

SULLA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI IN MATERIA DI FONDAZIONI LIRICHE E MALA GESTIO

di Federico Tosi (*)

Abstract: Le fondazioni liriche e sinfoniche (*breviter* “le fondazioni liriche”) sono il risultato di un processo di privatizzazione di organizzazioni che, sino al 1996, erano enti pubblici. Il presente contributo si propone quale obiettivo quello d’indagare, con particolare riferimento alla responsabilità erariale per *mala gestio* della fondazione, la reale natura delle fondazioni liriche assumendo una posizione di dissenso rispetto alla prevalente giurisprudenza erariale e ordinaria che, con continuità di accenti, esclude la loro natura pubblicistica.

The opera foundations are the result of a transformation process which has involved several entities that, till 1996, were known as the opera institutions. This essay holds that, with respect to the fiscal damage liability, the aforementioned foundations are, indeed, public administrations although the argument set out does not correspond to the view provided by the well-established case law of the Italian Court of Auditors and civil courts.

Sommario: 1. *Determinazione del problema e della questione giuridica esaminata.* – 2. *Premessa sulle fondazioni liriche: quadro giuridico d’insieme.* – 3. *La giurisprudenza erariale e ordinaria in tema di fondazioni liriche.* – 4. *Le fondazioni liriche come pubbliche amministrazioni in senso formale.* – 5. *Le fondazioni liriche quali pubbliche amministrazioni in senso finanziario.*

1. *Determinazione del problema e della questione giuridica esaminata*

In via preliminare occorre, brevemente, determinare la questione giuridica posta all’esame. La giurisprudenza ormai prevalente pare saldamente attestata nell’escludere la natura pubblicistica delle fondazioni liriche, e ciò anche con particolare riferimento alla responsabilità erariale per *mala gestio*. In breve, per le fondazioni liriche la veste privatistica non assume rilevanza solo formale ma equivale anche alla sostanza.

Nel presente elaborato, si tenterà di fornire una lettura alternativa, ovvero una visione volta a risolvere il conflitto di giurisdizione circa l’azione di responsabilità per *mala gestio* delle fondazioni liriche in favore della Corte dei conti.

Nell’argomentare tale soluzione, si farà riferimento alla nozione di pubblica amministrazione quale organizzazione formale e alla nozione finanziaria di pubblica amministrazione, evocando, pertanto, alcune pronunce assunte dal giudice erariale in materia di Sec 2010 ed Elenco Istat. Tale ultima nozione si reputa applicabile anche alla materia della responsabilità. Se è vero che la nozione in parola determina il perimetro dei soggetti le cui attività partecipano a determinare il conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni e che saranno, quindi, tenuti a rispettare i vincoli e gli obblighi costituzionali (artt. 81 e 97 Cost.) ed europei di finanza pubblica, allora deve essere altrettanto vero che la nozione *de qua* identifica anche i soggetti che possono subire un danno allorquando i doveri di corretta gestione della *res publica* risultino violati.

Confortano tale soluzione interpretativa due considerazioni. La prima: l’art. 103, c. 2, Cost. recita che “*La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica*”, concetto dal quale non sfugge la materia della responsabilità. La seconda: la responsabilità erariale è il mezzo con cui l’ordinamento interviene su comportamenti incoerenti con i principi costituzionali di cui agli artt. 81 e 97, realizzati da quanti sono legati all’ente da un rapporto di servizio. Questa tesi è adombrata dalla dottrina: “*secondo la moderna nozione di contabilità – o meglio di finanza –, le garanzie a favore dei cittadini contribuenti non si limitano alla proceduralizzazione della spesa pubblica, ma interessano la complessiva gestione delle risorse prelevate nell’interesse della comunità amministrata. Di qui la competenza della Corte dei conti a giudicare agenti contabili, amministratori, funzionari e dipendenti per tutte le vicende comunque inerenti alla gestione di risorse pubbliche*” (1).

2. *Premessa sulle fondazioni liriche: quadro giuridico d’insieme*

Le fondazioni liriche sono il risultato di un processo di privatizzazione di precedenti enti pubblici, ossia gli enti lirici disciplinati dalla l. n. 800/1967.

(*) F. Tosi è avvocato del Foro di Verona, specializzato in diritto amministrativo presso la Scuola di specializzazione in diritto amministrativo e scienza dell’amministrazione dell’Università di Teramo, nonché sostituto procuratore federale per l’Unione italiana tiro a segno.

(1) A. Monorchio, L. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci, 2021, 455.

Il testé citato testo legislativo consente di comprendere che l'attività lirica, teatrale e sinfonica assumeva rilevanza generale e ciò giustificava il consequenziale stanziamento di idonee provvidenze pubbliche a favore di siffatte importanti attività (2).

Dopo quasi venti anni dalla l. n. 800/1967, interviene la l. n. 163/1985. Quest'ultima disciplina il Fus, ossia il Fondo unico dello spettacolo. A partire da questo momento, gli enti lirici iniziano a giovare di uno stanziamento continuativo autorizzato dalla legge di bilancio dello Stato, da cui discende un onere “*continuativo, avente cadenza triennale*” (3).

Il motivo di tale sostegno pubblico va ricercato nella ridetta rilevanza generale dell'attività concertistica e lirica. Accanto a tale consapevolezza, le ragioni dell'ingente intervento pubblico devono, parimenti, essere ritracciate negli ingenti costi che la produzione lirica e teatrale, in luoghi d'indubbia bellezza artistica, architettonica e storica, ingenerava per tali enti. Pertanto, il sostegno fornito dall'erario era imprescindibile per la sopravvivenza degli enti lirici. Invero, tale condizione non è oggi mutata, nonostante la privatizzazione di cui si dirà. Le fondazioni liriche si trovano nella costante necessità di reperire capitali sempre maggiori: “*delle 14 fondazioni lirico-sinfoniche esistenti, la maggior parte versa ancora oggi in una condizione di oggettiva difficoltà economico-finanziaria*” (4).

Il momento storico più significativo è dato dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 367/1996. Lo Stato decide che gli enti lirici devono diventare fondazioni di diritto privato e impone a tali enti l'adozione di una delibera di trasformazione in fondazioni di partecipazione (5). La *ratio* sottostante alla disposta privatizzazione deve essere rintracciata nell'atteso e graduale ridimensionamento dell'intervento economico pubblico in ambito di attività lirica. Le fondazioni di partecipazione, per la loro struttura aperta a nuove adesioni, inoltre, si ritenevano il mezzo migliore per attrarre gli investimenti privati e ridurre, così, l'onere a carico delle finanze pubbliche.

Fin da questi primi cenni introduttivi, notiamo che l'autorità statale esercita una profonda influenza sulle fondazioni liriche avendone determinato, obbligatoriamente, la nascita e, imperativamente, l'oggetto oltre che la struttura. Tale approccio si rafforza dopo appena due anni dal provvedimento di privatizzazione. Infatti, soltanto la Fondazione Teatro La Scala di Milano aveva assunto la necessaria delibera di trasformazione. Di fronte a tale inerzia interviene, quindi, lo Stato.

Si passerà dall'obbligatorietà della trasformazione alla trasformazione coattiva *ope legis* per mezzo, prima, del d.lgs. n. 134/1998 e, poi, della l. n. 6/2001 (6). Analizzando la disciplina sino ad ora richiamata, non pare arduo percepire una profonda distonia tra le fondazioni liriche e le fondazioni “ordinarie”, anche laddove queste siano partecipate o costituite da enti pubblici.

La fondazione come istituto giuridico è strettamente legata all'esercizio dell'autonomia privata, tant'è che ad oggi lo stesso atto di fondazione non è più configurato come atto unilaterale, bensì come atto avente valenza contrattuale (7). Se la fondazione è il risultato di un atto di autonomia privata/statutaria, ciò significa che vi deve essere, a monte della sua costituzione, la volontà del fondatore/promotore. Tale volontà non solo si esprime nella libera scelta di creare la fondazione, ma anche nella definizione dell'oggetto e della struttura amministrativa da assegnare al costituendo

(2) Art. 1 l. n. 800/1967: “*Lo Stato considera l'attività lirica e concertistica di rilevante interesse generale, in quanto intesa a favorire la formazione musicale, culturale e sociale della collettività nazionale. Per la tutela e lo sviluppo di tali attività lo Stato interviene con idonee provvidenze*”; art. 2 l. n. 800/1967, che fissa il principio per cui i finanziamenti pubblici agli enti lirici non sono più erogati sulla base del gettito erariale, bensì in misura determinata e certa: “*Per il raggiungimento dei fini di cui al precedente articolo, sono stanziati annualmente in appositi capitoli dello stato di previsione ella spesa del Ministero del turismo e dello spettacolo, a partire dall'esercizio finanziario 1967 [...]*”.

(3) E. Finessi, *L'economia delle fondazioni liriche*, Milano, Giuffrè, 2010, 33.

(4) P. Carpentieri, *Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali*, in <<https://aedon.mulino.it>>, 2018, 56.

(5) Art. 1 d.lgs. n. 367/1996: “*Gli enti di prioritario interesse nazionale che operano nel settore musicale devono trasformarsi in fondazioni di diritto privato secondo le disposizioni previste dal presente decreto*”. Art. 2 d.lgs. n. 367/1996: “*Ai fini dell'applicazione del presente decreto, sono considerati enti di prioritario interesse nazionale operanti nel settore musicale: a) gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate di cui al titolo II della legge 14 agosto 1967, n. 800, e successive modificazioni*” L'art. 3, invece, dispone, imperativamente, lo scopo delle future fondazioni: “*Le fondazioni di cui all'art. 1 perseguono, senza scopo di lucro, la diffusione dell'arte musicale, per quanto di competenza la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività. Per il perseguimento dei propri fini, le fondazioni provvedono direttamente alla gestione dei teatri loro affidati, conservandone il patrimonio storico-culturale e realizzano, anche in sedi diverse, nel territorio nazionale o all'estero, spettacoli lirici, di balletto e concerti; possono altresì svolgere, in conformità degli scopi istituzionali, attività commerciali ed accessorie. Esse operano secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto del vincolo di bilancio*”.

(6) L'art.1 della l. n. 6/2001 sancisce che «*Gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, già disciplinati dal titolo II, della legge 14 agosto 1967, n. 800, sono trasformati in fondazione ed acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato a decorrere dal 23 maggio 1998. [...] Essa è disciplinata, per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, dal decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, di seguito definito “decreto legislativo”, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo. La fondazione è dotata di uno statuto che ne specifica le finalità, con riferimento a quanto previsto dagli articoli 3 e 10 del decreto legislativo*».

(7) G. Zanchi, *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione*, in *Jus civile*, 2017, 494; R. Senigaglia, voce *Fondazione*, in *Digesto Sez. civ.*, Agg., 514; S. de Götzen, *Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011, 99.

ente. Peraltro, dallo studio delle fondazioni di partecipazioni risulta che le stesse sono, sostanzialmente, degli ibridi che si collocano tra le associazioni e le fondazioni. Ciò significa che tali fondazioni, a conferma della profonda rilevanza dell'autonomia privata, sono caratterizzate da ampia atipicità e, quindi, da un ruolo ancor più incisivo da attribuire all'autonomia privata. La letteratura privatistica afferma, commentando le fondazioni di partecipazione, che nel loro caso *“Parlare di tipicità [...] è un controsenso”* (8).

In materia di fondazioni liriche, invece, rimane ben poco dell'autonomia privata e dell'atipicità che contraddistinguono le fondazioni di partecipazione “ordinarie”. Esse sono nate per ordine del legislatore e vedono la loro intera struttura disciplinata dalla legge. Conferma di tanto sono gli artt. 3, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16 del d.lgs. n. 367/1996.

La rassegna normativa relativa al quadro giuridico in cui dobbiamo collocare le fondazioni liriche sarebbe incompleta se non si citassero altri provvedimenti legislativi e decreti ministeriali che, dopo il 2001, hanno interessato la vita delle fondazioni liriche.

Abbiamo detto che le fondazioni liriche nacquero con l'auspicio di ridurre, sino ad eliderlo, il supporto pubblico. Auspicio che, seppur lodevole, si è rivelato velleitario. Di conseguenza, proprio al fine di contrastare la crisi del settore lirico e raggiungere il risanamento finanziario dello stesso, il d.l. n. 91/2013, convertito dalla l. n. 112/2013, ha segnato l'avvio di diversi interventi statali volti ad incidere, invero, sull'amministrazione strategica delle fondazioni.

Il testo legislativo in revisione ha introdotto la possibilità per le fondazioni liriche di presentare un piano di risanamento avente contenuto, inderogabilmente, fissato dalla legge.

Capiamo quindi fin da queste prime battute, che il ruolo del legislatore statale non si arresta con l'approvazione della legge istitutiva delle fondazioni liriche. Al contrario, l'intervento della legge prosegue ben oltre il momento genetico e involge la scelta strategica per eccellenza: come uscire da una situazione di crisi. Tale piano doveva essere presentato ad un commissario straordinario governativo cui era attribuito il compito di esaminare la fattibilità del piano sotto il profilo dell'equilibrio economico finanziario, con particolare attenzione al profilo della dotazione organica di personale. Tale dotazione doveva subire un pronunciato ridimensionamento, per ragioni di contenimento delle spese, pari fino al 50%.

Il mancato rispetto di tali disposizioni comportava la messa in stato di liquidazione coatta amministrativa e la negazione della facoltà di accedere all'appena istituito fondo di rotazione pubblico. L'attribuzione del contributo pubblico, cioè una risorsa di vitale importanza per fondazioni in costante bisogno di sostegno finanziario, è condizionato, per le fondazioni incapaci di far fronte ai crediti certi, liquidi ed esigibili, all'adempimento di un analitico e puntuale piano di risanamento strettamente, come anticipato, legato al compimento di atti di riprogrammazione gestionale e finanziaria (9). È evidente che tale intervento colpisce il *“noyau dur”* della gestione strategica della fondazione e che lo stesso non è affatto estemporaneo, stante la sistematica situazione di bisogno in cui le fondazioni liriche si trovano. È l'art. 11 del decreto a provare quanto detto.

La disposizione in parola reca quale titolo *“Disposizioni urgenti per il risanamento delle fondazioni lirico-sinfoniche e il rilancio del sistema nazionale musicale di eccellenza”*. Il piano di risanamento deve avere i contenuti imperativamente previsti dal c. 1, lett. a), b), c), d) e), f), g) e g-bis). Tra i contenuti obbligati figura anche *“la riduzione della dotazione organica del personale tecnico e amministrativo fino al cinquanta per cento di quella in essere al 31 dicembre 2012”*. Tali piani, ai sensi della medesima disposizione, sono approvati su proposta del commissario straordinario *“con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Con il medesimo decreto è definito il finanziamento erogabile ai sensi del comma 6”*. Il comma 6 istituisce un fondo di rotazione con dotazione pari a 75 milioni di euro per l'anno 2014 per la concessione, a favore delle fondazioni di cui al comma 1, di finanziamenti di durata fino a un massimo di 30 anni. Il c. 14 dell'art. 11 del d.l. n. 91/2013 stabilisce poi quali sono le conseguenze del mancato rispetto di quanto sopra enunciato. Oltre alla non erogazione dei fondi pubblici, si prevede che le fondazioni per le quali *“non sia stato presentato o non sia approvato un piano di risanamento entro il termine di cui ai commi 1 e 2, ovvero che non raggiungano il pareggio economico e, entro l'esercizio 2020, il tendenziale equilibrio patrimoniale e finanziario sono poste in liquidazione coatta amministrativa”*.

Di particolare interesse per la continuazione delle riflessioni qui offerte risultano i commi 18 e 19. Il primo di essi anticipa che il contributo di cui sopra sarà erogato anche in funzione della capacità di contenere le spese tramite la creazione di economie di scala. Si giunge poi ad un grado di pervasività nella gestione tale che è la legge a disciplinare le modalità di sottoscrizione degli accordi collettivi di lavoro e a sottoporli a verifiche pubblicistiche di coerenza con le finalità generali del testo in disamina (risanamento dei conti). L'accordo sottoscritto con le rappresentanze sindacali soggiace all'esame del giudice contabile. *“È sottoscritto da ciascuna fondazione con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative mediante sottoscrizione di un'ipotesi di accordo da inviare alla Corte dei conti. L'ipotesi di accordo deve rappresentare chiaramente la quantificazione dei costi contrattuali. [...] L'esito della certificazione è comunicato alla fondazione, al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e al Ministero dell'economia e delle finanze. Se la certificazione è positiva, la fondazione è autorizzata a sottoscrivere definitiva-*

(8) G. Sicchiero (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, 6.

(9) P. Carpentieri, *op. cit.*, 88.

mente l'accordo. In caso di certificazione non positiva della sezione regionale di controllo della Corte dei conti competente, le parti contraenti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo e la fondazione riapre le trattative per la sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo, comunque sottoposta alla procedura di certificazione prevista dal presente comma". Sotto diverso ma egualmente rilevante profilo, conviene precisare che il comma 20 fa dipendere l'attribuzione di una importante quota dell'aiuto pubblico gravante sul Fus dal raggiungimento degli obiettivi di risanamento previsti dal testo che si sta esaminando. Infatti il c. 20 dell'art. 11 stabilisce che "La quota del fondo unico per lo spettacolo destinata alle fondazioni lirico-sinfoniche, come annualmente determinata, [...] è attribuita a ciascuna fondazione con decreto del direttore generale competente [...] sulla base dei seguenti criteri: [...] b) il 25 per cento della quota di cui all'alinea è ripartita in considerazione del miglioramento dei risultati della gestione attraverso la capacità di reperire risorse; c) il 25 per cento della quota di cui è ripartita in considerazione della qualità artistica dei programmi". Il comma 20-bis, indica poi che "Per il triennio 2014-2016, una quota del 5 per cento del Fondo unico per lo spettacolo destinato alle fondazioni lirico-sinfoniche è destinata alle fondazioni che abbiano raggiunto il pareggio di bilancio nei tre esercizi finanziari precedenti".

Il deciso intervento statale non si è arrestato ed è ancora attuale. Infatti, la l. n. 178/2020, art. 1, c. 590, incrementa il fondo di rotazione di ulteriori 40 milioni di euro. Di particolare importanza è il c. 355 dell'art. 1 della l. n. 208/2015, a mente del quale le fondazioni liriche che avevano presentato il piano di risanamento di cui al precedentemente esaminato d.lgs. n. 91/2013 "sono tenute al raggiungimento dell'equilibrio strutturale di bilancio, sotto il profilo sia patrimoniale sia economico-finanziario, entro l'esercizio finanziario 2018 [...] Il predetto piano di risanamento è approvato con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. La mancata presentazione dell'integrazione del piano nel termine di cui al primo periodo del presente comma determina la sospensione dell'erogazione alle fondazioni lirico-sinfoniche inadempienti dei contributi a valere sul Fondo unico per lo spettacolo, di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163". Inoltre, il medesimo testo, al comma 356, oltre che aumentare il fondo di rotazione, ha esteso a tutte le fondazioni liriche la possibilità di accedere al fondo di rotazione di cui all'art. 11 d.l. n. 91/2013 (10).

Di pari importanza è da valutarsi la l. n. 160/2016. L'all. A della ridetta legge ha apportato alcune modifiche al d.l. n. 113/2016. L'art. 24 è stato modificato con l'aggiunta delle seguenti disposizioni: "Nelle more della revisione dell'assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche, al fine di perseguire l'obiettivo della sostenibilità economico-finanziaria di tali enti, sono previste le seguenti misure di contenimento della spesa e risanamento: a) al personale, anche direttivo, delle fondazioni, ove queste non raggiungano il pareggio di bilancio, non sono riconosciuti eventuali contributi o premi di risultato e altri trattamenti economici aggiuntivi previsti dalla contrattazione di secondo livello; b) le fondazioni che non raggiungano il pareggio di bilancio sono tenute a prevedere opportune riduzioni dell'attività, comprese la chiusura temporanea o stagionale e la conseguente trasformazione temporanea del rapporto di lavoro del personale, anche direttivo, da tempo pieno a tempo parziale, allo scopo di assicurare, a partire dall'esercizio immediatamente successivo, la riduzione dei costi e il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario". Appare evincente come sia veramente arduo valutare tali poteri come eccezionali, estemporanei e incapaci di incidere sulla pianificazione strategica delle fondazioni.

Va poi soggiunto che l'art. 1, c. 363, l. n. 234/2021 prevede che "Quando la fondazione che ha ricevuto il contributo di cui al comma 360 produce nuovo disavanzo d'esercizio che riduce il patrimonio indisponibile, anche per un solo anno, il Ministro della cultura, anche su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, dispone lo scioglimento del consiglio di indirizzo o del consiglio di amministrazione e la fondazione è sottoposta ad amministrazione straordinaria".

Da ultimo, appare appena il caso di menzionare il d.m. 27 luglio 2017 e il d.m. 28 febbraio 2006. Il primo atto citato disciplina i criteri con cui sono erogati i contributi Fus. A tal proposito, l'art. 20 stabilisce che "Fermo restando quanto previsto nell'articolo 5 del presente decreto, è concesso un contributo agli organismi che organizzano manifestazioni liriche di cui all'articolo 27 della legge 14 agosto 1967, n. 800, e successive modificazioni, ove ricorrano le seguenti condizioni: [...] b) il programma di attività preveda, nell'anno, almeno due spettacoli e quattro recite in presenza di un pubblico in possesso di regolare titolo di ingresso acquistato, con un proporzionato numero di prove, per almeno ottocento giornate lavorative, comprese quelli di complessi terzi, e sia realizzato in teatri adeguati o in spazi aperti con condizioni acustiche ottimali; c) siano impiegati non meno di quarantacinque professori d'orchestra di nazionalità italiana o di Paesi Ue, salvo i casi di esecuzione di opere da camera, da evidenziare nel programma annuale, per le quali è consentito un numero inferiore; d) siano impiegati artisti lirici di nazionalità italiana o di

(10) Si precisa che la norma nella formulazione mentovata è stata modificata dall'art. 7 del d.l. n. 162/2019, convertito dalla l. n. 8/2020, in forza del quale le parole "21 dicembre 2019" di cui all'art. 24, c. 3-bis, d.l. n. 113/2016 sono sostituite dalle parole "31 dicembre 2020". Senza ripercorrere le ulteriori proroghe assegnate per il risanamento economico-finanziario, è bastevole precisare che con la l. n. 178/2020 "Le funzioni del commissario straordinario di cui all'art. 11, comma 3, del decreto-legge 8 agosto 2013 n.91, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 ottobre 2013 n. 112 sono prorogate fino al 31 dicembre 2023, al fine di proseguire l'attività di monitoraggio dei piani di risanamento delle fondazioni lirico-sinfoniche di cui al comma 589 del presente articolo, e di consentire la realizzazione delle attività concernenti l'approvazione e il monitoraggio dei nuovi piani di risanamento ove presentati in attuazione di quanto stabilito dal comma 590 del presente articolo". In sostanza, il rigoroso regime di cui al d.l. n. 91/2013, volto al risanamento delle fondazioni liriche, è stata prorogata.

Paesi Ue in misura prevalente rispetto all'intera programmazione". Il d.m. 28 febbraio 2006, nel tentativo di creare (*rectius*, imporre) maggiori sinergie ed economie di scala, ha costituito la banca dati della musica lirica. L'art. 3 impone una serie di misure tese al contenimento dei costi. Le più significative, si apprende dalla lettura della disposizione, influiscono sulla capacità delle fondazioni di determinare compensi per cantanti, scenografi, costumisti e altre figure legate all'allestimento delle opere aventi misura superiore a quelli indicati da una tabella allegata al decreto in revisione, con consequenziale rideterminazione dei compensi già concordati.

Da ultimo, sono state imposte, per il triennio 2006-2008, ulteriori limitazioni alla capacità di determinare liberamente il compenso per consulenze professionali, oltre ad imporre la riduzione di ulteriori voci di costo.

Significativo appare anche l'art. 4, che impone alle fondazioni altre misure come l'offrire biglietti a prezzo ridotto a decorrere da un'ora prima di ogni rappresentazione, facilitazioni per le famiglie, riduzione del prezzo del biglietto da un minimo del 25% ad un massimo del 50% per i giovani di età inferiore ai 26 anni e facilitazioni per i disabili. La violazione delle disposizioni citate conduce, ai sensi dell'art. 6, all'avvio dei procedimenti di cui agli artt. 17 e 18 del d.lgs. n. n. 367/1996.

Nel medesimo senso depongono le disposizioni dell'art. 6 del d.l. n. 78/2010, convertito dalla l. n. 122/2010. Tale norma, al comma 2, stabilisce la regola per cui la *"partecipazione agli organi collegiali, anche di amministrazione, degli enti, che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche [...] è onorifica [...] qualora siano già previsti i gettoni di presenza non possono superare l'importo di 30 euro a seduta giornaliera"*. La violazione di quanto previsto, oltre a costituire fonte di responsabilità erariale, comporta la nullità degli atti e che *"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"*.

Va da ultimo anche evocato il d.l. n. 113/2016. Quest'ultimo stabiliva che, entro il 30 giugno 2017, il governo procedesse, tramite proprio regolamento, a rivedere l'assetto istituzionale delle fondazioni liriche. Del medesimo tenore è l'art. 2 della l. n. 175/2017.

Non appena l'osservatore focalizza lo sguardo sulle norme sopra evocate, egli potrebbe ravvisare un dato niente affatto periferico. Pare che un'autorità pubblica, lo Stato, per mezzo di decreti ministeriali e leggi, è posto nelle condizioni di determinare la politica generale delle fondazioni e diverse scelte operative di ampio respiro. Abbiamo sopra isolato diverse norme colleganti l'afflusso di denaro pubblico all'assunzione di scelte strategiche "suggerite" da atti aventi forza coercitiva e vincolante. Il quadro giuridico ripercorso è evincente del fatto che sussiste un complesso di regole che, sebbene di diversa natura, imbrigliano l'attività delle fondazioni liriche tanto da porre la determinazione della loro politica generale ad un livello superiore ed estraneo all'organo gestorio.

3. La giurisprudenza erariale e ordinaria in tema di fondazioni liriche

Come anticipato nel par. 1, il tema delle fondazioni liriche e della loro natura è stato affrontato dalla giurisprudenza erariale e ordinaria in senso negativo sulla natura pubblicistica delle stesse. Conseguentemente, ogni ulteriore riflessione non può che prendere le mosse da un rapido esame della giurisprudenza rilevante dandoci, inizialmente, carico di porre all'esame la decisione più significativa in materia di fondazioni liriche, ossia la decisione n. 1/2020 delle Sezioni riunite della Corte dei conti. Quest'ultima decisione è stata resa circa la fondazione lirica Teatro La Scala di Milano. Accanto a tale pronuncia, si colloca, su un piano di eguale importanza, la sentenza della Corte dei conti n. 25/2021, relativa alla Fondazione Accademia nazionale Santa Cecilia.

Nel prosieguo, si menzioneranno anche le sentenze della Corte di cassazione n. 2485/2018 e n. 20075/2013, la sentenza n. 416/2021 della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Toscana nonché l'ordinanza del 3 ottobre 2023, n. 10999, del Tribunale di Verona.

La Corte dei conti, nella decisione n. 1/2020, ha negato la riconducibilità al settore delle pubbliche amministrazioni dell'anzidetta fondazione lirica milanese, e ciò in funzione della nozione di pubblica amministrazione desumibile dagli indici di cui al Sec 2010. Come noto, quest'ultimo fornisce le coordinate per individuare la nozione finanziaria di pubblica amministrazione. Senza riportare le diverse disposizioni che, nel regolamento Eu n. 549/2013, all. A, tratteggiano la nozione evocata, basti qui rammentare che essa esige due consustanziali elementi:

- a) il non essere produttori di beni e servizi destinati alla vendita ("*test market non market*");
- b) il controllo pubblico, da accertarsi secondo i diversi indicatori previsti dal legislatore europeo.

Pur nella complessità dell'impianto argomentativo, la Corte non sembra essersi soffermata su tutti gli indicatori di cui al punto 20.309, all. A, del Sec 2010. Il perimetro d'indagine si è limitato al verificare la sussistenza del controllo pubblico, esaminando le conseguenze derivanti dal potere di nomina e revoca che gli enti pubblici "fondatori" possiedono sulla maggioranza dei membri dell'organo gestorio. Conviene precisare che le statuizioni in esame sono tributarie della giurisprudenza della Corte di giustizia (11).

(11) Corte giust. 11 settembre 2019, cause riunite C-612/17 e C-613/17, *Federazione italiana golf c. Istat e Ministero dell'economia e delle finanze e Federazione italiana sport equestri c. Istat*, in questa *Rivista*, 2019, 1, 171 (conclusioni dell'avvocato generale Gerard Hogan).

La pronuncia sia apre con la condivisibile considerazione per cui una regolamentazione generale può trasformarsi da elemento normalmente irrilevante in indice di controllo a condizione che essa possa dirsi “*segnatamente eccessiva*”, ossia tale da “*dettare di fatto la politica generale o il programma delle entità interessate*” grazie all’esercizio di un potere che dovrà avere una “*consistenza dimensionale quantitativa e qualitativa apprezzabile e rilevante*”, oltre ad essere “*stabile e permanente*”. Comprensibilmente, la Corte segnala le differenze tra le fondazioni liriche e le federazioni sportive, ossia associazioni riconosciute aventi alcuni profili in comune con le fondazioni liriche. Il consesso giudicante osserva che, mentre le federazioni sono potenzialmente controllate da una sola autorità (il Coni), le fondazioni liriche presentano più p.a. coinvolte: regioni, comuni, città metropolitane e camere di commercio.

L’argomento cardine impiegato per accogliere il ricorso della fondazione ricorrente è dedotto dalla circostanza per cui l’organo gestorio è, certamente, composto in maggioranza da rappresentanti della p.a.; ciononostante, tale situazione non conduce a ritenere sussistente alcun controllo pubblico. A motivo di tale conclusione, è eccepito che i membri nominati dagli enti pubblici “fondatori” non hanno vincoli di mandato e che la “quota di poteri” assegnati ad ogni singola p.a. non genera alcun controllo condiviso. L’affermazione si regge sulla nozione di controllo analogo frazionato, propria di settori estranei a quello che ci occupa, che la Corte decide di estendere a quello finanziario-contabile. Proprio per tale ragione, si reputa che l’argomento non colga nel segno.

In sostanza, si fa applicazione del concetto di controllo analogo frazionato dell’*in house providing*. Quest’ultimo è applicato in quei casi ove una società di cui al d.lgs. n. 175/2016 veda nel suo azionariato diversi enti pubblici titolari di partecipazioni pulviscolari o, comunque, inidonee ad accordare ad un unico ente la maggioranza. Va anche detto che la nozione, nella sua comprensibile rigidità, mira ad evitare elusioni del codice dei contratti pubblici. Infatti, dalla qualifica di società *in house* nasce la possibilità di derogare alle regole codicistiche prescriventi l’assegnazione di una commessa pubblica secondo regole concorrenziali. Il controllo analogo frazionato si può determinare solo allorquando in seno alla società, per previsioni di legge, statutarie o patti parasociali, vi siano strumenti di raccordo e coordinamento delle diverse p.a. azioniste, tali da consentire a quest’ultime di esprimere una sola volontà concertata.

La Corte, in ossequio a tali principi, esclude che nella fondazione lirica ricorrente sussistano simili strumenti e, per l’effetto, esclude il controllo pubblico. Ad ulteriore conferma dell’assenza di controllo pubblico, il collegio aggiunge che in ambito lirico e sinfonico, esiste un vero mercato delle quote versate dagli aderenti privati per assumere la conseguenziale qualifica. Essi, invero, rimarrebbero liberi di aderire all’una o all’altra fondazione secondo una logica concorrenziale. Di conseguenza, le quote da questi versate non assumono la valenza di contributo pubblico e devono essere paragonate ai ricavi delle vendite. Da tanto deriva che, qualificando le quote degli aderenti ai ricavi per vendite, il grado del finanziamento pubblico non risulta così elevato da farne derivare una forma di controllo ai sensi della lett. d) del punto 2.39. La fondazione godrebbe, in breve, di un ampio margine di autonomia finanziaria.

I medesimi principi trovano dimora anche nella sentenza delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 25/2021. Ripercorrendo, brevemente, le ragioni poste a fondamento della richiamata sentenza, possiamo affermare che, nel caso involgente la Fondazione Accademia nazionale Santa Cecilia, la Corte ha spiegato che il controllo pubblico si può definire come quella situazione di fatto dove sussiste un rapporto tra “*amministrazione pubblica controllante e l’istituzione senza scopo di lucro controllata*”, caratterizzato da un potere in capo alla p.a. avente i caratteri del “*vero e proprio condizionamento della governance, a prescindere dal possesso di quote di partecipazione-ownership*”, da cui deriva, conformemente al punto 20.15, la “*capacità di determinare la politica generale o il programma dell’istituzione*”, cioè la “*strategia globale dell’istituzione senza scopo di lucro*”. Nel caso della fondazione ricorrente, la Corte espone che il Mibac detiene solo un potere di vigilanza sulla fondazione, in quanto esso “*non è coinvolto nella fase di elaborazione dei programmi*”, ma “*verifica il perseguimento delle finalità di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 367/1996*”, solo quale controllo successivo in merito “*al vincolo di scopo delle risorse pubbliche attribuite alla Fondazione*”. Vale la pena precisare che i poteri ministeriali esaminati fossero quelli di verificare il perseguimento delle finalità di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 367/1996, di approvare lo statuto ed eventuali modifiche, di esaminare i bilanci consuntivi, di verificare il rispetto degli impegni di cui al d.lgs. n. 367/1996 ai fini della conservazione dei diritti riconosciuti dalla legge, e di accertare la presenza dei presupposti e delle condizioni per l’applicazione dell’amministrazione straordinaria.

Anche la sentenza n. 416/2021 della Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Toscana esclude la natura pubblicistica delle fondazioni liriche, ma, distinguendosi dalle altre, fa uso di argomentazioni diverse. Fra i dettagli su cui conviene richiamare l’attenzione figura che la Corte si è determinata ad escludere la valenza delle nozioni tratte dal Sec 2010 al fine di decidere sul conflitto di giurisdizione proprio nel settore della responsabilità erariale. A p. 9 si colloca la parte motivata della sentenza, che assume maggiore rilevanza. La Corte parte della sentenza della Corte costituzionale n. 153/2011. Di tale autorevole precedente, però, si cita solo il brano ove la Consulta ammette la permanenza di una “*marcata impronta pubblicistica*” sulle fondazioni *de quibus*, per poi proseguire dicendo che avere una marcata impronta pubblicistica non rende una persona di diritto privato un ente pubblico. Primo *punctum dolens* della prospettiva da cui il giudice erariale ha osservato la materia è dato dalla sola parziale citazione della sentenza della Corte costituzionale. A ben guardare, la Consulta era andata oltre e aveva statuito che le fondazioni liriche, non solo hanno una marcata impronta pubblicistica (dato ritenuto spurio dal giudice erariale) ma, addirittura, sono rimaste veri e propri enti pubblici: “*Gli indici della connotazione pubblica degli enti lirici sono, peraltro, molteplici [...] Alla natura pubblica di tali enti non controversa – la Corte ritiene che si accompagni il carattere nazionale dei medesimi*”.

Il vero punto su cui porre l'attenzione è il seguente. Il giudice considera che *“Sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze, ed è, viceversa, del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche posizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico”* privatistico. Sulla scorta di quanto detto, si conclude, facendo leva su un argomento valido con specifico riferimento all'art. 16 del d.lgs. n. 157/2015, che bisogna differenziare il danno cagionato al patrimonio della società dal caso, poco ricorrente, in cui la *mala gestio* cagioni una lesione direttamente al valore della partecipazione del socio pubblico. Il danno causato ad una persona giuridica di diritto privato non è danno causato agli enti pubblici che la compongono o vi partecipano e, quindi, ci si pone in un'area estranea alla responsabilità erariale.

Tale impostazione non è isolata e appare radicata nella giurisprudenza. Nel caso della Fondazione Festival Pucciniano, Corte di cassazione n. 2485/2018 nega che, in materia teatrale e culturale, si possano invocare nozioni come l'*in house providing*, a ragione del fatto che essa appare incompatibile con settori dove i soggetti danneggiati non perseguono finalità lucrative. Chiarito tale aspetto, la Corte conclude con il dire che *“la Fondazione Festival Pucciniano ha natura di persona giuridica privata: essa ha, dunque, un proprio patrimonio, nel quale sono confluite anche risorse pubbliche, ma che ha assunto una propria autonomia”*. Altro non dissonante precedente si identifica nella sentenza n. 526/2018 della Sezione II centrale d'appello della Corte dei conti. In quel caso, la Corte ha negato l'applicabilità in materia di responsabilità erariale della nozione di organismo di diritto pubblico, stante la sua esclusiva configurabilità nella materia dei contratti pubblici. La giurisprudenza civile di merito si muove sullo stesso piano interpretativo. Il Tribunale di Verona, in una recente ordinanza del 3 ottobre 2023, ha affermato che le fondazioni liriche sono persone di diritto privato *“con propria autonomia patrimoniale e gestionale”*, con la conseguenza che il danno arrecato dall'amministratore al patrimonio della fondazione è *“riferibile soltanto al soggetto privato, e non anche ai singoli soci pubblici”*. In buona sostanza, risultano inapplicabili le nozioni di organismo di diritto pubblico e di *in house providing*, e ciò che realmente sembra contare è la conseguenza nascente dalla scelta di assumere una veste privatistica.

A ben riflettere, tale indirizzo interpretativo si radica in una decisione della Corte di cassazione, la n. 20075/2013. A monte di ogni argomento con cui si ritiene le fondazioni liriche beneficianti di vasta autonomia patrimoniale e decisoria rispetto ai partecipanti pubblici, anche da un punto di vista grafico, si staglia l'idea di scelta: *“la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta”*, quindi, le negligenze esaminate avrebbero avuto effetto lesivo sul *“patrimonio di una fondazione di diritto privato, come tale autonomo e separato da quello dell'ente pubblico che ha erogato in suo favore contributi e finanziamenti”*. Secondaria e quasi consequenziale pare potersi dire la conclusione che le *“finalità perseguite dalla Fondazione [...] sono indubbiamente di interesse pubblico, ma non costituiscono delega di funzioni istituzionali proprie dell'ente che ha conferito le risorse finanziarie”*. Se, come si ritiene che sia, è corretto individuare, quale presupposto delle decisioni che hanno escluso la natura pubblica delle fondazioni *de quibus*, la scelta di assumere partecipazioni in una società o fondazione, allora non appare peregrino chiedersi quale sarebbe la conclusione se si dimostrasse che tale scelta non sussiste ma che, in realtà, è la legge che impone di assumere una partecipazione in una fondazione o addirittura che impone la sua costituzione.

4. Le fondazioni liriche come pubbliche amministrazioni in senso formale

Nella parte conclusiva del precedente paragrafo si è fatto accenno a quell'orientamento del giudice ordinario ed erariale che, partendo da nozioni non finanziarie di pubblica amministrazione (12), è giunto a dire che le fondazioni liriche non sono enti pubblici. Ripercorrendo, brevemente, le argomentazioni della giurisprudenza, possiamo dire che essa si è assestata sul far leva sulle seguenti considerazioni:

a) la scelta del regime privatistico non può rimanere *“priva di conseguenze, ed è, viceversa, del tutto naturale è che quella scelta, ove non vi siano specifiche posizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico”* privatistico;

b) sottoporsi al regime privato comporta l'applicazione di regole di diritto privato;

c) il danno un danno causato ad una persona giuridica di diritto privato avente piena autonomia non è danno causato agli enti pubblici che la compongono e, quindi, ci si muove su un piano estraneo alla responsabilità erariale.

Alla luce delle superiori considerazioni e alla luce di tutto ciò che è stato detto sino ad ora, diverse considerazioni possono essere proposte.

Nelle battute che precedono, è stato argomentato che le fondazioni quali enti di diritto privato sono tali in quanto frutto dell'esercizio dell'autonomia privata. Correttamente, quindi, la giurisprudenza evoca la scelta di sottoporsi al diritto privato e assumere partecipazioni in soggetti privati. Se si ritiene valido questo presupposto logico argomentativo, allora, non si potrà non percepire l'esistenza, in relazione alla genesi delle fondazioni liriche, se comparata a quella di ogni altra fondazione di partecipazione, di una profonda distonia con gli istituti privatistici. Le fondazioni liriche sono state, oggettivamente, create con atto legislativo, dapprima redendo obbligatoria la trasformazione in enti

(12) Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, n. 416/2021; Sez. II centr. app. n. 526/2013; Cass. n. 2585/2018; n. 20075/2013, *ivi*, 2013, 5-6, 549.

di diritto privato per, poi, rendere tale trasformazione coattiva. In breve, le fondazioni liriche sono opera della volontà legislativa.

All'autonomia privata è, quindi, riservato un ruolo marginale che, a ben vedere, si riduce ad un vuoto simulacro, giacché la legge determina in via autoritativa (13) struttura, organi, finalità, composizione e attribuzioni degli organi, successive modifiche statutarie (d.lgs. n. 91/2013) e modalità di adesione alla fondazione. Tale consapevolezza ha stimolato la dottrina coeva al d.lgs. n. 367/1996 a considerare fortemente insincera la qualificazione di fondazioni di diritto privato con l'attribuzione, per via legislativa, della persona giuridica di diritto privato. Punto di partenza di quelle riflessioni era il carattere marginale del ruolo svolto dall'autonomia privata. Quella stessa autonomia privata che forma caposaldo dell'istituto fondazionale.

Infatti, *“Ove si limiti tale libertà, si attenda con ciò anche alla libertà fondamentale, di dare vita a libere fondazioni o associazioni”* (14). Nelle fondazioni liriche, non vi è traccia alcuna di autonomia statutaria poiché *“la struttura organizzativa, gli scopi, le funzioni e gli altri connotati propri del modello associativo e fondazionale sono regolati compiutamente nelle singole normative speciali e da esse non possono discostarsi gli statuti, che sono soggetti all'approvazione di organizzazioni pubbliche cui sono attribuiti specifici poteri di controllo e vigilanza”* (15).

Naturale conseguenza di ciò era, quindi, la conclusione a rigore della quale la trasformazione da enti pubblici in persone giuridiche private doveva giudicarsi operazione, giuridicamente, priva di rilevanti contenuti sostanziali che, essendo stata attuata tramite regole speciali, era la *“negazione del diritto privato”* (16). Ci si deve chiedere chi altro, nel nostro ordinamento, deve la propria esistenza alla legge e vede la propria struttura, le proprie finalità e i propri scopi disciplinati dal diritto. La risposta è semplice: le pubbliche amministrazioni. Per spiegare le ragioni di tale affermazione occorre soffermarsi sulla definizione di pubblica amministrazione quale organizzazione formale. Gli enti pubblici sono, prima di tutto, organizzazioni, ossia apparati costituiti da uomini e mezzi collocati in un sistema armonico composto da vari elementi in vista del raggiungimento di un fine. Esse sono, conseguentemente, delle organizzazioni predisposte dall'ordinamento per lo svolgimento delle funzioni che sono loro attribuite.

Questo equivale a dire che le pubbliche amministrazioni sono poste direttamente dalla legge e, proprio perché tali, non sono costituite su iniziativa di gruppi o categorie di privati. Non vi è scelta e non vi è decisione di costituire un ente pubblico. nel senso che non vi è un fondatore che sceglie di creare un ente pubblico. L'unica volontà è quella sovrana del legislatore, che non suggerisce, bensì impone. Ulteriore carattere delle pubbliche amministrazioni, invero, collegato a quello appena individuato, è che esse svolgono un'attività necessaria e doverosa. Proprio per questo, esse sono in ogni loro elemento organizzativo oggetto di previsione normativa. Inoltre, le pubbliche amministrazioni risultano sottratte anche, con riferimento al fine perseguito, ad ogni forma di disponibilità e modificabilità se non per atto legislativo (17) o, comunque, nel rispetto della riserva di legge relativa di cui all'art. 97 Cost. Gli enti pubblici sono, quindi, organizzazioni formali in quanto possono essere istituiti *“direttamente dalla legge o in esecuzione della legge da un provvedimento amministrativo”* (18).

Nel caso delle fondazioni liriche, l'equiparabilità delle stesse alle organizzazioni pubbliche formali non sembra di ardua intuizione. Le fondazioni sono sorte per ordine del legislatore e il loro statuto è quasi interamente determinato da disposizioni di rango primario. In un simile scenario, è possibile dire che, se la fondazione nasce grazie all'intervento di uno strumento legislativo, qualsiasi modifica dello statuto necessita di una preliminare modifica della legge istitutiva (19) o, quantomeno, abbisogna dell'intervento di una fonte pari-ordinata arrecante la modifica desiderata. Se questo è vero, allora le vicende modificative dell'essere di una fondazione lirica non sono così diverse dalle vicende che alterano l'essere di un ente pubblico.

Inoltre, le stesse esercitano attività d'indubbia rilevanza generale, la cui titolarità è stata assegnata con legge (20), di non ardua riconducibilità a rilevanti competenze delle amministrazioni locali e dello Stato. Gli ingenti contributi e i poteri assegnati al Mibac e il ruolo di controllo della Corte dei conti si giustificano solo se si ammette che le fonda-

(13) F. Sciarretta, *Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 951: *«Se esso declama che vanno rispettate le prescrizioni dettate dal codice civile all'art. 16 (art. 6, comma 1, lett. a), di ciò sembra poi dimenticarsi quando enuncia in forma autoritativa che cosa lo statuto deve contenere (art. 10). Infatti, la disposizione richiamata non sembra lasciare alcuno spazio ai c.d. padri fondatori, che ormai del ruolo del “padre” avrebbero ben poco»*.

(14) A. Di Majo, *Le neo-fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corriere giur.*, 1997, 114; E. Freni, *La trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato*, in *Giornale dir. amm.*, 1996, 1115.

(15) F. Sciarretta, *op. cit.*

(16) G. Marasà, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Aa. Vv.*, *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, Giuffrè, 1998, 466.

(17) V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2021, 85-89.

(18) Trib. Roma 28 marzo 1988, in *Giur. cost.*, 1988, II, 613.

(19) S. de Götzen, *Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 98; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 1990, 161.

(20) Tar Parma n. 53/1995.

zioni liriche svolgono, con risorse pubbliche, attività d'interesse generale. Non si spiegherebbero altrimenti (21). Quindi, da un punto di vista unitario, il profilo che maggiormente interessa è dato dalla piana lettura della complessa, stringente e vasta legislazione che ha accompagnato la storia delle stesse dal 1996 ad oggi. Quest'ultima testimonianza, come sopra provato, una struttura interamente permeata dalla legge, dove poco rimane all'autonomia privata, con la conseguenza che le fondazioni liriche sono di immediata equiparabilità alle organizzazioni amministrative intese in senso formale oltre che oggettivo.

Non va dimenticato, come precisato in dottrina, che il senso dell'art. 97 Cost. e dell'art. 4 l. n. 70/1975 sicuramente esige che sia la legge a determinare l'istituzione dell'ente, la sua struttura e attribuzioni; cionondimeno, non è necessario che la legge intervenga in termini espliciti (22). In breve, non viene eliminata la possibilità che il riconoscimento legislativo di un soggetto quale ente pubblico operi in via non esplicita tramite la "*previsione normativa degli elementi sintomatici della natura pubblica di un ente*" (23), e ciò è quanto accade per le fondazioni liriche.

Queste precisazioni consentono di dubitare sulla reale capacità di resistenza dell'argomento per cui una volta scelta la forma privatistica ne conseguirebbe l'applicabilità delle regole del diritto privato e l'incardinarsi della giurisdizione in favore del giudice ordinario, anche in caso di azione per *mala gestio*. Se il presupposto si trae dalla materia delle società partecipate, ove si può individuare all'origine delle stesse la libera scelta di associarsi, questo passaggio non si ritiene agevolmente trasferibile alle fondazioni liriche. Le fondazioni liriche, come si è avuto modo di argomentare, non sorgono per libera scelta dei fondatori, ma, di converso, sorgono per volontà sovrana del legislatore. Non vi è quel presupposto di libera scelta, dal punto di vista ontologico, che caratterizza il momento genetico di una fondazione privata o di una società. Se essa non sussiste, non sussiste la libertà negoziale e statutaria privata che rende tale una fondazione. In altre parole, non esiste quel carattere che ci consente di distinguere, anche già dal punto di vista soggettivo, tra ente pubblico ed ente privato. Il primo sorge, si modifica e si dissolve per disposizione normativa; il secondo, invece, sorge, modifica il proprio essere e si scioglie per volontà dei privati. Non si intravedono ragioni, quindi, per poter dire che la fondazione ha un patrimonio privato e distaccato da quello dei "soci" pubblici fondatori. L'adesione di aderenti privati successiva alla costituzione non modifica il quadro composto. La scelta degli stessi di aderire non cambia che la fondazione sia stata costituita, come tutte le pubbliche amministrazioni, tramite legge istitutiva o atto autoritativo. La loro presenza, oltre che minoritaria e molto circoscritta (24) nel panorama delle fondazioni liriche, si colloca a valle del processo legislativo di creazione delle presunte fondazioni e non incide sull'essenza delle fondazioni liriche. Esse rimangono saldamente dipendenti dalla legge, dai contributi pubblici e dalle pubbliche amministrazioni che ne compongono, in senso maggioritario, gli organi gestori e di revisione contabile. Sotto diverso ma egualmente rilevante aspetto, in un'ottica di sussidiarietà, possiamo anche affermare che un ente pubblico può sicuramente accostarsi ad un privato nell'esercizio delle proprie funzioni, e non per questo muta necessariamente la propria natura e funzioni, che rimangono pubblicistiche (25). Il criterio in utilizzo risulta particolarmente decisivo poiché autorevolissima dottrina, in materia di istituzioni aventi natura associativa, assegna sicura connotazione privatistica solo a quegli enti costituiti "*per iniziativa volontaria dei soci promotori privati*", elemento, questo, del tutto assente nelle fondazioni liriche (26). In merito al profilo in esame, va richiamato, in senso contrario, un autorevole orientamento dottrinale di cui dare contezza al fine di una più completa disamina del tema d'indagine. In ambito di fondazioni bancarie, che al pari delle fondazioni liriche sono l'esito di un tormentato percorso di privatizzazione, è stata proposta una riflessione che qui conviene rievocare.

Nel nostro ordinamento, l'autonomia privata non è sempre del tutto libera, ma in alcuni casi può essere piegata all'indirizzo del legislatore. In altre parole, si argomenta che il legislatore, come tipizza gli atti amministrativi, tipizza anche i negozi giuridici (27). Da tanto deriva che, se la legge determina il contenuto dell'atto costitutivo della fondazione, ciò non la colloca nel novero delle pubbliche amministrazioni. Tale dottrina, però, aggiunge un ulteriore tassello da tenere nella dovuta considerazione. La conclusione sopra formulata è valida qualora il ruolo del legislatore s'interrompesse alla specificazione del contenuto delle tavole fondative. In tale caso, siamo al cospetto di un ente pubblico che diventa privato per legge e, una volta divenuto privato, è rilasciato alla società civile per fare il suo definitivo ingresso nel diritto privato. In altre parole, il quesito da isolare è il seguente: "il fatto che il legislatore abbia partecipato all'atto di fondazione della persona giuridica di diritto privato espone la persona giuridica di diritto privato all'alea della modificabilità in ogni tempo delle sue tavole di fondazione da parte del legislatore?" (28). Seguendo tale impostazione e osservando il quadro normativo in cui si collocano le fondazioni liriche, traiamo ulteriori ragioni

(21) Cass., S.U., n. 5542/2023: la regolamentazione delle modalità di funzionamento delle fondazioni liriche si giustifica "*solo in ragione degli interessi generali che, attraverso le fondazioni, lo Stato persegue, interessi che, a loro volta, danno ragione dell'impiego di capitale in prevalenza pubblico*".

(22) F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2023, 350.

(23) F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2021, 498.

(24) S. de Götzen, *Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 232.

(25) M. Cossu, *La revoca degli amministratori di nomina pubblica dal consiglio di amministrazione della Fondazione Teatro Lirico*, in *Riv. giur. sarda*, 2010, I, 199.

(26) F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, cit., 352.

(27) F. Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. economia*, 2003, 585.

(28) F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447.

per argomentare, favorevolmente, al suggerito accostamento delle fondazioni liriche alle organizzazioni amministrative in senso formale. Si dovrà verificare se per emendare le tavole di fondazione ci si deve attenere alla procedura prevista dalla legge per tutte le fondazioni e non alla particolare procedura resasi necessaria al momento della trasformazione/creazione. Il d.lgs. n. 367/1996, prevede una procedura coinvolgente la pubblica amministrazione per la modifica dello statuto, ad oggi ancora in vigore. Per le modifiche statutarie si segue un iter procedimentale sostanzialmente identico a quello previsto dall'art. 8 del d.lgs. n. 367/1996 per l'approvazione statale della delibera di trasformazione.

Un dato ancor più significativo si coglie se non si trascuri che la l. n. 6/2001 aveva imposto, imperativamente, la trasformazione degli enti in fondazioni ed eliminato la necessità di una delibera di trasformazione, giacché tale processo sarebbe avvenuto per comando legislativo. Sulla scorta di tale rilievo, si è giunti a dire per le modifiche statutarie è necessario l'intervento legislativo o diverso intervento coerente con le forme dell'art. 97 Cost. Tale intervento non è mancato. Tra i tanti dati richiamati nel precedente capitolo, meritevole di essere menzionato nuovamente è il d.l. n. 91/2013. L'art. 11 del d.l. n. 91/2013 ha previsto, peraltro sanzionandone l'inottemperanza con l'applicazione dell'amministrazione straordinaria, l'obbligo di adeguare gli statuti entro il 1 gennaio 2015 per quanto riguarda alcuni aspetti della struttura organizzativa (29) modificati con il suddetto intervento legislativo. Parimenti meritevole di puntuale richiamo è la l. n. 175/2017, che, all'art. 2, in ambito di fondazioni liriche, delegava il Governo ad emanare dei decreti legislativi con l'obiettivo, tra le altre cose, di modificare le modalità di nomina, e relativi requisiti, dei sovraintendenti, elementi questi scolpiti nel d.lgs. n. 367/1996. Occorre, allora, rilevare che le modifiche statutarie avvengono con legge, e cioè per mezzo di una modalità speciale del tutto divergente rispetto a quella di diritto comune, ma tuttavia coincidente con lo strumento utilizzato per istituire le fondazioni liriche. Siffatti elementi sono autentica conferma della tesi, formulata nel presente contributo, per cui le modifiche statutarie abbisognano dell'intervento legislativo e, per ciò che qui interessa, con costante applicazione del modulo imperativo/legislativo che ha dato origine alle fondazioni liriche. La legge, in buona sostanza, mantiene il ruolo di preminenza. Le fondazioni liriche, quindi, sono esposte all'alea della modificabilità in ogni tempo delle sue tavole di fondazione da parte del legislatore. Se si vuole rintracciare un testo che possa dar conto di quale sia il procedimento "ordinario" di modifica dello statuto applicabile alle fondazioni di diritto privato, esso può essere, dapprima, rintracciato nel codice del Terzo settore e, in secondo luogo, nel d.p.r. n. 361/2000. Le fondazioni liriche dovrebbero, in astratto, seguire l'uno o l'altro testo normativo.

Confrontandoci con il primo dei testi mentovati, milita in favore della natura pubblica delle fondazioni liriche che *"Con il decreto legislativo n. 117/2017 viene superata l'esigenza dell'approvazione amministrativa (anche) delle modifiche dello statuto delle fondazioni del Terzo settore, in virtù dell'attribuzione delle funzioni omologatorie al notaio che ha ricevuto il verbale di deliberazione dell'organo competente (art. 22, comma 6, c.t.s., che rinvia ai cc. 2 e 3 dello stesso articolo). Tuttavia, con specifico riferimento alle fattispecie considerate dagli articoli 25, 26 e 28 del codice civile, l'art. 90 del codice del terzo settore attribuisce all'ufficio del Runts, relativamente agli Ets, i controlli e i poteri che il codice civile affida alla competenza dell'autorità governativa. A tali controlli non è, peraltro, sottoposta la modifica statutaria"* (30). Se si volesse, poi, osservare il d.p.r. n. 361/2000, l'art. 2 del citato atto è ancora più netto nel distanziare le fondazioni legalmente menzionate e, quindi, le fondazioni liriche dalle fondazioni che abbiamo definito ordinarie: *"Le modificazioni dello statuto e dell'atto costitutivo sono approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica dall'articolo 1, salvo i casi di riconoscimento della personalità giuridica per atto legislativo"*. La procedura non può essere considerata la medesima. Se la questione è risolta nei termini appena proposti, sfuoca l'immagine evocata dalla giurisprudenza per cui all'origine delle fondazioni liriche vi sarebbe la scelta di assumere la veste privatistica e che da essa derivi la completa sottoposizione al regime privatistico.

In conclusione, la fitta rete legislativa in cui sono imbrigliate le fondazioni liriche dal loro momento genetico alle successive vicende modificative appalesa che non vi è alcun spazio per l'autonomia privata e per l'atipicità propria degli istituti quali la fondazione di partecipazione, in un quadro d'insieme integralmente disegnato dal legislatore. Tanto potrebbe suggerire soluzioni opposte a quella assunte in giurisprudenza. Tali soluzioni, sul piano giurisprudenziale, sembrano cominciare ad emergere. Si guardi, a tal uopo, l'ordinanza delle Sezioni unite di Cassazione n. 6/2021. Con tale decisione, la Corte di legittimità ha ricondotto alla giurisdizione contabile l'azione di responsabilità esercitata contro il presidente di una sezione comunale dell'Unione tiro a segno italiana. Le sezioni locali del Tiro a segno nazionale sono associazioni sportive di diritto privato e, nonostante ciò, sono state considerate enti pubblici anche dalla giurisprudenza endofederale sportiva (31).

(29) Si noti, a tal proposito, che, per quanto attiene alla Fondazione Arena di Verona, le modifiche statutarie sono state approvate con d.m. beni e attività culturali 29 dicembre 2014.

(30) Consiglio notarile di Milano, Commissione Terzo settore, massima n. 8/2021.

(31) Trib. fed. Uits, decisione n. 8/2023.

5. Le fondazioni liriche quali pubbliche amministrazioni in senso finanziario

Anche laddove si volessero giudicare le superiori considerazioni immeritevoli di positivo apprezzamento, la nozione finanziaria di pubblica amministrazione soccorre lo sforzo di dimostrare la natura pubblicistica delle fondazioni liriche.

Uno dei tratti maggiormente distintivi delle fondazioni liriche è dato dal diritto di godere, *ex lege*, della concessione a titolo gratuito dei teatri e altri edifici storici che ospitano le rappresentazioni liriche e teatrali, e ciò a tempo indeterminato. Si parla di edifici di innegabile valore storico e artistico, idonei ad attrarre verso le fondazioni liriche investimenti di aderenti privati e la preferenza degli spettatori per le rappresentazioni liriche e sinfoniche, eseguite in luoghi d'indubbia forza suggestiva. Esplicitamente si può affermare che rappresentare l'Aida nell'Arena di Verona non attrarre lo stesso numero di spettatori che la fondazione potrebbe attrarre se disponesse di un teatro comunale di provincia in una anonima località. È evidente che disporre gratuitamente di un tale edificio storico assegna alla fondazione un vantaggio competitivo su tutti gli altri operatori del settore. Tale vantaggio, essendo previsto per legge, esclude in radice che altri possano aspirare a gestire e sfruttare l'Arena di Verona e porre in essere attività similari in condizioni di parità. Peraltro, basta osservare il sito dell'associazione Teatri italiani privati per convincersi del fatto che esistono altri operatori del settore diversi dalle fondazioni liriche (32).

Tanto premesso, si offrono le seguenti riflessioni.

Partendo dal requisito per cui nel settore delle pubbliche amministrazioni possono essere posti solo quegli enti che non sono produttori di beni e servizi destinati alla vendita (“*test market non market*”), dobbiamo specificare che nella decisione n. 1/2020 la Corte dei conti ha deciso di non affrontare “*ex professo*” la questione. Tuttavia, la decisione evidenzia che “*Il ricorrente, difatti, ha allegato i dati di bilancio dai quali risulta che la percentuale dei ricavi propri sul totale di costi supera il 50% (65,10% nel 2015; 66,21% nel 2016; 70,28% nel 2017; 66,90% nel 2018), mentre la percentuale di finanziamento pubblico sul totale dei ricavi non è prevalente, attestandosi poco sopra il 30% (35,19% nel 2015; 34,30% nel 2016; 32,55% nel 2017; 33,64 nel 2018) [...] Tali contributi, unitamente alle altre entrate proprie, qualificate anche dall'Istat ricavi da vendite, raggiungono un livello molto alto (circa il 70% su un arco pluriennale)*”. Sommando i ricavi della vendita dei biglietti e i contributi dei privati aderenti, ossia risorse da considerarsi aventi origine privata, la contribuzione pubblica aprirebbe assumere un ruolo marginale nella vita della fondazione. Quest'ultima, nell'ottica della Corte, apparirebbe essere un ente *market*.

Con specifico riferimento al “*test market non market*”, il punto 20.29 del Sec 2010 stabilisce la modalità per eseguire il “*test market non market*”: “*La capacità di effettuare un'attività di produzione di beni e servizi destinabili alla vendita viene verificata in particolare mediante il normale criterio quantitativo (il criterio del 50%), basato sul rapporto tra vendite e costi di produzione (secondo la definizione di cui ai paragrafi 20.30 e 20.31). Per essere un produttore di beni e servizi destinabili alla vendita, l'unità pubblica deve coprire almeno il 50% dei suoi costi con le sue vendite per un periodo pluriennale continuativo*”. Norme di pari rilievo possono essere estrapolate dai punti compresi tra il 20.19 e il 20.28, A tal riguardo, il paragrafo 20.22 prevede che “*Per analizzare la differenza tra un produttore di beni e servizi destinabili alla vendita e un produttore di beni e servizi non destinabili alla vendita in relazione all'evoluzione delle condizioni del mercato, è utile specificare quali unità sono i consumatori dei beni e dei servizi in questione e se il produttore compete effettivamente sul mercato o se opera in regime di monopolio*”. In ultimo, il paragrafo 20.30 stabilisce: “*Ai fini del test per la distinzione tra produzione di beni e servizi destinabili alla vendita o non destinabili alla vendita, le vendite di beni e servizi corrispondono agli introiti ottenuti dalle vendite, cioè al valore della produzione di beni e servizi destinabili alla vendita (P.11) aumentata da eventuali pagamenti per la produzione di beni e servizi non destinabili alla vendita (P.131)*”. Il punto 20.22, evocando nozioni quali quella di mercato e monopolio, ci consente di disvelare una significativa caratteristica del concetto posto all'esame. Questa caratteristica legittima a dire che le fondazioni liriche non superano il “*test market non market*”.

Il diretto richiamo di elementi propri del settore dell'ordinamento europeo votato alla tutela del mercato e della concorrenza testimonia che il legislatore eurolunitario intende spingere l'interprete a valutare l'aspetto quantitativo congiuntamente a quello qualitativo. In altre parole, determinare cosa possa formare entrata derivante dai ricavi delle vendite necessita un preventivo studio dell'ambiente ove l'unità o l'istituzione agisce. Tutto ciò al fine di appurare se essa agisca in un mercato concorrenziale o se, al contrario, emerga una posizione di vantaggio limitante il confronto concorrenziale (33).

In breve, anche il livello di concorrenzialità del settore deve entrare nel giudizio che porta ad escludere o ad accertare che l'istituzione è produttrice di beni e servizi non destinati alla vendita. L'assunto illustrato trovo il conforto della dottrina. Quest'ultima ha colto che «*il perimetro della pubblica amministrazione “ai fini finanziari” si definisce in termini di antitesi al perimetro del mercato*» (34).

(32) V. <www.assoatip.it/associati>.

(33) Istat, nota esplicativa “*Le unità istituzionali appartenenti al settore delle amministrazioni pubbliche*”, in <www.istat.it>.

(34) P. Gotti, *La problematica nozione finanziaria di pubblica amministrazione, l'elenco Istat e la regola della spending review*, in *Dir. amm.*, 2016, 201.

Qualora si configurasse un livello di concorrenzialità estremamente ridotto, i ricavi delle vendite potranno non avere natura privata. Per sciogliere la questione giuridica accennata, è utile, in via prioritaria, chiedersi se il settore lirico, quindi il settore della cultura, possa definirsi in guisa di spazio economico di mercato concorrenziale.

Che la cultura e le attività ad essa collegate possano collocarsi in un mercato concorrenziale è testimoniato dal regolamento Eu n. 651/2014. Quest'ultimo, all'art. 53, disciplina gli aiuti alla cultura, nel cui ambito la lett. b) riconduce anche gli aiuti ai teatri lirici. Se il legislatore europolitano si preoccupa di disciplinare gli aiuti di Stato alla cultura, ciò significa che sussiste un mercato concorrenziale ove il gioco della concorrenza potrebbe essere falsato dall'intervento degli Stati membri. Va poi soggiunto che vi è una nozione ampia di aiuto di Stato, data dall'art. 107 Tfu: *“Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”*. Si osserva poi che, nella prospettiva europea, la veste fondazionale non è bastevole per collocare un ente fuori dalla nozione d'impresa (35).

Tanto acclarato, possiamo considerare quale valida coordinata di riferimento normativo il d.lgs. n. 201/2022, in particolare l'art. 2, lett. e) e f). La disposizione in parola descrive cosa si deve intendere per diritto esclusivo e diritto speciale. Con una formula sintetica, è possibile dire che, in entrambi i casi, abbiamo una norma di legge, regolamentare o amministrativa, ma che, per quanto attiene al diritto esclusivo, essa deve avere l'effetto di *“riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività in un ambito determinato”*. Invece, nel caso del diritto speciale, le medesima deve avere l'effetto di *“riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività in un ambito determinato”*. Con particolare riferimento al diritto europolitano, la direttiva Cee 94/46 dava una definizione di diritti speciali ed esclusivi e, segnatamente, evocava l'idea che le limitazioni alla concorrenza ben potevano manifestarsi in una determinata area geografica (36). Applicando i principi appena rassegnati alla fattispecie concreta, si può ipotizzare che la concessione a titolo gratuito dei teatri costituisca, ai sensi della normativa nazionale e sovranazionale, un diritto speciale o esclusivo. Le fondazioni liriche derivanti dalla trasformazione dei precedenti enti lirici sono quattordici. Ognuna di esse si colloca in un ben delimitato luogo geografico ove, evidentemente, è posta nella condizione di essere la principale attrice del comparto culturale. Nessun altro operatore può ambire a gestire il Teatro La Scala o l'Arena di Verona. Solo le fondazioni liriche godono di tale importante privilegio che, non è difficile intuirlo, assegna loro in una data città e provincia, un vantaggio su tutti gli altri operatori del settore. Se così è, allora, non è dato escludere che il livello di concorrenzialità nel mercato di riferimento sia nullo o fortemente limitato dal fatto che il d.lgs. n. 367/1996 ha assegnato il diritto d'uso a titolo gratuito dei teatri senza che vi sia mai stato alcun confronto competitivo. Ciò, nel concreto, impedisce che più efficienti operatori privati possano affacciarsi sul mercato quale alternativa alle fondazioni liriche.

Per questa direttiva interpretativa, si può argomentare che, ai sensi del punto 20.22 dell'all. A al Sec 2010, non sussiste quel grado di concorrenzialità tale da qualificare le fondazioni liriche come produttori di beni e servizi destinati alla vendita. Infatti, se la concorrenza risulta profondamente limitata *ex lege* dalla concessione a titolo gratuito dei teatri, non vi sono valide ragioni per giudicare puri ricavi le risorse derivanti dalla vendita dei biglietti per le rappresentazioni liriche e teatrali. Da ciò deriva che, nel loro complesso, le più importanti risorse delle fondazioni potrebbero assumere natura pubblicistica.

La questione rimane, evidentemente, aperta e liquida.

Per quanto riguarda il controllo pubblico, si reputano sussistenti valide ragioni per non escluderlo.

Nella vicenda riguardante la fondazione lirica Teatro La Scala, la Corte ha esaminato la composizione dell'organo gestorio, in maggioranza composto da membri nominati da tre diversi enti pubblici. Pur trovandosi al cospetto di una tale composizione, maggioritariamente pubblica, dell'organo gestorio, la Corte ha prospettato l'assenza di controllo pubblico facendo applicazione della nozione di controllo analogo frazionato. Il ridetto istituto ci consentirebbe di ritenere sussistente il controllo solo qualora vi fossero strumenti, statutari o legislativi, che consentono alle tre distinte pubbliche amministrazioni di coordinare la propria azione, esprimendo così una volontà unica e concertata ed esercitando, conseguentemente, una reale e concreta posizione di dominio sulle decisioni strategiche. Riassunti, nei modi appena divisati, i termini della questione, si ritiene che la prospettazione della Corte debba essere disattesa per le ragioni *infra* offerte. Dapprima, è opportuno ribadire che la nozione di società *in house*, legata all'individuazione di una forma di controllo analogo, è nozione propria del settore dei contratti pubblici che, come sopra argomentato, deve es-

(35) Cass., Sez. trib., n. 16906/2020; Corte giust. 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana*: *“l'attività di spedizioniere doganale rientra nella nozione d'impresa ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza, poiché, nell'ambito del diritto della concorrenza, tale nozione comprende, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, in particolare quella consistente nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato”*.

(36) Direttiva Cee 94/46, artt. 1 e 2: *«“diritti speciali”, i diritti concessi da uno Stato membro a un numero limitato di imprese, mediante qualsiasi atto legislativo, regolamentare o amministrativo che, all'interno di una determinata area geografica; diritti esclusivi, i diritti concessi da uno Stato membro ad un'impresa, mediante ogni atto legislativo, regolamentare o amministrativo che le riservi la facoltà di fornire un servizio di telecomunicazioni o di effettuare un'attività all'interno di una determinata area geografica»*.

sere interpretata in modo restrittivo (37). L'orientamento assunto dalla Corte dei conti conduce ad applicare, al di fuori della materia delle procedure d'evidenza pubblica o al di fuori del campo di applicazione del Tusp, una nozione settoriale di natura restrittiva. Procedere per tale via conduce l'interprete a letture incoerenti con gli obiettivi propri della materia con cui si confronta. Nella materia della responsabilità erariale, ciò che conta è che *“sia assicurato l'obiettivo di legittimare passivamente ogni soggetto provvisto di una veste pubblicistica sul piano sostanziale, affinché risponda dei danni cagionati dal non corretto esercizio del potere o della funzione pubblica”* (38). Privilegiare l'aspetto sostanziale è un obiettivo che non si reputa perseguibile se si applicano nozioni rigide al di fuori delle specifiche materie ove queste sono state enunciate.

Oltre alla riserva appena formulata, non si può escludere di rivolgere all'approdo giurisprudenziale in commento una seconda riserva critica. Il punto 2.309 del Sec 2010 specifica che *“Il diritto di nominare, revocare, approvare o di porre il veto sulla maggioranza dei membri dell'organo direttivo di un'entità è sufficiente a determinarne il controllo”*. Questa disposizione non può essere tralasciata poiché con essa il legislatore europeo sembra chiarire la particolare forza dell'indice di controllo dato dal potere di nomina e revoca assegnato a diverse pubbliche amministrazioni per quanto attiene ai membri dell'organo gestorio. Si è però consci del fatto che tutti gli indici di controllo devono essere interpretati in modo armonico e che il controllo pubblico è declinabile in quel potere di dominare, concretamente, la strategia generale. In tal senso, è possibile illustrare un approccio interpretativo che permette di conciliare le esigenze sostanziali legate al senso della giurisdizione erariale, in punto di responsabilità, e l'effetto utile del diritto eurounitario con la giurisprudenza erariale, la quale, in sostanza, insegna giustamente che il controllo pubblico non può ridursi a mera vigilanza. Per giungere a tale soluzione non è dato prescindere da alcune considerazioni. Anche nell'ambito delle società partecipate, ossia il contesto legislativo in cui è emersa la nozione di controllo analogo, si potrebbe dubitare che il controllo frazionato o plurimo disgiunto, per poter assumere rilevanza, debba accompagnarsi ad una formalizzazione di specifici vincoli legali, statutari o para-sociali, idonei ad ingenerare un coordinamento tra gli enti partecipanti. Questa visione si regge sull'idea per cui, nel Tusp, il legislatore avrebbe disegnato due nozioni di controllo: quella dell'art. 16, cioè il controllo analogo, specifica per la materia degli affidamenti e commesse pubbliche; e una seconda, più larga ed utile per comprendere quando il Tusp possa dirsi applicabile (39). Tale ultima definizione è contenuta nell'art. 2, lett. m). Sono società a controllo pubblico: *“le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)”*. Sulla scorta di tale riferimento normativo, si può ritenere che vi sia una distinzione ontologica tra controllo e controllo analogo, che andrebbe mantenuta ferma poiché coerente con l'idea di interpretazione *“orientata alle conseguenze”* (40). Per questa via, risulta coerente con le sopra evocate esigenze concordare con la tesi di chi sostiene configurabile il controllo pubblico congiunto pur in quelle fattispecie concrete ove esso abbia natura semplicemente fattuale, e cioè laddove esso sia determinato dalla mera assegnazione della maggioranza dei voti ad una pluralità di soci pubblici (41). Tale approccio ha il merito di preferire una impostazione interpretativa che favorisce l'utilizzo di nozioni meno rigorose rispetto a quella applicabile per *l'in house providing*.

Per come dianzi illustrato, l'influenza dominante deriverebbe dal controllo lato non formalizzato ossia un controllo che è tale se le tavole fondative assegnano alle p.a. “fondatrici” il potere di esprimere tre su cinque membri del consiglio direttivo. Questa posizione si regge sull'idea di unitarietà della pubblica amministrazione, discendente dalla equivalenza, per le diverse pubbliche amministrazioni componenti un organo deliberativo, del fine perseguito tramite la partecipazione a quel dato organo. Anche se diversi soggettivamente, da un posto di vista oggettivo i diversi enti pubblici esprimerebbero pur sempre un fine comune, quello generale, e per l'effetto una volontà comune.

Proseguendo oltre nell'esposizione delle ragioni per cui non si concorda con il *decisum* delle sentenze n. 1/2020 e n. 25/2021 delle Sezioni riunite della Corte dei conti, è d'uopo soffermarsi su ulteriori disposizioni del Sec 2010. Precisamente, è d'uopo soffermarsi sui precetti desumibili dal punto 20.309, lett. h) e i).

La lett. h) si riferisce al *“controllo attraverso una eccessiva regolamentazione [...] Allo stesso modo, la scelta di entrare o di operare in un ambiente fortemente regolamentato è un indicatore del fatto che l'entità non è soggetta a controllo”*. La lett. I) propone un'idea di controllo meno ampia ossia un'idea di controllo determinato da singole disposizioni di legge o statutarie che assegnano ad una istituzione del settore pubblico il potere di *“limitare le attività, gli obiettivi e gli aspetti operativi, approvare bilanci o impedire che l'entità modifichi l'atto costitutivo, si sciolga”*. Ricordiamo anche che la giurisprudenza ha chiarito che esula dalla nozione di controllo un potere eccezionale, estemporaneo, privo di effetti interdittivi (nomina di un commissario *ad acta*) o poteri che non causano alcuna inge-

(37) C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 958; C. Garilli, *In house providing e società pubbliche pluripartecipate. Riflessioni sul “controllo analogo congiunto” nel quadro generale delle “società a controllo pubblico”*, in *Riv. soc.*, 2022, 450.

(38) F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 510.

(39) C. Garilli, *op. cit.*: *“La nozione di società a controllo pubblico, infatti, è funzionalmente volta alla perimetrazione delle società a partecipazione pubblica sottoposte ad una più rigorosa disciplina in termini di corporate governance”*.

(40) *Ibidem*.

(41) *Ex multis*, Corte conti, Sez. riun. contr., n. 11/2019, in questa *Rivista*, 2019, 3, 139 (m), con nota di richiami; F. Fracchia, *I controlli sulle società pubbliche*, in *Dir. e processo amm.*, 2018, 855; M. Macchia, F. Marconi, *Incertezze sulla nozione di controllo pubblico*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 651.

renza nella definizione della politica, bensì un semplice spostamento della competenza da un organo all'altro del medesimo ente vigilato (42).

Ferme tali premesse, si propone di partire dal d.lgs. n. 367/1996 e di leggere gli artt. 14, cc. 3, 17 e 18, del medesimo testo legislativo. Si accostino, poi, tali disposizioni all'art. 20 del d.m. 27 luglio 2017 e agli artt. 2, 3, 4, 5 e 6 del d.m. 28 febbraio 2006 (43). Dal combinato disposto delle prime tre disposizioni citate, traiamo che le fondazioni liriche continuano a conservare, una volta eseguita la trasformazione da ente pubblico a fondazione, le stesse prerogative e gli stessi diritti che avevano quando erano enti pubblici. Tra questi rientra la concessione in uso gratuito dei teatri, la percezione dei fondi pubblici del Fus e le altre prerogative di cui all'art. 15. Tale lascito non è automatico, giacché le lett. a), b) c) e d) dell'art. 17 impongono dei doveri (44). A tali condizioni devono essere aggiunte quelle delle lett. a) e b) del c. 2 dell'art. 4 del d.m. 3 febbraio 2014 (45). L'art. 14 del d.lgs. n. 367/1996, poi, chiede ai revisori contabili di redigere, trimestralmente, una relazione all'autorità di governo che, ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 367/1996, ha poteri di ispezione. Gli artt. 2, 3, 4 e 5 del d.m. 28 febbraio 2006, invece, rendono obbligatoria una serie di dure misure per il contenimento dei costi, congiuntamente ad ulteriori misure atte a favorire l'ingresso dei teatri di persone disabili e minori. Le stesse disposizioni impongono l'utilizzo di schemi di bilancio predeterminati dall'autorità di governo, la costituzione di una conferenza dei sovrintendenti (presieduta da un alto dirigente ministeriale) e la costituzione della banca dati della musica lirica. Non deve essere dimenticato che il rispetto di tali disposizioni è sanzionato duramente, ossia con l'esercizio dei poteri di decadenza ex artt. 17 e 18 d.lgs. n. 367/1996.

La conferenza dei sovrintendenti, la banca dati della musica lirica, i poteri ispettivi riconosciuti dal d.lgs. n. 367/1996 in capo all'autorità governativa e le relazioni trimestrali dei revisori consentono all'autorità di governo di essere continuamente informata di dati da cui trarre il rispetto delle anzidette disposizioni e, quindi, di poter continuamente assicurarsi del rispetto di prescrizioni normative che, come è intuibile, incidono su scelte gestorie operative e strategiche, e, se dal caso, di imporne coattivamente il rispetto. Tali scelte gestorie non sono compiute dall'organo statutariamente a ciò preposto, bensì dal legislatore e dall'autorità amministrativa, curandone, in aggiunta, l'esecuzione con poteri, *de facto*, interdittivi di soluzioni divergenti.

Valido per i fini qui d'interesse è anche il disposto dell'art. 20, lett. b) e c), del d.m. 27 luglio 2017, ossia una disposizione che lega la percezione di fondi pubblici all'adeguamento delle attività teatrali a certi requisiti e modalità di allestimento degli spettacoli. Si ritiene che i precetti sin qui riepilogati, in quanto riconducibili ad un fattore tematico comune, si prestino ad una conclusione comune.

Tutte le summenzionate disposizioni possono essere collocate nell'alveo sia del punto 20.309, lett. h), che della lett. i) del Sec 2010. Le disposizioni mentovate sono emblematiche della presenza in capo all'autorità del potere di orientare l'azione delle fondazioni grazie a norme di legge e decreti ministeriali che impongono loro vere e proprie scelte gestorie operative, o addirittura vere e proprie scelte strategiche. È indubbio che stabilire regole per il contenimento di costi sia una modalità per orientare l'attività dalle fondazioni e allocarne le risorse verso un obiettivo di lungo termine, ossia il risanamento del settore con un più avveduto uso del denaro. Del medesimo tenore possono dirsi disposizioni che spingono le fondazioni a adeguare le rappresentazioni teatrali a determinati standard (art. 20, lett. b) e c), d.m. 27 luglio 2017 e art. 17, lett. a), b), c), e d), d.lgs. n. 367/1996). È legittimo spingersi sino ad ipotizzare che si tratti di disposizioni oggettivamente influenti sui poteri del sovrintendente e del direttore artistico, ossia di coloro che danno impulso, nelle fondazioni liriche, all'attività delle stesse.

Si affrontano, in altre parole, disposizioni che, ai sensi della lett. i) del punto 20.309 del Sec 2010, sono in grado di assegnare ad una autorità il potere di influenzare concretamente le scelte operative generali, e in alternativa, se lette congiuntamente, testimoniano la presenza di un vasto complesso legislativo, eccessivo e invasivo, che spinge le fondazioni verso eterodeterminati obiettivi strategici in linea con quanto disposto dalla lett. h) del punto 20.309 del Sec 2010. È possibile, a ben vedere, escludere che tali poteri siano estemporanei ed eccezionali. Non abbiamo la semplice nomina di un commissario *ad acta*, cagionata dall'approvazione difforme di una modifica statutaria o da un bilancio considerato irregolare, ma, al contrario, norme che condizionano il mantenimento di importanti prerogative a eterodeterminate scelte gestorie, che sono una costante dell'attività delle fondazioni in quanto legate alla generale e concreta predisposizione degli spettacoli e al raggiungimento di obiettivi finanziari.

(42) V., sul punto, le considerazioni svolte in Corte conti, Sez. riun. contr., n. 7/2020, circa i poteri del Coni in ambito di approvazione delle carte federali.

(43) L'analisi che segue è finalizzata a precisare le ragioni per cui non si concorda con il brano di Corte conti, Sez. riun. contr., n. 25/2021, ove il giudice afferma: "In altri termini, il potere del Ministero si configura quale una mera attività di controllo e non un'influenza preponderante sulla definizione e realizzazione degli obiettivi, attività e conseguenti aspetti operativi, nonché degli indirizzi strategici e degli orientamenti che la Fondazione intende perseguire. Il Ministero non è coinvolto nella fase di elaborazione dei programmi. Verifica il perseguimento delle finalità di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 367/1996, ma quale controllo successivo".

(44) Tali doveri sono: l'obbligo d'inserire nei programmi annuali artistici opere di compositori italiani; favorire l'accesso a studenti e lavoratori; coordinare la propria attività con gli altri enti operanti del settore; incentivare la produzione musicale nazionale.

(45) "Le fondazioni lirico-sinfoniche sono altresì tenute a favorire l'accesso di nuovo pubblico: a) praticando facilitazioni per famiglie attraverso l'ingresso gratuito per i minori e una riduzione del prezzo del biglietto per almeno un adulto accompagnatore, e assicurino facilitazioni per i disabili, tra le quali un biglietto gratuito per l'eventuale accompagnatore; b) offrendo biglietti a prezzo ridotto a decorrere da un'ora prima di ogni rappresentazione e facilitino gli ingressi alle manifestazioni dimostrative e prove generali".

Nella linea interpretativa tratteggiata dalla giurisprudenza erariale in materia di fondazioni sportive, non pare scorretto segnalare che i poteri in discorso appaiono essere ben diversi dall’approvare, come nel caso del Coni, il regolamento di giustizia di una federazione. Infatti, mentre il Coni vigila sulle attività delle federazioni anche allo scopo di assicurare il regolare svolgimento delle competizioni, nel nostro caso la legge e i decreti ministeriali impongono scelte operative e strategiche e assegnano al Mibac stesso il potere di sanzionarne la violazione ai sensi del già citato art. 18 del d.lgs. n. 367/1996, con facoltà di continua osservazione, e quindi di repressione, sull’attività delle fondazioni. Che tali poteri non siano in concreto esercitati poco conta. Con riferimento alla posizione delle federazioni sportive, la Corte dei conti ha escluso che simili poteri affievoliscano la loro rilevanza per il semplice fatto che il loro titolare, negligenemente, si astenga dall’esercitarli (46). Quanto si sta esaminando è una modalità d’intervento ben diversa dalla nomina di un commissario *ad acta*. L’autorità non si limita ad una vigilanza astratta ma, al contrario, determina *a priori* la scelta gestoria e ne sanziona duramente l’eventuale disconoscimento.

Contrariamente a quanto affermato dalla Corte dei conti circa la Fondazione Accademia nazionale Santa Cecilia, il Mibac non sembra limitare la sua azione ad un intervento, meramente successivo, puntuale e discontinuo, ma è nella perenne condizione di poter esercitare il proprio potere (incidere sulla gestione delle fondazioni) grazie al flusso d’informazioni della banca dati, alle ispezioni, alla Conferenza dei sovrintendenti e alle relazioni trimestrali dei revisori. Le conclusioni fin qui raggiunte godono del sostegno della dottrina. La dottrina, infatti, dopo aver individuato, tra le finalità della Conferenza dei sovrintendenti, il “*contenimento*”, la “*riduzione del costo dei fattori produttivi*” e la “*promozione dell’acquisto o la condivisione di beni e servizi comuni al settore*”, ammette che essa forma una modalità di coordinamento da cui deriva un’ingerenza pubblica che, travalicando i confini del mero potere d’indirizzo, è in grado di “*influenzare immediatamente decisioni concrete delle fondazioni liriche*” (47).

Alla luce di questi principi, non si concorda con il brano della decisione n. 25/2021 delle Sezioni riunite della Corte dei conti ove il giudice afferma: “*In altri termini, il potere del Ministero si configura quale una mera attività di controllo e non un’influenza preponderante sulla definizione e realizzazione degli obiettivi, attività e conseguenti aspetti operativi, nonché degli indirizzi strategici e degli orientamenti che la Fondazione intende perseguire. Il Ministero non è coinvolto nella fase di elaborazione dei programmi. Verifica il perseguimento delle finalità di cui all’art. 3 del d.lgs. n. 367/1996, ma quale controllo successivo*”. A tal proposito, si deve precisare che, come abbiamo visto, gli indirizzi strategici appaiono predeterminati a livello legislativo da parte di una autorità, lo Stato, di cui il Mibac stesso è parte.

Pertanto, un simile sistema esternalizza la definizione della scelta strategica verso organi sovrani. Apparentemente, non è stato considerato che tra gli atti sopra richiamati vi sono anche decreti ministeriali, ossia provvedimenti assunti dall’autorità esecutiva. Essa, allora, lungi dall’intervenire in via successiva, interviene a monte della determinazione stessa della scelta. Sotto diverso profilo, il controllo può discendere da altre disposizioni presenti tra quelle applicabili in ambito di fondazioni liriche.

A tal proposito, è doveroso concentrarsi sul diritto, di origine legislativa, avente ad oggetto l’uso gratuito dei teatri. Non è arduo collocare tale circostanza nell’alveo del punto 20.39, lett. b) (messa a disposizione da parte di una particolare autorità pubblica dei mezzi che consentono l’operatività) del Sec 2010. Il controllo, inteso come capacità di determinare le scelte strategiche delle fondazioni, si apprezza se si riconosce che l’ordinamento non solo concede gratuitamente tali beni, ma sottopone a predeterminate condizioni, unilateralmente previste, il mantenimento di tale prerogativa. Tanto basta per dire che è l’autorità sovrana che determina la scelta strategica concreta. Ci troviamo in una situazione in linea con la giurisprudenza contabile, che, per le federazioni sportive (48), aveva dato risalto alla messa a disposizione dei beni mezzi che consentono l’operatività in tali termini: «*per quanto concerne la “messa a disposizione di strumenti che consentano l’operatività”, la documentazione prodotta dalle parti ha permesso di verificare che la concessione in uso, da parte del Coni, di impianti sportivi o di palestre, avviene sulla base di rapporti convenzionali a titolo oneroso, mentre, in massima parte, l’attività della Federazione utilizza risorse e strumenti non riconducibili al Coni*» (49). L’onerosità della concessione, che nella sentenza esaminata pareva essere l’elemento che giustificava l’estraneità di siffatta modalità concessoria rispetto all’indicatore del punto 20.39, lett. b), del Sec 2010, non sussiste nel caso delle fondazioni liriche. Se queste sono le coordinate da applicare, non può essere revocato in dubbio che le fondazioni liriche sono, sotto questo aspetto, sottoposte a controllo.

Con riferimento all’inciso della sentenza, a rigore del quale “*mentre, in massima parte, l’attività della Federazione utilizza risorse e strumenti non riconducibili al Coni*”, si può essere indotti a pensare che, se le risorse non provenissero in maggior parte da enti pubblici, l’attribuzione a titolo gratuito dei teatri potrebbe apparire meno decisiva. In disparte le considerazioni svolte circa gli effetti sulla concorrenza e il “*test market non market*” sopra esaminate e alle quali si rinvia, si reputa che le riflessioni offerte più avanti, circa il grado di finanziamento delle fondazioni liriche, possano fornire valide ragioni per superare il dubbio appena espresso.

(46) *Ex multis*, Corte conti, Sez. riun. contr., nn. 12 e 7/2020.

(47) S. de Götzen, *Ordinamento e divenire delle fondazioni liriche*, in M. Malo, B. Marchetti, D. de Pretis (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 405.

(48) Corte conti, Sez. riun. contr., nn. 12 e 7/2020, cit.

(49) *Ex multis*, Corte conti, Sez. riun. contr., n. 12/2020, cit.

Anche a volere, per ipotesi, ritenere che le disposizioni sopra esaminate non siano bastevoli per inquadrare le fondazioni liriche nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, altre ragioni suggerisco un tale esito. Nel par. 2 del presente elaborato, è stata esaminata l'intera costellazione normativa che sovrasta le fondazioni liriche. Con maggior grado di precisione, possiamo richiamare alla mente il d.l. n. 91/2013 e, specificatamente, l'art. 11, c. 1, lett. a), b), c), d), e), f), g) e g-bis). Parliamo di un decreto-legge, ossia un atto legislativo che però trova la sua origine in una determinazione di volontà di un organo sovrano esecutivo. Già tale aspetto assume precipua rilevanza. Si era detto che tale atto legislativo aveva introdotto un fondo di rotazione finalizzato a risolvere la grave crisi finanziaria delle fondazioni. Ad esso si accede tramite la presentazione ad un commissario governativo di un piano di risanamento che si regge su una drastica riduzione del personale (fino al 50%). Se il piano di risanamento, all'esito dell'esame svolto da parte dell'autorità governativa commissariale, non fosse stato giudicato fattibile e coerente con le condizioni fissate, le fondazioni richiedenti non avrebbe potuto accedere ad una così importante fonte di finanziamento e sarebbe state poste in stato di liquidazione coatta amministrativa. Simili soluzioni alla crisi del settore sono poi state ripetute in altre norme, e i relativi termini per il compimento di questa riprogrammazione gestionale obbligatoria sono stati prorogati. Pari pregnanza hanno i cc. 18, 19, 20 e 20-bis dell'art. 11 del d.l. n. 91/2013.

Ancora una volta, nella logica dell'imposto risanamento dei conti, si esige che la conclusione di accordi sindacali sia preceduta dalla positiva certificazione da parte della territorialmente competente Corte dei conti. Soprattutto, si prevede che una quota, pari al 25% dell'intera quota dovuta alla singola fondazione dal Fus, e una aggiuntiva porzione, pari al 5%, sono erogate in funzione del miglioramento dei risultati di gestione attraverso la "capacità di reperire risorse" e in funzione del raggiungimento del "pareggio di bilancio nei tre esercizi finanziari precedenti". Invece, il c. 355 dell'art. 1 della l. n. 208/2016 aveva, come si è detto, sanzionato la non presentazione del piano di risanamento per il triennio successivo con "la sospensione dell'erogazione alle fondazioni lirico-sinfoniche inadempienti dei contributi a valere sul Fondo unico per lo spettacolo, di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163". Utile risulta anche richiamare l'all. A della l. n. 160/2016, nella parte in cui, innovando l'art. 24 del d.l. n. 113/2016, dispone che le fondazioni che non raggiungono il pareggio di bilancio devono "prevedere opportune riduzioni dell'attività, comprese la chiusura temporanea o stagionale e la conseguente trasformazione temporanea del rapporto di lavoro del personale, anche direttivo, da tempo pieno a tempo parziale".

Queste scelte legislative, se considerate nel loro complesso, mirano ad un obiettivo strategico comune, ossia risolvere lo stato di crisi e la condizione di sempre più gravoso indebitamento che, purtroppo, le fondazioni liriche hanno accumulato. In breve, si impone un obiettivo tipicamente gestorio, sicuramente generale e strategico: la risoluzione di una crisi grazie a un lento e rigidamente controllato processo di risanamento.

Quest'ultimo avviene grazie all'utilizzo di fondi pubblici, che sono erogati se la fondazione si impegna a sottostare alle condizioni previste dal legislatore, che sembrano interessarsi, soprattutto, dell'aspetto dei contratti di lavoro e del personale. L'elemento che deve far propendere favorevolmente per la sussistenza di un controllo pubblico per mezzo di una eccessiva regolamentazione è il seguente: le fondazioni liriche si collocano dentro una stretta gabbia legislativa composta da tante disposizioni che connettono la percezione dei fondi pubblici al raggiungimento di un obiettivo strategico, voluto dallo Stato con le modalità da esso stabilite con legge e sotto la supervisione dell'autorità pubblica. Il ruolo dello Stato e, se vogliamo, dell'autorità generalmente intesa è sicuramente di controllo, in quanto si tratta di approvare e far rispettare un *corpus* normativo che, ancora una volta, si risolve nella eterodeterminazione degli obiettivi. Questi non sono stabiliti dall'organo gestorio ma, al contrario, da autorità sovrane. Si ritiene che tale complesso normativo testimoni un controllo pubblico svolto tramite una regolamentazione eccessiva. A rafforzare l'assunto depone un dettaglio del punto 20.309, lett. h). Il legislatore europeo afferma che la scelta di operare in un settore particolarmente regolamentato è indicatore dell'assenza di controllo. Orbene, giova rammentare le considerazioni articolate in merito alla genesi delle fondazioni in disamina. Si è detto che la genesi delle fondazioni in analisi non ha come protagonista la scelta di nessun fondatore, ma l'imposizione *ex lege*. Da questa prospettiva, è dato argomentare che le fondazioni liriche non sono entrate in un settore molto regolamentato per scelta. Per il vero, le fondazioni liriche sono state poste in un settore estremamente regolamentato con quella che possiamo definire la decisione autoritativa e unilaterale per eccellenza: la legge.

Ulteriore indice di pubblicità che è dato rilevare nel caso delle fondazioni liriche è quello suggerito dall'inciso conclusivo della lett. i): "Un'entità finanziata completamente o quasi dal settore pubblico si considera controllata se i controlli sul flusso di finanziamenti sono abbastanza restrittivi da dettare la politica generale in tale campo". Tale indicatore dovrebbe essere letto congiuntamente al punto 2.39, lett. d), del Sec 2010. Richiamiamo, brevemente, le soluzioni interpretative della Corte di giustizia e della Corte dei conti in materia di federazioni sportive (50). Tali orientamenti pretori tendono ad avvalorare la tesi per cui il controllo pubblico, tramite finanziamento, emerge se le risorse apprestate dalle unità del settore pubblico in favore di una istituzione senza scopo lucrativo possono dirsi collegate a specifici obiettivi o progetti. Se si osservano le norme sopra invocate, a titolo esemplificativo l'art. 11 del d.l. n. 91/2013, notiamo che, in effetti, le risorse pubbliche sono percepite in funzione di obiettivi eterodeterminati e,

(50) Corte giust. 11 settembre 2019, cit.; *ex multis*, Corte conti, Sez. riun. contr., nn. 12 e 7/2020, cit.

quindi, *a priori* rivolti a specifici scopi o programmi. La medesima conclusione può essere estesa a qualunque contributo pubblico percepito dalle fondazioni liriche (51).

Nel solco delle riflessioni offerte, non è dato astenersi dal formulare una ulteriore riflessione in ordine alla pretesa autonomia finanziaria che la Corte dei conti, nella sentenza n. 1/2020 (52), ha riconosciuto alla fondazione milanese. Volgiamo, quindi, l'attenzione al concetto di “*grado di finanziamento*”.

Anche a voler ammettere che le più virtuose fondazioni riescano a reperire risorse private nella misura del 61% dei costi, è arduo comprendere come un ente possa dirsi realmente autonomo, dal punto di vista finanziario, se deve il 30% o il solo 20% delle risorse necessarie al mantenimento della continuità aziendale alla contribuzione pubblica. Ciò significa che il grado di finanziamento pubblico, per dirsi non rilevante, dovrebbe essere molto limitato, e ciò nella prospettiva di effettività e concretezza suggerita dalla giurisprudenza. Questa affermazione diviene ancor più vera se si considera che il fondo di rotazione, introdotto con il d.l. n. 91/2013, ha dato alle fondazioni liriche una risorsa vitale per uscire dalla crisi ed evitare la liquidazione. Ma nel far ciò, si è deciso di condizionare la sua percezione al raggiungimento di obiettivi e all'assunzione di impegni stabiliti dalla legge. Si propone, allora, di giudicare il grado di autonomia finanziaria in base alla rilevanza qualitativa concreta di un contributo. Se questo, come nel nostro caso, serve ad evitare la dissoluzione dell'ente in quanto consente di portare avanti un piano di ristrutturazione (imposto) o assicurare la continuità aziendale, allora lo stesso, anche se inferiore al 51% delle risorse totali, dovrebbe essere tenuto nella dovuta considerazione nell'esame complessivo degli indici di controllo. Una indiretta conferma di quanto esposto può trarsi dalla vasta giurisprudenza erariale che ha analizzato le condizioni da rispettare da parte degli enti pubblici che desiderano costituire fondazioni di diritto privato. Essa illumina degli aspetti di non poco conto e, correttamente, precisa che le fondazioni partecipate o costituite da enti pubblici devono, grazie al patrimonio inizialmente attribuito e grazie ai ricavi derivanti dall'esercizio della propria attività congiuntamente a nuove attribuzioni di soggetti diversi dai promotori, essere in grado di coprire i costi con i ricavi.

La Corte dei conti insegna che “*Il rapporto finanziario tra ente locale e fondazione, quale strumento gestionale prescelto per l'esercizio di funzioni pubbliche, si deve esaurire nell'atto costitutivo del nuovo soggetto, salvo eventuali contributi, predeterminati da una specifica convenzione di servizio sulla base di un accertato e motivato interesse pubblico che il Comune abbia il compito di soddisfare e fermo restando il rispetto della disciplina in materia di erogazioni di risorse pubbliche a favore dei privati*” (53). Va, di conseguenza, esclusa ogni forma di «*contribuzione “a regime” occorrente per colmare le perdite a cui la fondazione vada incontro e garantirne l'equilibrio economico-finanziario*”, altrimenti non salvaguardabile, non si concilia, pertanto, con l'istituto attivato dall'ente» (54).

Nel caso delle fondazioni liriche, l'asserita autonomia finanziaria non sussiste in quanto, contrariamente all'inquadramento, appena citato, offerto dal giudice erariale, relativo al rapporto finanziario tra amministrazione e fondazione, le fondazioni liriche beneficiano di continui fondi pubblici volti a salvaguardarne l'equilibrio economico-finanziario. Tale aspetto consente di negare, *in nuce*, la pretesa autonomia finanziaria delle fondazioni liriche, che, per essere tale, dovrebbe avere quale presupposto una contribuzione pubblica coerente con i principi fissati in giurisprudenza e applicabili a tutte le fondazioni costituite o partecipate da enti pubblici. Sotto questo profilo si apprezza, ancora una volta, la distanza tra le fondazioni liriche e le fondazioni realmente autonome e, quindi, giustamente qualificate come private (55).

Quanto sino ad ora detto spinge verso il non poter condividere, pur nell'ossequio dovuto, le conclusioni espresse dalle Sezioni riunite della Corte dei conti nella sopra citata decisione: “*Su tutte le entrate (sia quelle di fonte pubblica, che quelle di fonte privata) esiste, poi un'ampia autodeterminazione degli organi della Fondazione ricorrente, circostanza che attesta, ossequiando, ancora una volta, il principio di effettività, l'assenza di eterodirezione pubblicistica*”.

Ora, se i finanziamenti pubblici non assumono entità minoritaria, se servono ad attuare piani di risanamento, se pongono le fondazioni liriche di fronte ad un rigido *aut-aut* (riprogrammazione gestionale o dissoluzione) e si investe un ministero e un commissario del potere di valutare il percorso di risanamento, allora poco residua della dichiarata autonomia finanziaria. Pertanto, compulsando i lumi che traiamo da tutte le norme introdotte a partire dal 2006, possiamo ritenere che una visione più estesa della situazione delle fondazioni liriche avrebbe permesso al giudice di giungere a conclusioni diverse dalla statuizione per cui «*Quindi, non soltanto lo statuto non contempla strumenti tecnici di coordinamento idonei a far prevalere la volontà della “parte pubblica” (complessivamente considerata), ma, all'opposto, esclude ogni tipo di influenza delle p.a. sul la politica e programmazione gestionale della Fondazione*».

(51) V., a tal riguardo, art. 11, cc. 1, lett. b) e c), 20-bis, d.l. n. 91/2013.

(52) Corte conti, Sez. riun. contr., n. 12/2020, cit., p. 30: “*Su tutte le entrate (sia quelle di fonte pubblica, che quelle di fonte privata) esiste, poi un'ampia autodeterminazione degli organi della Fondazione ricorrente, circostanza che attesta, ossequiando, ancora una volta, il principio di effettività, l'assenza di eterodirezione pubblicistica*”.

(53) Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, n. 130/2020.

(54) Corte conti, Sez. contr. reg. Abruzzo, n. 5/2017, in questa *Rivista*, 2017, 1-2, 148, con nota di richiami.

(55) Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 67/2010; n. 365/2011; 70/2017.

A conclusione delle riflessioni formulate, non pare di poco momento menzionare il preclaro rilievo mosso dalla Sezione controllo sugli enti della Corte dei conti contenuto nella determinazione 8 giugno 2023, n. 69. In tale atto, la Corte, commentando anche il d.l. n. 91/2013, ha evocato l'idea per cui l'obiettivo perseguito dal legislatore deve individuarsi nella ripubblicizzazione delle fondazioni liriche.

* * *