei confronti di terzi attività d'impresa in una misura non superiore all'80% delle proprie attività.

²⁰ F. FIMMANÒ, *Le società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 8 aprile 2014, disponibile su www.ilcaso.it; F. GUERRA, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 774

pedissequamente la definizione già delineata dalle direttive 2004/17/CE, 2004/18/CE e recepita, nel nostro ordinamento giuridico, dall'art. 3, comma 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Tale qualifica assolve allo scopo di ricondurre nell'alveo dei destinatari della disciplina dei contratti pubblici anche quei soggetti che, pur non rientrando nel novero delle amministrazioni di stampo tradizionale, costituiscono, in realtà, una *longa manus* dello Stato e degli enti territoriali. Gli organismi di diritto pubblico, infatti, sono inclusi fra le “amministrazioni aggiudicatrici” al fine di evitare che, tramite lo schermo di un soggetto, ancorché apparentemente privato, la mano pubblica possa sottrarsi ai vincoli e ai principi delle direttive appalti e concessioni>>21. Ai sensi della norma poc'anzi citata ai fini del codice dei contratti pubblici, eppertanto assoggettato alla relativa disciplina, si intende per «organismo di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo (influenza dominante²²) di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

5.- Come anticipato le amministrazioni pubbliche possono ricorrere ad enti di diritto privato per l'esercizio di servizi di interesse generale, e quindi – per quel che qui interessa – di gran parte delle attività considerate dalla disciplina del terzo settore.

L'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, specie dopo la promulgazione del Testo Unico Madia, si è focalizzata sulla partecipazione della pubblica amministrazione al capitale di rischio di società commerciali.

Tuttavia, l'utilizzo strumentale di enti privati diversi dalle società commerciali da parte della pubblica amministrazione non è affatto raro.

I dati raccolti ed elaborati dalla Corte dei Conti nell'annuale relazione su “gli organismi partecipati dagli enti territoriali”²³ mostrano che la pubblica amministrazione partecipa non solo a imprese societarie, ma anche ad una molteplicità di enti privati: quali i consorzi, le associazioni e, soprattutto, le fondazioni di partecipazione.

Così al 2016, su 5.869 organismi partecipati censiti, le pubbliche amministrazioni italiane detengono partecipazioni in 352 consorzi, 310 associazioni o fondazioni, 131 enti diversi (principalmente Onlus).

Tra le fondazioni partecipate rientrano molte ex Ipab (istituti pubblici di assistenza e beneficenza).

²¹ G. STRAZZA, *Organismo di diritto pubblico*, *L'amministrativista.it*, 2018

²² Cass. S.U. 7 luglio 2011, n. 14958; Cass. SU 7 aprile 2010, n. 8225

²³ Corte dei Conti, deliberazione n. 27/sezaut/2017/FRG

5.1.- Subito dopo l'Unità di Italia <<le opere pie, espressione della beneficenza privata, vennero a coprire l'intero spazio dell'intervento a sostegno dei bisogni sociali, fronteggiando, così, l'inerzia dello Stato, che si limitava ad interventi di mera politica sociale negativa>>²⁴. Tali enti furono regolati prima dalla legge 753 del 1862, che riconosceva le opere pie come espressione dell'autonomia privata²⁵. Successivamente la l. 6972 del 17 luglio 1890 (cosiddetta legge Crispi) – espressione dell'ostilità dello stato liberale verso i corpi intermedi, specie di natura confessionale – determinava la pubblicizzazione di tali istituzioni (all'epoca circa 20.000) e la previsione del monopolio pubblico in materia di beneficenza ed assistenza. Il nuovo ente, l'IPAB, sebbene originato dall'iniziativa privata volta alla tutela di finalità pubbliche di interesse generale, assumeva personalità di diritto pubblico e veniva assoggettato a penetranti controlli da parte dello Stato (la competenza era del Ministero dell'interno che l'esercitava attraverso i prefetti). Il fascismo poi, con la l. 847 del 1937 (istitutiva degli enti Comunali di assistenza) ulteriormente comprimeva gli spazi dell'autonomia privata in ambito sociale. Nel dopoguerra le IPAB vennero attratte nelle competenze regionali (dpr 9/1972). Nel 1977 si tentò di sopprimerle e di sottoporle ai Comuni (dpr 616/1977). La Corte Costituzionale però in considerazione della originaria natura <<ibrida – privata pubblicizzata>> con sentenza 30 luglio 1981, n. 173 dichiarava incostituzionale il dpr 616/1977 e rimarcava la necessità di una riforma del settore. Per la prima volta emergeva il tema del pluralismo istituzionale, su cui fonda il terzo settore, garantito dagli artt. 2, 3, 4, 32 e, soprattutto, 38 della Costituzione.

A causa della perdurante inerzia del legislatore la Corte costituzionale con la sentenza 7 aprile 1988, n. 396 dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge Crispi nella parte <<in cui non prevede che le IPAB regionali e infra-regionali possano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano tuttora i requisiti di un'istituzione privata>>. Tale sentenza certificava la sopraggiunta incompatibilità del <<monopolio pubblico delle istituzioni relative>> con il <<principio pluralistico che ispira nel suo complesso la Costituzione repubblicana e che nel capo dell'assistenza è garantito, quanto alle istituzioni private, dall'ultimo comma dell'art. 38>>.

La sentenza 396/1988 dava avvio al processo di privatizzazione delle IPAB. Con il DPCM 16 febbraio 1990 il governo formulava precise linee guida alla Regioni per l'attuazione della sentenza 396/1988 della Corte Costituzionale. Erano pertanto privatizzabili: le istituzioni a carattere associativo, le istituzioni promosse ed amministrate da privati, le istituzioni di ispirazione religiosa.

Nel 2000 le IPAB erano ancora numerosissime e avevano un patrimonio che eccedeva i 37000 miliardi di lire.

²⁴ M. BERGOMI, *Il lungo viaggio delle IPAB. Verso un nuovo genus di persone giuridiche private di pubblica utilità, espressione del pluralismo istituzionale*, *Contratto e imp.*, 2005, 1206 s.

²⁵ M. BERGOMI, cit, *ibidem*

Con la l. 328 del 2000 il governo veniva delegato a riformare tali istituzioni, eppertanto con il d.lgs. 4 maggio 2001, n. 207 veniva finalmente abrogata la legge Crispi e prevista la trasformazione delle IPAB o in aziende pubbliche di servizi alla persona o in associazioni o fondazioni ove le stesse trovassero origine in un atto posto in essere da privati e fossero caratterizzate da una significativa componente privata negli organi deliberanti, nonché dalla presenza di una significativa dotazione patrimoniale originaria²⁶.

Con la riforma del titolo V della costituzione la competenza in materia di assistenza passava alle Regioni che quindi disciplinavano con propria legge la trasformazione delle IPAB in ASP o in enti privati. Il processo di trasformazione è ancora in corso. La maggior parte delle Regioni ha sostanzialmente reiterato le previsioni del d.lgs. 207/2001 eppertanto riconosciuto natura privata agli enti che traevano origine <<da un atto privato di liberalità>> e il cui statuto fosse <<strutturato in modo da attribuire rilevanza per gli atti più importanti alla volontà dei soci – benefattori e trae i mezzi per svolgere i propri compiti di istituto da fonti private di finanziamento>>²⁷. Alcune Regioni, come la Lombardia, invece hanno ritenuto di dover normativamente <<favorire il ritorno alla natura privata delle IPAB quali soggetti attivi del terzo settore integrati nella rete dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali>>, eppertanto non venivano posti limiti alla scelta tra la trasformazione in ente pubblico ovvero in ente di diritto privato (delle 489 IPAB della regione Lombardia solo 22 si trasformavano in ASP, mentre la restante parte in fondazioni di diritto privato, ed in particolare in fondazioni di partecipazione).

Le caratteristiche comuni alle ex IPAB privatizzate possono essere riassunte in: personalità giuridica di diritto privato, assenza dello scopo di lucro, piena autonomia statutaria e gestionale, perseguimento di finalità di utilità sociale²⁸.

Nelle ex IPAB privatizzate è ancora predominante la presenza negli organi di controllo degli enti pubblici, in prevalenza Comuni. In caso di dominanza pubblica – mantenuta o costituita in sede di privatizzazione – le ex IPAB sono indubbiamente qualificabili come organismi di diritto pubblico, ed in quanto tali assoggettate al codice dei contratti pubblici.

Le ex IPAB erano ricomprese nell'elenco delle ONLUS (dopo alcune incertezze da parte dell'Agenzia delle Entrate²⁹).

6.- Difficile è ricostruire la disciplina degli enti, non societari, a partecipazione pubblica. La normativa in materia, infatti, è estremamente frammentaria. Si tratta peraltro di legislazione soggetta a frequenti modifiche, che destabilizzano il sistema e rendono

²⁶ M. BERGOMI, cit., 1228 ss.

²⁷ Tar Campania – Salerno, sez. II, 167/2008

²⁸ A. LOPEZ, *Le (ex) IPAB sono organismi di diritto pubblico?*, *Enti non profit*, 2012, 5

²⁹ Che aveva originariamente escluso che agli enti a dominanza pubblica si potesse attribuire la qualifica di ONLUS (risoluzione n. 164/E del 28 dicembre 2004 e circolare n. 59/E del 31 ottobre 2007. Con la circolare n. 38 del 1° agosto 2011 l'Agenzia delle Entrate cambiava avviso, ammettendo l'assunzione della qualifica da parte degli enti a dominanza pubblica nel caso un cui potesse essere escluso il perseguimento di indebiti vantaggi fiscali.

ancora più arduo il lavoro dell'interprete. Un innegabile ausilio nell'interpretazione e ricostruzione della disciplina di tale settore è innegabilmente fornito dai pareri delle sezioni di controllo della Corte dei Conti e dalla giurisprudenza erariale.

La maggior parte delle pronunce giurisprudenziali ha per oggetto fondazioni di partecipazione, il che non sorprende data l'ampia presenza di pubbliche amministrazioni in tali enti. La fondazione di partecipazione corrisponde, infatti, <<alla tipologia delle "fondazioni strumentali agli enti pubblici fondatori" (c.d. fondazione amministrativa). Essa, nascendo per iniziativa di una o più entità senza assumere per questo carattere associativo, è istituita da una pluralità di soggetti che costituiscono un patrimonio "a struttura aperta" con destinazione a uno specifico scopo di pubblica utilità>>³⁰. Si tratta dunque di un istituto atipico, che oggi il CTS espressamente riconosce, che trova il suo fondamento normativo nell'art. 45 cost. e nell'art. 1332 c.c.³¹

Le fondazioni di partecipazione rispondono <<all'esigenza di disporre di uno strumento flessibile, caratterizzato dalla commistione dell'elemento patrimoniale con quello "associativo", funzionale ad una sorta di partenariato pubblico privato>>³².

6.1.- La pubblica amministrazione è legittimata tanto a costituire quanto ad assumere partecipazioni in enti non societari. È rimasta infatti isolata la pronuncia del Consiglio di Stato del 196133 che aveva escluso la capacità della P.A. di costituire fondazioni di diritto privato. Mentre è stato abrogato il divieto per la P.A. di istituire organismi comunque denominati e di qualsivoglia natura giuridica, destinati ad esercitare una o più "funzioni fondamentali" dell'ente ovvero una o più delle "funzioni amministrative" introdotto dall'art. 9, co. 6, del D.L. n. 95/2012 (conv. in l.n. 135/2012, poi abrogato dai commi 561 e 562 della legge di stabilità 2014, l. 27 dicembre 2013, n. 147)³⁴

Tuttavia, la partecipazione ad enti non societari deve innanzitutto essere coerente <<con l'esercizio di funzioni fondamentali o amministrative assegnate>> alla pubblica amministrazione³⁵.

Inoltre, l'ente dovrà considerare <<tutte le implicazioni dell'operazione prospettata sul piano finanziario, anche in prospettiva futura, in ossequio ai principi di

³⁰ Corte dei Conti, deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG)

³¹ A. Cocco, La fondazione di partecipazione quale organismo di carattere pubblicistico, ...; M. P. Chiti, La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale comunitario, ...

³² Corte dei Conti, deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG; Corte Conti sez. reg. contr. Basilicata 52/2017/PAR, Corte dei Conti sez. reg.le contr. Liguria 81/2013/PAR, Corte dei Conti, sez.. reg.le controllo Lazio, 151/2013/PAR)

³³ Cons. St., Sez. I, 19 dicembre 1961, n. 2213

³⁴ Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Basilicata 52/2017/PAR. In vigenza della norma la Corte dei Conti aveva negato la legittimità di aderire a fondazioni di partecipazione finanche costituite da privati v. Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia, 25/2013/PAR

³⁵ Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Basilicata 52/2017/PAR; Corte dei Conti, sez. reg.le Toscana 5/2014/PAR

sana gestione e delle regole di contabilità pubblica, cui sempre deve conformarsi>> l'attività della P.A., anche ove si concretizzi nell'adozione di moduli privatistici.³⁶

Infatti, la partecipazione ad enti di diritto privato, specie ove la natura di questi inibisca il rimborso delle somme utilizzate anche in caso di recesso o di scioglimento dell'ente, determina una immobilizzazione di risorse pubbliche che vengono così sottratte ad altri possibili impieghi.

Nel caso di <<costituzione/partecipazione, da parte di uno o più enti pubblici, di una persona giuridica privata, finalizzata alla realizzazione di un fine pubblico con l'impiego di finanziamenti pubblici e con modalità di gestione e controllo direttamente collegabili alla volontà degli enti soci>> la persona giuridica privata, nell'opinione consolidata della Corte dei Conti, costituisce <<un semplice modulo organizzativo dell'ente pubblico socio>>, una entità strumentale ovvero <<una modalità di gestione dell'interesse generale perseguito>>³⁷.

Trattandosi di enti privati non societari i giudici erariali, correttamente, parlano non di controllo ma di "dominanza pubblica", come presupposto del rapporto di strumentalità dell'ente di diritto privato rispetto all'ente pubblico.

Ove si rinvenga tale strumentalità l'ente privato sarà assoggettato a vincoli pubblicistici in materia di spesa nonché per quanto riguarda il reclutamento del personale³⁸, il conferimento degli incarichi, gli appalti (il che deriva, in quest'ultimo caso, dalla qualificazione dell'ente come 'organismo di diritto pubblico') previsti dal legislatore in materia di società a controllo pubblico. La giurisprudenza infatti ritiene che, pure in assenza di un espresso richiamo, le norme dettate dal legislatore in materia di società a controllo pubblico, specie quelle dettate per le società strumentali (*in house*), siano suscettibili di applicazione analogica <<a tutte le forme associative degli enti locali (tra cui rientrano fondazioni ed associazioni)>>³⁹. Infatti, le norme dettate per le società pubbliche non andrebbero intese come norme speciali, bensì come <<espressione di un principio generale già presente nell'ordinamento in una interpretazione costituzionalmente orientata della norma in base all'art. 97 della Costituzione (buon andamento della P.A.)>>⁴⁰.

Del resto <<il generale principio di razionalità e coerenza dell'ordinamento giuridico (...) impone la diretta applicazione della normativa vincolistica del settore pubblico a tutti gli organismi partecipati dagli enti locali e trova fondamento e giustificazione nel principio costituzionale della parità di trattamento (art. 3 Cost.) per situazioni sostanzialmente uguali, in virtù dello scopo perseguito e delle risorse utilizzate

³⁶ Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Basilicata 52/2017/PAR; Corte dei Conti, sez. reg.le Veneto 903/2012/PAR

³⁷ Corte dei Conti sez. reg.le contr. Lazio 151/2013/PAR

³⁸ Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Toscana 10/2013/PAR

³⁹ Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Lazio 151/2013/PAR; Corte dei Conti sez. reg. cont. Lombardia 350/2011/PAR

⁴⁰ Corte dei Conti sez. reg. cont. Lombardia 350/2011/PAR

per lo svolgimento delle attività, a prescindere dalla norma giuridica rivestita dell'organismo gestore>>41.

Coerentemente con tali assunzioni la giurisprudenza ritiene ammissibile (la fattispecie era peraltro espressamente prevista dall'art. 113 bis TUEL poi dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale, sent. 272 del 2004) l'affidamento diretto di servizi di interesse generale alle organizzazioni, non societarie, *in house* (ove ne sussistano i presupposti legittimanti secondo il diritto interno ed unionale). L'affidamento *in house* ad enti non societari è però consentito – come precisano in un recente arresto le SU della Cassazione – solo in caso di << attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali>>42

In disparte dall'applicazione analogica della disciplina in materia societaria agli altri enti privati a partecipazione pubblica, trovano agli stessi applicazione alcune norme specifiche in materia di contenimento della spesa. In particolare, l'art. 6, co. 2, d.l. 78/2010, stabilisce che <<la partecipazione agli organi collegiali, anche di amministrazione, degli enti, che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche, nonché la titolarità di organi dei predetti enti è onorifica; essa può dar luogo esclusivamente al rimborso delle spese sostenute ove previsto dalla normativa vigente; qualora siano già previsti i gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta giornaliera>>43. Dall'applicazione di tale norma sono esclusi i ministeri, le pubbliche amministrazioni (enti previsti nominativamente dal decreto legislativo n. 300 del 1999 e dal decreto legislativo n. 165 del 2001), le università, gli enti e fondazioni di ricerca e organismi equiparati, le camere di commercio, gli enti del servizio sanitario nazionale, gli enti previdenziali ed assistenziali nazionali, le ONLUS44, le associazioni di promozione sociale, gli enti pubblici economici (individuati con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze su proposta del Ministero vigilante) ed infine le società.

6.2.- Nell'ordinamento di diritto positivo l'equiparazione degli enti non societari a dominanza pubblica alle società a controllo pubblico trova emersione in alcune norme.

Innanzitutto, nella disciplina dei bilanci consolidati degli enti locali il d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 dispone il consolidamento dei conti tra gli enti e i loro organismi partecipati. Infatti, nell'allegato 4 (principio contabile applicato concernente il bilancio consolidato) viene specificato che la funzione del bilancio è di rappresentare in modo

⁴¹ Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Lazio 151/2013/PAR; Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Lombardia 46/2007/PAR

⁴² Cass. SS.UU., 2 febbraio 2018 n. 2584

⁴³ La norma stabilisce inoltre che <<la violazione di quanto previsto dal presente comma determina responsabilità erariale e gli atti adottati dagli organi degli enti e degli organismi pubblici interessati sono nulli. Gli enti privati che non si adeguano a quanto disposto dal presente comma non possono ricevere, neanche indirettamente, contributi o utilità a carico delle pubbliche finanze, salva l'eventuale devoluzione, in base alla vigente normativa, del 5 per mille del gettito dell'imposta sul reddito delle persone fisiche>>

⁴⁴ Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Lazio 151/2013/PAR ritiene, tuttavia, che la norma si applichi ove le ONLUS a dominanza pubblica possano ricondursi <<ad un mero modulo organizzativo della P.A., finalizzato al perseguimento dell'interesse generale dell'ente pubblico/enti pubblici fondatori>>

veritiero e corretto la situazione finanziaria e patrimoniale e il risultato economico della complessiva attività svolta dall'ente attraverso le proprie articolazioni amministrative, i suoi enti strumentali e le sue società controllate e partecipate. Aggiungendosi che il bilancio consolidato deve: a) sopperire alle carenze informative e valutative dei bilanci degli enti che perseguono le proprie funzioni anche attraverso enti strumentali, dando una rappresentazione, anche di natura contabile, delle proprie scelte di indirizzo; b) attribuire alla amministrazione capogruppo un nuovo strumento per programmare, gestire e controllare con maggiore efficacia il proprio gruppo comprensivo di enti e società; ottenere una visione completa delle consistenze patrimoniali e finanziarie di un gruppo di enti e società che fa capo ad una amministrazione pubblica, incluso il risultato economico.

Insomma, il perimetro del gruppo pubblico si estende anche agli enti strumentali non societari, e non è neppure necessario che gli stessi svolgano una attività di impresa. Esso comprende <<aziende, società controllate e partecipate, enti ed organismi strumentali degli enti territoriali (art. 11 bis, d.lgs. n. 118/2011), sicché lo stesso consente di pervenire a un risultato economico unitario del 'gruppo ente locale', che tenga conto sia del risultato dell'esercizio dell'ente, sia dei profitti e delle perdite degli organismi partecipati>>⁴⁵. L'area di consolidamento comprende anche le partecipazioni non di controllo (purché rilevanti⁴⁶ ai sensi del par. 4 dell'allegato 4/4 al d.lgs. n. 118/2011⁴⁷).

Poi nel Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016, cd. TU Madia). Infatti, sono definite società indirette, quelle detenute da una pubblica amministrazione per il tramite di una società o di *altro organismo a controllo pubblico* da parte della medesima (art. 2, co. 1, lett. g).

Inoltre, nel dettare la disciplina del riordino delle società a partecipazione pubblica il legislatore amplia il perimetro dell'analisi che sono tenuti ad effettuare gli enti locali al fine di eliminare gli eventuali 'doppioni' alle società che svolgono attività analoghe a quelle svolte da altri organismi partecipati dalla pubblica amministrazione (art. 20, co. 2).

⁴⁵ deliberazione n. 27/sezaut/2017/FRG. La disciplina nazionale è coerente con quanto previsto dalla direttiva n. 2011/85/UE del Consiglio dell'8 novembre 2011 il cui 25 considerando recita <<per promuovere efficacemente la disciplina di bilancio e la sostenibilità delle finanze pubbliche, occorre che i quadri di bilancio riguardino tali finanze nella loro totalità. Per questa ragione è opportuno riservare particolare attenzione alle operazioni di organismi e fondi dell'amministrazione pubblica che non rientrano nei bilanci ordinari a livello di sottosettori che hanno un impatto immediato o a medio termine sulle posizioni di bilancio agli Stati membri. La loro incidenza combinata sui saldi e il debito pubblico dell'amministrazione pubblica dovrebbe essere presentata nel quadro dei processi di bilancio annuali e dei piani di bilancio a medio termine>>

⁴⁶ La valutazione di rilevanza prevista dal paragrafo 3 dell'allegato n. 4/4 comporta l'esonerazione dall'obbligo di consolidamento, sotto il profilo della rilevanza qualora i bilanci presentino, con riferimento a ciascuno dei parametri individuati - totale dell'attivo, patrimonio netto e totale dei ricavi caratteristici - una incidenza inferiore al 10% per gli Enti locali e al 5% per le Regioni e le Province autonome rispetto alla posizione patrimoniale, economico e finanziaria della capogruppo.

⁴⁷ E' stato rilevato che <<l'applicazione della soglia di rilevanza (...) potrebbe comportare l'effetto distorsivo dell'esclusione dall'area di consolidamento di un gran numero di società, tra cui proprio quelle che godono di affidamenti in house e che, comunque, ricevono dall'ente pubblico le risorse per il proprio sostentamento (cfr. C. conti, sez. Puglia, 66/2016/PRSP)>>, deliberazione n. 27/sezaut/2017/FRG.

7.- Così sommariamente ricostruita la disciplina degli enti non societari a partecipazione pubblica e richiamata la disciplina delle società a partecipazione pubblica come dettata dal Tu Madia si possono trarre alcune conclusioni sulla partecipazione delle pubbliche amministrazioni ad ETS.

Innanzitutto, nessuna norma, si è visto, vieta alla pubblica amministrazione di costituire o partecipare ad ETS.

Invece le pubbliche amministrazioni elencate dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. 165/2001 non possono direttamente assumere la qualifica di ETS (v. art. 4, co. 2, CTS). Sebbene il legislatore faccia riferimento ad un elenco che certo non esaurisce il novero delle pubbliche amministrazioni (il cui concetto ha natura 'sostanziale, funzionale e cangiante'⁴⁸) l'esclusione dagli ETS anche degli <<enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllo>> dalle amministrazioni di cui innanzi allarga indubbiamente il perimetro di applicazione della norma, sino di fatto ad includere nel divieto ogni ente pubblico.

Inoltre, come si è anticipato, non possono assumere la qualifica di ETS e di impresa sociale (art. 4, co. 2, CTS e art. 4, co. 3, d.lgs. 112/2017) gli enti controllati dalla pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda gli ETS diversi dalle imprese sociali il legislatore non detta una definizione di controllo. E certamente, trattandosi di enti non societari, non potrà trovare applicazione la definizione di cui all'art. 2359 c.c. D'altronde per questi enti, come correttamente osservato, la stessa <<nozione di partecipazione maggioritaria o minoritaria risulta perdere la pregnanza che assume, invece, per le società, dove la misura della partecipazione al capitale sociale è direttamente proporzionale all'influenza maggioritaria o dominante nell'assemblea ordinaria ai sensi dell'articolo 2359 c.c.>> 49.

Si deve allora intendere che la nozione di controllo da parte della pubblica amministrazione ai sensi del CTS coincida con uno degli indici presuntivi della 'dominanza pubblica', vale a dire quando gli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'ente siano costituiti da membri più della metà dei quali sia designata da pubbliche amministrazioni ovvero queste controllino – *rectius* esercitino una influenza 'dominante' – sulla gestione dell'ente.

Per quanto, invece, riguarda le imprese sociali il legislatore richiama l'art. 2359 c.c. di cui – evidentemente per le imprese non societarie – estende il perimetro di applicazione a forme di controllo 'analoghe, congiunte ed indirette' a quelle previste dalla normativa codicistica. Insomma, anche per le imprese sociali, non societarie, mi sembra che la nozione di controllo coincida con quella di dominanza pubblica.

Non ritengo, invece, che si debbano valorizzare: *tanto* la diversa formulazione della norma per quanto riguarda gli ETS e le imprese sociali relativamente alla previsione, solo per quest'ultime, del controllo congiunto e di quello indiretto; *quanto* la circostanza che il

⁴⁸ A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del terzo settore*, Torino, 2018

⁴⁹ Corte dei Conti, sez. reg.le contr. Lazio, 26 giugno 2013

CTS sembri negare la qualifica di ETS agli <<enti sottoposti a direzione e coordinamento>> dalla pubblica amministrazione, mentre quella dell'impresa sociale si limita a vietare alla pubblica amministrazione di esercitare l'<<attività di direzione e coordinamento>> sulle imprese sociali.

Mi sembra infatti che il legislatore abbia, così come avvenuto per le società ai sensi del d.lgs. 175/201650, voluto allargare il perimetro del controllo/dominanza pubblica includendovi l'ipotesi in cui questi poteri possano essere esercitati da più amministrazioni congiuntamente, anche a prescindere dall'esistenza di vincoli legali, contrattuali, statutari o parasociali tra le stesse. Insomma – al pari di quanto previsto per le società dal TU Madia – la qualifica di ETS o di impresa sociale dovrà essere negata agli enti su cui più Pubbliche Amministrazioni esercitano il controllo, come innanzi definito, congiuntamente e mediante comportamenti concludenti, pure a prescindere dall'esistenza di un coordinamento formalizzato.

Ne consegue che potranno sussistere degli ETS o delle imprese sociali partecipati da una pluralità di amministrazioni, ove nessuna di esse sia singolarmente in grado di controllare/dominare l'ente. Tuttavia, alle stesse è vietato – pena la perdita dei benefici consentiti dalla normativa sul terzo settore – esercitare, anche mediamente un comportamento concludenti, congiuntamente una influenza dominante sull'ente o sull'impresa. Ipotesi che si verifica è da ritenersi, anche nel caso contemplato art. 2 del d.lgs. 175/2016, secondo cui il controllo sussiste “anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività” dell'ente “è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo”⁵¹.

La partecipazione ad enti non societari obbliga l'ente pubblico ad una maggiore riflessione, a ragione della non rimborsabilità – in caso di estinzione o di scioglimento dell'ente - delle somme destinate alla dotazione dell'ente (infatti, specie per le fondazioni di partecipazione, non si può tecnicamente parlare di 'adesione' quanto invece di 'atto di dotazione'⁵²).

La legittimità degli ETS a partecipazione pubblica permette alla P.A. di coniugare i tradizionali obiettivi dell'amministrazione indiretta (efficienza e possibilità di costituire partenariati pubblici-privati) con il perseguimento di politiche anticicliche di inclusione sociale.

Di particolare interesse si presenta l'utilizzo della impresa sociale in forma societaria. Infatti il combinato disposto di cui agli artt. 4 TU Madia e 2 d.lgs. 112/2017 consente agli enti pubblici di detenere partecipazioni (non di controllo) in società, suscettibili di acquisire la qualifica di impresa sociale, che esercitano tanto <<una o più attività d'impresa di interesse generale per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale>> quanto in società che perseguono alcune delle altre attività consentite

⁵⁰ Orientamento 15 febbraio 2018, Struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche

⁵¹ In materia societaria v. Corte dei Conti, sez. reg. controllo Liguria, 3/2018/PAR

⁵² V. Corte dei Conti sez. contr. Lombardia 25/2013/PAR

dal TU Madia e che << nella quale, per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, sono occupati: a) lavoratori molto svantaggiati ai sensi dell'articolo 2, numero 99), del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, e successive modificazioni; b) persone svantaggiate o con disabilità ai sensi dell'articolo 112, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e successive modificazioni, nonché' persone beneficiarie di protezione internazionale ai sensi del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, e successive modificazioni, e persone senza fissa dimora iscritte nel registro di cui all'articolo 2, quarto comma, della legge 24 dicembre 1954, n. 1228, le quali versino in una condizione di povertà tale da non poter reperire e mantenere un'abitazione in autonomia>> in misura non inferiore al trenta per cento dei lavoratori impiegati.

L'impresa sociale, in forma societaria, a partecipazione pubblica può pertanto costituire il veicolo per politiche di inclusione e di contrasto alla povertà. E anzi si pone in diretta concorrenza con strumenti di sostegno al reddito del tipo del reddito di inclusione (r.e.i.) o del reddito di cittadinanza.