



A.D. MDLXII

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI**  
**Dipartimento di Giurisprudenza**  
**SCUOLA DOTTORALE IN «DIRITTO ED ECONOMIA DEI SISTEMI PRODUTTIVI»**  
**XXVIII° Ciclo - Anno Accademico 2014/2015**

*Fondazioni di partecipazione e  
gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*

**Direttore: Chiar.mo Prof. Michele COMENALE PINTO**

**Tutor: Chiar.mo Prof. Domenico D'ORSOGNA**

**Dottoranda: Giovanna ROMANO**

La presente tesi è stata prodotta nell'ambito della Scuola di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi dell'Università degli Studi di Sassari, A.A. 2014/2015 – XXVIII° ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata dal *Consorzio nuorese per la Promozione degli Studi Universitari nella Sardegna Centrale*.

*“E sempre dovremo tornare,  
dopo aver studiato e spiegato,  
alla semplice e pura meraviglia”*

*[J. W. Goethe]*

*“Ci sono persone che sanno sempre tutto e,  
purtroppo, è tutto quello che sanno”*

*[O. Wilde]*

*Alla prorompente vitalità di Chi ho generato, che dall'alto dei suoi pochissimi anni e con la purezza dei suoi sorrisi mi ha sempre, inconsapevolmente ma ininterrottamente, sostenuta pur nelle ripetute lontananze, sollevandomi dal disagio della colpa.*

***A Leonardo, la mia Vita.***

*All'Unione premurosa e tenera che si rafforza ogni giorno, frutto e sostegno di indiscussa fiducia e di ardimentosa lealtà.*

***A Sonny, il mio Amore.***

*Alla sempiterna affidabilità di Chi mi ha generato e che mi ha consentito, ancora una volta, di centrare l'obiettivo sapendo al sicuro la mia Vita.*

***A Giuseppe e Daniela, la mia Anima.***

*Al diligente rigore di chi mi ha preceduta in questa esperienza, non dimenticando mai di farmi dono del suo inestimabile bene.*

***A Adelaide, mia Sorella.***

## INDICE

RIASSUNTO.....	6
ABSTRACT .....	7
INTRODUZIONE .....	8
<b>Cap. 1 LA TUTELA E LA VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI NEL QUADRO DEL PLURALISMO OPERATIVO E DELLA COOPERAZIONE INTERISTITUZIONALE</b>	
1. <i>Il bene culturale: natura giuridica</i> .....	16
2. <i>Il bene culturale: caratteri e «fruizione»</i> .....	37
3. <i>Le funzioni: tutela e valorizzazione</i> .....	43
3.1 (segue) <i>Nella Costituzione</i> .....	45
3.2 (segue) <i>Nella normativa di settore</i> .....	54
4. <i>Gestione e valorizzazione dei beni culturali</i> .....	62
5. <i>La valorizzazione dei beni culturali: agevolazioni fiscali, aiuti alla cultura, aiuti di Stato</i> .....	67
6. <i>Territorialità, economia e cultura</i> .....	79
<b>Cap. 2 LE FORME DI GESTIONE DEI BENI CULTURALI</b>	
1. <i>Il principio di sussidiarietà: profili generali</i> .....	89
1.1 (segue) <i>La sussidiarietà orizzontale e l'autonoma iniziativa dei privati nello svolgimento di attività di interesse generale</i> .....	96
1.2 (segue) <i>La sussidiarietà «circolare»</i> .....	100
2. <i>Pubblico e privato “in sussidiarietà”</i> .....	101

3.	<i>Il Partenariato pubblico-privato</i> .....	117
3.1	<i>Il Partenariato pubblico-privato nel Codice dei contratti pubblici</i> .....	124
3.2	<i>(segue) Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva 2014/23/UE</i> .....	126
4.	<i>Il Partenariato pubblico-privato per i beni culturali e le «forme di gestione»</i> ...	129
5.	<i>Il «servizio culturale»</i> .....	137
6.	<i>I c.d. «servizi aggiuntivi»</i> .....	146
7.	<i>La scelta del modello gestionale</i> .....	153
8.	<i>(segue) Il d.lgs. n. 156/2006 e la questione della «fondazione di partecipazione» come “apposito soggetto giuridico” per la gestione dei servizi culturali: cenni di rinvio</i> .....	154

### **Cap. 3 LE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE IN AMBITO CULTURALE**

1.	<i>La «fondazione»: crisi del modello dogmatico...</i> .....	158
2.	<i>La fondazione di partecipazione: «simbolo» del Partenariato c.d. istituzionalizzato</i> .....	168
3.	<i>Natura e caratteri del modello fondazionale</i> .....	173
3.1	<i>(segue) Il «fondo patrimoniale»</i> .....	188
3.2	<i>(segue) La costituzione della fondazione di partecipazione</i> .....	189
4.	<i>Fondazioni di partecipazione e fondazioni «pubbliche»</i> .....	191
5.	<i>Le fondazioni in ambito culturale: buone pratiche</i> .....	194
6.	<i>Le fondazioni in ambito culturale: l'evoluzione della disciplina giuridica</i> .....	206
7.	<i>La gestione dei servizi culturali affidati direttamente alla fondazione di partecipazione</i> .....	211
8.	<i>Revisione della spesa pubblica e fondazioni in ambito culturale</i> .....	222

<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>230</b>
--------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>235</b>
---------------------------	------------

## RIASSUNTO

La c.d. *fondazione di partecipazione* è un modello utilizzato nella gestione di beni e servizi culturali e si colloca fra le istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro. Al fine di esaminarne le peculiarità, anche operative, nella prima parte dell'elaborato si analizzano i fondamenti costituzionali del riparto di competenze in materia culturale, la nozione teorica di «bene culturale», le funzioni di «tutela» e «valorizzazione» e il ruolo dei privati nel settore. La seconda parte è incentrata sulle «forme di gestione» dei beni e servizi culturali, nell'ottica della «sussidiarietà» e del «Partenariato pubblico-privato», con uno sguardo al profilo comunitario. L'ultima parte approfondisce criticamente la ricostruzione della figura della fondazione di partecipazione, con speciale riguardo alle sue forme peculiari in ambito culturale. Particolare attenzione è dedicata all'analisi critica delle recenti previsioni, apparentemente limitative della figura, anche in ambito culturale, adottate nell'ambito del processo di revisione della spesa pubblica.

## ABSTRACT

The so called “participatory cultural foundation” (P.F.) is an innovative legal entity which can be used in the management of cultural Arts and public services. It is considered as a no-profit private Institution.

In order to examine the characteristics of P.F., in the first part of the dissertation I will analyze the fundamentals of the constitutional division of competences in the cultural field, the theoretical notion of “cultural Arts”, the functions of "protection" and "enhancement" and the role of private individuals in this specific sector.

The second part of the dissertation focuses on the "management models” of cultural Arts and services, within the framework of the subsidiarity principle and the Public-Private Partnership (P.P.P.), with a special emphasis on the EU Law.

The last part of the thesis deepens the doctrinal elaboration of the P.F., with special regard to its peculiarities in the cultural field. Special attention is paid to the recent legal provisions which apparently restrict the uses of the institution, having been adopted as part of the public spending review.

## INTRODUZIONE

### *1. Le ragioni dello studio e della ricerca*

Quando parliamo di beni culturali l'attenzione si focalizza inevitabilmente su quell'ingente patrimonio storico e artistico nazionale che rende l'Italia uno dei Paesi più apprezzabili al mondo per bellezza e fascino.

Essendo uno dei settori nevralgici del nostro Paese, il cui potenziale si riverbera anche nel settore turistico e, di riflesso, economico, quello dei beni culturali è riuscito a guadagnarsi un ruolo da protagonista nelle cronache recenti. E ciò, troppo spesso, anche a fronte di un bilancio negativo, dovuto all'aspra politica nazionale orientata, tra l'altro, al drastico taglio dei fondi in questo settore.

E' così che si è pensato di strutturare il presente lavoro in maniera tale da riuscire, senza pretesa di esaustività, ad individuare ed analizzare quello che, tra i modelli riconducibili al Partenariato pubblico privato, riuscisse meglio di altri a soddisfare la sempre più crescente domanda di cultura, favorendo l'attrazione, nel settore, non solo di ingenti capitali privati, ma anche di quelle competenze manageriali in grado di assicurare interventi più incisivi e volti a tutelare, conservare e valorizzare i beni culturali stessi. Il tutto anche al fine di sostenere un livello di più adeguata fruizione dei beni culturali da parte del pubblico.

Muovendo proprio dal dettato costituzionale, sulla base dell'art. 9, comma 2, della Costituzione la tutela del bene culturale deve necessariamente essere garantita dalla Repubblica. Ma, come noto, l'articolazione della Repubblica italiana negli anni è stata notevolmente modificata: con la legge costituzionale n. 3/2001 di riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione,



infatti, il concetto di Repubblica si rinnova per “aprirsi” anche alle autonomie territoriali, mettendo così in atto ciò che era stato anzitempo previsto dalla disposizione di cui all’art. 5 della stessa carta costituzionale.

In questo rinnovamento si inserisce anche il ruolo affidato al privato e ciò sulla scorta dell’ormai noto principio della c.d. *sussidiarietà orizzontale*<sup>1</sup>.

Coerentemente con il disposto dell’art. 6, comma 3, del Codice dei beni culturali: “*La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*”.

Ciò significa che, seppure dentro il concetto di tutela deve essere ricompresa la necessità che il bene culturale rimanga oggetto di fruizione diffusa e che non vi siano discriminazioni in relazione a tale diffusione, va da sé che - su tale base - ogni ipotesi di attività relativa al bene culturale affidata ai privati non potrà che coinvolgere la sola fase della valorizzazione, la quale dovrà comunque essere attuata “*in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze*” (art. 6. Comma 2, d. lg. 42/2004 e s.m.i.).

Entro tali limiti e, dunque, con riferimento alla sola valorizzazione, anche i beni culturali possono essere oggetto di collaborazione pubblico-privata<sup>2</sup>.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 111, comma 1, d. lg. 42/2004 e s.m.i.) chiarisce che l’attività di valorizzazione dei beni culturali si consegue mediante la “*costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all’esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità*”

---

<sup>1</sup> Così come previsto dall’art. 118, co. 4, cost., laddove viene stabilito che le pubbliche amministrazioni favoriscono «l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli ed associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale» sulla base del cd. Principio di sussidiarietà orizzontale.

<sup>2</sup> G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, numero 1-2/2012, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

così come indicate nell'art. 6 dello stesso Codice, aggiungendo come «*a tali attività possono concorrere, cooperare o partecipare anche i soggetti privati*».

Questa impostazione, se da un lato si conforma ai principi e alle strategie della valorizzazione territoriale del patrimonio culturale, dall'altro rispecchia il ruolo di centralità assunto dai cittadini nell'ambito dell'azione generale dello Stato.

Tali principi si sono affermati come conseguenza delle riflessioni e dei dibattiti che, a livello internazionale, hanno visto attribuire al patrimonio culturale un ruolo sempre più significativo nel quadro dei modelli di sviluppo fondati sulle peculiarità locali e sulla valorizzazione delle risorse endogene dei territori.

In particolare le identità culturali hanno assunto nuovi valori e specificità anche grazie alle implicazioni di natura immateriale - come quelle legate alle tradizioni, ai saperi e alle creatività - che hanno arricchito la nozione di patrimonio culturale, tanto che «*il coinvolgimento delle comunità locali innalza (...) la sensibilizzazione verso il patrimonio culturale, intesa come capacità dei cittadini di riconoscere la loro identità in quel patrimonio, di riconoscerlo come proprio e, di conseguenza, di cooperare per la sua conservazione. L'offerta integrata delle risorse può, pertanto, generare impatti economici diretti, con l'esternalizzazione di attività e servizi legati alla sua gestione, come pure impatti indiretti. Questi ultimi derivano non solo dalle più note ricadute sull'industria turistica, ma anche dal fatto che il sistema che si sviluppa intorno al patrimonio accresce l'aspetto di competitività di un territorio, rendendolo capace di attrarre più di altri risorse umane e finanziarie, incrementando i flussi turistici, come pure l'insediamento di attività produttive non necessariamente appartenenti al settore culturale*»<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Così, la Direzione Generale per la Valorizzazione del Patrimonio Culturale, in [www.beniculturali.it](http://www.beniculturali.it)

La crescente attenzione riservata negli ultimi anni alle attività culturali prefigura, pertanto, una sorta di riscoperta del rapporto tra cultura, economia e territorio ed una modalità per promuovere il patrimonio artistico e culturale (e rendere, quindi, la cultura protagonista nel rilancio e nella riqualificazione dello sviluppo economico del Paese) è, dunque, quella di individuare attraverso quali forme possa esternarsi meglio l'intervento dei privati. Di qui, la predilezione per la c.d. *fondazione di partecipazione*.

Si tratta di un modello di gestione nel quale i soggetti pubblici e quelli privati possono costruire e modulare, nel modo più rispondente ai rispettivi interessi, le forme di governance, la responsabilità gestionale, gli apporti di risorse economiche.

Tale strumento sta trovando larga diffusione soprattutto nel campo dei beni culturali, in quanto si pone al crocevia tra l'esigenza di soddisfare puntuali bisogni sociali e quella di realizzarli attraverso scelte che, coinvolgendo direttamente i privati, risultino congrue ed economicamente accettabili, senza maggiori oneri per le casse erariali.

Dunque, per far fronte alle esigenze del settore culturale, sia dal punto di vista organizzativo sia dal punto di vista economico, la fondazione di partecipazione si è affermata quale modello più adeguato a perseguire tali scopi.

E' osservazione oggi ampiamente condivisa che la cultura sia una grande risorsa per il Paese<sup>4</sup>: «cultura», secondo l'immagine tracciata da una parte della dottrina, «è il vocabolo che racchiude in sé forme espressive diverse, sia

---

<sup>4</sup>Sul tema si veda G. NAPOLITANO, *Cultura e ricerca per rilanciare lo sviluppo del nostro Paese*, Discorso del Capo dello Stato agli Stati generali della cultura, novembre 2012, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com). In dottrina cfr., per tutti, G. FERILLI, P.L. SACCO, G. TAVANO BLESSI, M. NUCCIO, *Cultura come fattore di sviluppo locale: il Distretto Culturale Evoluto*, versione italiana del saggio 2012, *Culture as an Engine of Local Development Processes: System-Wide Cultural Districts*, reperibile in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

di derivazione umanistica sia di natura scientifica, e che implica cooperazione, indagine, ricerca; in una parola: interazione tra più soggetti, pubblici e privati»<sup>5</sup>.

Dunque, la valorizzazione del patrimonio culturale richiede politiche mirate e incisive, capaci di assicurarne la cura e l'utilizzo ma che oggi sembrano trovare un ostacolo in una frenetica attività normativa: il nostro legislatore, infatti, sulla spinta delle iniziative europee<sup>6</sup>, ha dapprima adottato norme orientate alla «reinternazionalizzazione»<sup>7</sup> dei servizi, intercettando così, seppur indirettamente, il settore culturale; successivamente, con l'adozione della legge di stabilità 2014, ha optato per buona parte della loro abrogazione.

Questa circostanza, dalla parvenza più di una strategia politica che gestionale, ha favorito il rilancio di una nuova attenzione verso l'istituto fondazionale, che ha ancora molto da offrire in termini di spunti di riflessione per lo studioso e l'interprete ma che, purtroppo, non trova ancora una disciplina decisamente organica, pur da tempo auspicata.

---

<sup>5</sup> Così, E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio – Pubblico e privato per il non-profit*, Firenze, 1998, p. 35.

<sup>6</sup> «La revisione della spesa pubblica non costituisce attuazione di specifici obblighi normativi dell'Unione europea ma è oggetto di valutazioni e raccomandazioni indirizzate all'Italia dalle Istituzioni dell'Unione nell'ambito del semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche e, più in generale, nel quadro del monitoraggio sulle misure volte al conseguimento degli obiettivi e parametri di finanza pubblica previsti dal Patto di stabilità e crescita. La revisione della spesa pubblica è oggetto di specifiche indicazioni nelle raccomandazioni adottate in via definitiva dal Consiglio ECOFIN il 10 luglio 2012 in esito all'esame del programma di stabilità e del programma nazionale di riforma dell'Italia, svolto nell'ambito della procedura del semestre europeo 2012. Al paragrafo 2 del dispositivo, si raccomanda all'Italia di "perseguire un miglioramento duraturo dell'efficienza e della qualità della spesa pubblica mediante la prevista Spending Review», così in *Servizio Studi – Dipartimento Affari Comunitari Della Camera*, n. 179/2012 reperibile sul sito internet [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>7</sup> Con il decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 recante "*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*", convertito con modifiche e integrazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 135 (meglio nota come "*Spending Review- bis*"), entrata in vigore il 15 agosto 2012.

## 2. *Gli obiettivi dell'indagine e la delimitazione dell'oggetto*

Nel corso di questo lavoro l'obiettivo sarà, dunque, quello di analizzare puntualmente la fondazione di partecipazione come modello gestionale ottimale per il settore culturale, rappresentando essa un osservatorio privilegiato sulla fase di incontro tra la cultura pubblicistica e quella privatistica.

In particolare, del modello vengono evidenziati e sviluppati alcuni punti problematici in relazione alla gestione dei beni e dei servizi culturali, rilevati anche a seguito delle recenti scelte normative compiute su scala nazionale.

La fondazione di partecipazione, che affonda le sue radici nell'art. 12 del Codice civile<sup>8</sup>, è stata ritenuta, altresì, «in grado di coniugare efficacemente la gestione dei beni culturali, l'organizzazione dei servizi turistici e la realizzazione degli eventi (...) favorendo in concreto il progresso sociale, economico e occupazionale»<sup>9</sup>.

Tale modello si colloca tra le organizzazioni private senza scopo di lucro ma come istituto «atipico» rispetto all'originaria previsione codicistica dell'art. 12 c.c., «idoneo non solo a perseguire finalità di interesse pubblico, ma anche

---

<sup>8</sup> «La Fondazione si colloca, come l'associazione, nel novero delle "Istituzioni di carattere privato" regolate dall'art. 12 ora abrogato dall'art. 11, lett. a) d.P.R. 10.02.2000, n. 361 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto), ossia tra quelle organizzazioni collettive mediante le quali i privati perseguono scopi superindividuali non direttamente rivolti a realizzare un profitto", così A. SANTUARI in *Il divieto di cui all'art. 9, comma 6, d.l. n. 95/12 si applica anche alle fondazioni (di partecipazione)*, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>9</sup>Così C. IBBA e F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione per la gestione di prodotti e servizi turistici*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, n. 2 – 2011, pp. 171 e ss, ciò riguardo al problema dell'integrazione dei centri minori, alla salvaguardia dei valori identitari e allo sviluppo dell'offerta turistica.

a ridurre il rischio “aziendale” associato a qualunque attività di produzione di servizi»<sup>10</sup>.

### 3. *Il piano del lavoro e la metodologia applicata*

La trattazione è suddivisa in tre capitoli.

Il primo capitolo si propone di analizzare i fondamenti costituzionali del riparto di competenze in materia culturale, nell’ottica del pluralismo operativo e della cooperazione interistituzionale affermatasi a seguito della Riforma costituzionale del 2001.

Partendo, dunque, dalla nozione di «bene culturale», e ciò al fine di delimitare l’ambito di trattazione del presente lavoro, l’intento è quello di tracciare il profilo delle due funzioni che regolano tale settore, cioè la «tutela» e la «valorizzazione», per poi esaminare il ruolo che anche i privati rivestono nella politica di sviluppo dei beni culturali soprattutto nell’ambito territoriale, quale osservatorio privilegiato per la verifica delle forme operative e gestionali che si assumono ideali in questo settore.

Obiettivo del secondo capitolo è di illustrare le «forme di gestione» dei beni e dei servizi culturali di cui dispone il nostro ordinamento, inquadrandole nelle due cornici del principio di sussidiarietà e del partenariato pubblico privato, non perdendo comunque di vista la prospettiva comunitaria.

L’ultimo capitolo, infine, si sviluppa attorno all’ istituto della fondazione di partecipazione, quale modello paradigmatico di gestione partecipata. Partendo dalle sue origini, se ne arriveranno ad illustrare i tratti salienti e gli elementi distintivi rispetto ai tipi del codice, fino a toccare alcuni aspetti problematici legati alla circostanza che questo modello gestionale, alla luce

---

<sup>10</sup>Così G. PALMERINI, *La “Fondazione di partecipazione” come ipotesi di gestione dei servizi pubblici locali*, 2006, reperibile su [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

di alcune previsioni restrittive della c.d. Spending Review, possa ancora risultare non solo il modello più vantaggioso, ma altresì quello preferibile da impiegare nel settore culturale.

## CAP. 1

### LA TUTELA E LA VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI NEL QUADRO DEL PLURALISMO OPERATIVO E DELLA COOPERAZIONE INTERISTITUZIONALE.

#### 1. *Il bene culturale: natura giuridica.*

La nozione di «bene culturale»<sup>11</sup>, così come oggi la conosciamo, è il risultato di un lungo processo normativo ed interpretativo, in parte ancora in atto<sup>12</sup>.

Uno sguardo al recente passato<sup>13</sup> della nozione si impone, dunque, in via preliminare.

Nel lessico nazionale italiano l'espressione «beni culturali» si afferma solo a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta quando, in occasione dell'istituzione di una apposita Commissione ministeriale di studio sulla materia, la c.d. Commissione Franceschini<sup>14</sup>, il termine venne mutuato per la

---

<sup>11</sup> Sulla nozione di bene culturale, cfr. A. BARTOLINI, (voce) *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano, 2013, pp. 93-131.; L. CASINI, (voce) *Beni culturali (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da) *Diz. Dir. Pubbl.*, vol. I, Milano, 2006, pp. 679- 690.

<sup>12</sup> Sul punto, S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 7/2012, p. 781 ss.

<sup>13</sup> T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, ed. IV, Milano, 2001, p. 3 ss: «Per rifarsi alle origini della protezione pubblica in Italia del patrimonio artistico, storico ed archeologico, bisogna guardare agli Stati pre-unitari. Già nella prima metà dell'Ottocento, la quasi totalità degli Stati in cui si divideva la Penisola aveva emanato norme più o meno organiche per tutelare le cose di antichità ed arte e i resti archeologici. In questo campo è lo Stato della Chiesa a vantare la più antica tradizione; sotto il governo dei Pontefici stava la città di Roma, dove più che in altro luogo si raccoglievano capolavori d'arte e testimonianze del glorioso passato». Ed ancora: «E' però nell'editto del cardinale Pacca, emanato il 7 aprile 1820 sotto il Pontificato di Pio VII, che si suole vedere il primo ed organico provvedimento legislativo di protezione artistica e storica, che assunse importanza anche fuori dei confini dello Stato pontificio, giacché ad esso si ispirarono le iniziative di altri Stati italiani». In senso conforme, cfr. M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2003, p. 86: «Il decreto del cardinale Pacca tracciò il solco per tutta la legislazione successiva degli stati italiani».

<sup>14</sup> Con la legge 26 aprile 1964, n. 310 venne istituita una «Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose d'interesse storico, archeologico, artistico e del



prima volta dalla legislazione internazionale.<sup>15</sup> Missione della Commissione, secondo quanto previsto dalla legge istitutiva<sup>16</sup>, era svolgere un'accurata

---

paesaggio», meglio nota come «Commissione Franceschini», dal nome del suo Presidente. I risultati dell'indagine, conclusasi nel 1966, furono raccolti in tre volumi pubblicati a cura di un comitato di redazione nominato dalla stessa commissione, AA.VV., «*Per la salvezza dei beni culturali in Italia*», Roma, Colombo, 1967; da questi dati emerge con chiarezza la situazione «drammatica» in cui versava il patrimonio culturale ed ambientale italiano dell'epoca. (v. ancora T. ALIBRANDI – P. FERRI, *Op. cit.*, p. 11 ss). Pertanto, «l'indagine della Commissione Franceschini e le sue conclusioni, frutto di una felice collaborazione di insigni giuristi, studiosi dell'arte ed esponenti della cultura, rappresentano un documento di valore storico, anche come testimonianza che non è del tutto mancata una sensibilità e un impegno culturale e politico per gli urgenti problemi di protezione del nostro patrimonio culturale e ambientale», così ID., *ibidem*, p. 14.

<sup>15</sup> «L'espressione «beni culturali» si afferma nel lessico internazionale (*Convenzione de l'Aja del 14 maggio 1954, per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato*). In Italia la formula fu usata per primo tra i giuristi da M. GRISOLIA (in *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952), mutuandola dai lavori preparatori in itinere di quella Convenzione»; così, M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, ed. II, Milano, 2012, p. 21. Sul punto, cfr. G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali ed ambientali*, Milano, 2000, p. 1 ss, il quale, in proposito, sottolinea che: «Per quanto in Italia oggi sia usata più che altrove, l'espressione «bene culturale» ha un'origine non italiana. Essa nasce, infatti, nel linguaggio internazionale del secondo dopoguerra (è cioè susseguente sia la Legge Bottai del 1939, sia la Costituzione del 1948) ed è originariamente utilizzata per indicare uno degli ambiti di azione dell'Unesco; nel diritto internazionale pattizio viene per la prima volta utilizzata in una convenzione internazionale del 1954 riguardante i casi di conflitto armato (pp. 2-3). Ancora, v. L. CASINI, (voce) *Beni culturali (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da) *Diz. Dir. pubbl.*, vol. I, Milano, 2006, p. 680: «In quella sede, si avvertì l'esigenza di raccogliere in un'unica definizione le più diverse categorie di cose: da quelle di interesse storico e artistico a quelle di interesse archeologico o numismatico»; A. BARTOLINI, (voce) *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 94: «La primogenitura nell'impiego della terminologia "beni culturali" (*cultural property or cultural value*), spetta, peraltro, all'ordinamento internazionale, essendo stata introdotta per la prima volta dal Rapporto degli esperti, redatto nel 1949, da Georges Berlia, per conto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO), sostanzialmente, poi, recepito, dalla Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, firmata all'Aja il 14 maggio 1954».

<sup>16</sup> Art. 1 (Legge 26 aprile 1964, n. 310 - *Costituzione di una Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*) - E' affidato ad una Commissione l'incarico di condurre una indagine sulle condizioni attuali e sulle esigenze in ordine alla tutela e alla valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio e di formulare proposte concrete al fine di perseguire i seguenti obiettivi: 1) revisione delle leggi di tutela (in coordinamento, quando necessario, con quelle urbanistiche) nonché delle strutture e degli ordinamenti amministrativi e contabili; 2) ordinamento del personale, in rapporto alle effettive esigenze; 3) adeguamento dei mezzi finanziari.

indagine sulle condizioni in cui versava il patrimonio artistico e culturale nazionale, al fine di avanzare proposte per la revisione delle leggi di tutela, delle strutture e dell'ordinamento amministrativo, dell'ordinamento del personale e per l'adeguamento dei mezzi finanziari.

Fu, in particolare, la Dichiarazione I (delle 84 di cui si componevano le proposte della Commissione Franceschini)<sup>17</sup> a fornire una definizione giuridica unitaria dei beni culturali: «appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca *testimonianza materiale avente valore di civiltà*».

Era nella nota esplicativa<sup>18</sup> che la Commissione precisava si trattasse di «beni culturali»<sup>19</sup>: da quel momento in poi, la nozione di *bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà* è rimasta di riferimento<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Tutte le dichiarazioni della Commissione Franceschini sono reperibili nella *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 119 ss.

<sup>18</sup> Ancora, M. A. SANDULLI, *Op. cit.*, p. 21.

<sup>19</sup> Per quanto riguarda l'aspetto puramente lessicale del termine "bene", è rilevante la posizione di G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in cit., pp. 1 ss. L'A., afferma in proposito che: «Erra dunque chi (...) ritiene che si tratti di un'espressione di suo priva di altro significato che quello descrittivo: in realtà il suo uso presuppone un'opzione di base, e un'ulteriore, e ancor più pregnante, opzione di base è data dal significato intrinseco che le si attribuisce. In effetti, utilizzare la dizione «beni culturali» in luogo di cose d'arte implica una scelta anche ideale. Non si tratta solo di una questione estrinseca e terminologica, perché sotto queste due diverse espressioni, o modi di indicare questo settore, stanno accezioni ben diverse, per non dire opposte, dell'oggetto di questa materia e della ingerenza pubblica nel mondo dei privati. Detto in breve, la nozione tradizionale dell'oggetto in questo ordinamento, incentrata sugli oggetti o le cose d'arte storico-artistico, reputa essenziali le connotazioni della materialità e della normatività (...), all'opposto la nozione dell'oggetto (...) incentrata sul bene culturale, si riferisce ad un'occasionale rappresentazione di un valore immateriale esterno ed espressivo dell'ambiente storico e sociale».

<sup>20</sup> Sottolinea sul punto, L. CASINI, (voce) *Beni culturali (dir. amm.)*, in cit., p. 680 ss, che «la nascita di questa definizione, tuttavia, non risolse il problema di individuare concretamente quali categorie di cose includere o meno tra i beni culturali. In sostanza, si era trovato un nuovo modo di indicare le cose di interesse storico e artistico, ma senza chiarire, da un lato, il significato della nozione bene culturale e, dall'altro, i caratteri comuni a tali beni».

Questa nozione, tuttavia e malgrado il suo successo, non fu evidentemente in grado di soddisfare a pieno gli interpreti più attenti, stimolati dal forte interesse a comprendere quale fosse (o potesse essere) il portato giuridico della definizione di bene culturale come «testimonianza avente valore di civiltà».

Fu, in particolare, Massimo Severo Giannini ad illustrare il concetto di «bene culturale» così come coniato dalla Commissione Franceschini e lo fece in uno scritto<sup>21</sup>, ancora oggi emblematico, attraverso il quale giunse a definirne la nozione «aperta»<sup>22</sup> e «liminale»<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Milano, 1976, pp. 3-38.

<sup>22</sup> M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 8: «In tal modo, restando aperti i problemi circa ciò che si ha da intendere per cultura o per civiltà, si dà del bene culturale una nozione che potrà anche essere empirica per lo scienziato che si occupi di civiltà e di culture, ma che per il giurista è semplicemente una nozione aperta, il cui contenuto viene dato da teorici di altre discipline, volta per volta, o anche per categorie di oggetti (e difatti nel progetto della Commissione Franceschini è previsto che intere categorie di cose possano essere dichiarate beni culturali)». In merito, cfr. T. ALIBRANDI, (voce) *Beni culturali: I) Beni culturali e ambientali*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, vol. V, pp. 1-5. In particolare (p. 2), l'A. rileva come «dai lavori della Commissione Franceschini in poi l'esigenza di una definizione legislativa del "bene culturale" si è venuta facendo sempre più pressante. In un'ottica strettamente giuridica, occorre immediatamente avvertire che in questo – come in ogni altro caso in cui si ponga un problema di definizione – è necessaria la massima cautela. Una definizione che riuscisse ad essere così pregnante da risultare davvero vincolante per l'interprete rischierebbe, infatti, di ancorare la nozione di bene culturale al momento temporale della sua posizione legislativa precludendo qualsiasi evoluzione della categoria. Ma è più probabile che una corretta definizione del bene culturale non possa prescindere dal riferimento alla sua naturale nozione di base: e, cioè, *tout court*, dal concetto di cultura, rispetto al quale – senza arrischiarsi in valutazioni di merito – sarà almeno consentito dire che esso stesso appare eminentemente storicizzabile. E così, come dice bene M. S. Giannini...la nozione di bene culturale per il giurista non può essere che una nozione aperta, il cui contenuto viene dato da teorici di altra disciplina: e così anche la definizione di bene culturale, come testimonianza avente valore di civiltà, può essere assunta come nozione giuridicamente valida a patto di intendersi sul punto che si tratta, comunque, di una nozione a cui la normativa giuridica non dà (e non può dare) un proprio contenuto a tratti giuridicamente conclusi e rigorosamente vincolanti».

<sup>23</sup> M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *cit.*, p. 8: «In questo modo la nozione di bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà può anche essere assunta come nozione giuridicamente valida, restando però certo che è nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri giuridicamente conclusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche».

Secondo Giannini, infatti, la definizione di bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà «rende idonea la nozione ad aderire ad ogni sorta di cosa»<sup>24</sup>: passata e presente. «D'altronde», aggiunge, «pregio dell'introduzione di una nozione come quella di bene culturale è proprio il permettere la più ampia possibilità di intervento pubblico»<sup>25</sup>. Sicché il valore riconosciuto alla Commissione Franceschini sarebbe quello di aver inserito la nozione di «bene culturale» a scopo correttivo<sup>26</sup> della normativa (allora) vigente<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in cit., p. 9. Sul punto *cfr.* di recente L. CASINI, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1-2/2012 (Rivista di arti e diritto *on line*), il quale, richiamando i pericoli del «benculturalismo» pone rilievo sul fatto che la locuzione «bene culturale» sia diventato con il tempo «un concetto, un denominatore comune, tale da mettere insieme le più diverse ed eterogenee categorie di cose. La conseguenza è che l'attenzione sia stata spostata sull'oggetto, sulle cose, a discapito di altri elementi...la codificazione della nozione di bene culturale operata introducendo una nuova definizione intesa come "raccolgitore" delle categorie già regolate dalla legge di tutela del 1939 ha determinato non pochi problemi: la disattenzione verso i soggetti, le istituzioni, ad eccessivo favore dell'oggetto regolato; la progressiva "dimenticanza" del contesto, specialmente ambientale, in cui i beni sono inseriti; l'ambizione – se non l'ossessione – di includere tutte le possibili cose meritevoli di tutela nella nuova categoria, assunta al ruolo di vaso di Pandora in cui collocare ogni bene».

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 14 ss, parla di «correzione della normativa, nel senso di un ampliamento delle categorie dei beni da tutelare, da ottenere mediante l'adozione di una nozione che fosse insieme onnicomprensiva e definita, e che sostituisce al criterio estetizzante un più esatto criterio storicistico». Inoltre, l'A. precisa come nella nozione più moderna di bene culturale «l'evidenza va posta sull'essere "testimonianza", cioè entità rappresentativa di momenti di una civiltà nel suo essere storia» (p. 14, nota 6), a prescindere da considerazioni circa il pregio estetico e le qualità artistiche. Sul punto, *cfr.* N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, p. 41.

<sup>27</sup> L'epoca in cui la Commissione Franceschini aveva fornito una nuova nozione del "bene culturale" era contestuale alla vigenza di altre leggi fondamentali volute dal ministro Bottai: la legge del 1 giugno 1939, n. 1089, dedicata alle cose d'arte, la quale affermava, all'art. 1, che sono soggette alle norme della presente legge le «cose mobili o immobili che presentano cose di interesse storico, artistico, archeologico o etnografico» e inoltre sono ivi ricomprese le cose che interessano la paleontologia, la preistoria, la numismatica, nonché manoscritti, carteggi, autografi, documenti, libri stampe e incisioni aventi rarità, nonché ville parchi e giardini di interesse storico ed artistico; l'altra legge è quella del 29 giugno 1939, n. 1497, che faceva riferimento all'espressione «bellezze naturali», affermando, all'art. 1, che sono soggette a questa legge: 1) cose immobili avente caratteri di bellezza naturale, 2) ville, giardini e parchi che si distinguono per la loro non comune bellezza, 3) i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionali, 4) bellezze

Ma l'esigenza degli interpreti di approfondire e, sostanzialmente, accettare sul piano teorico la suddetta nozione non celava quei legami intellettuali che ancora, inevitabilmente, si continuavano ad intrattenere con le previsioni normative precedenti.

Fino a quel momento, infatti, l'espressione che identificava la tipologia di oggetti ora racchiusi nella categoria di «bene culturale» era quella di «cose d'arte»<sup>28</sup>.

Così Giannini affrontava la questione nei primi anni Sessanta: «nel sistema della legge vigente, le cose d'arte, in ordine alla loro appartenenza, sono classificate in tre gruppi: dello Stato, di persone giuridiche (diverse dallo Stato), di privati. E' una classificazione poco razionale, che dà luogo a molte complicazioni applicative»<sup>29</sup>. Nello specifico, le cose d'arte «dello Stato» sono esclusivamente le cose «demaniali», ossia «di proprietà collettiva demaniale, in quanto esse sono lasciate al libero godimento della collettività, e non invece riservate allo Stato - ente per i suoi fini aziendali»<sup>30</sup>. Le cose d'arte «di persone giuridiche – non importa se pubbliche o private, ma esclusi, sembra,

---

panoramiche considerate quadri naturali; infine la legge n. 1409 del 1963 sul «patrimonio archivistico». Sul punto, *cfr.* M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in cit., p. 4, secondo il quale: «anche se le normative presentavano delle particolarità o delle differenze, tuttavia le prime erano connaturate alle caratteristiche materiali delle cose, le seconde erano di non grande rilievo. Si fece quindi rapidamente strada l'idea che tutte le «cose» previste dalla normativa tripartita costituissero una realtà giuridica omogenea».

<sup>28</sup> Sul concetto di «cose d'arte», v. G. PIVA, voce *Cose d'arte*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, 1962, p. 118 ss. *Cfr.* M. S. GIANNINI, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'Anno Acc. 1962-63*, Roma, 1963, p. 87 ss, il quale, all'epoca in cui fu istituita la Commissione Franceschini, inseriva all'interno del suo volume le «cose d'arte» nella parte dedicata allo schema romanistico della «proprietà divisa», sottolineando come: «Cose d'arte è locuzione ormai entrata nell'uso corrente per indicare cose mobili e immobili che hanno un valore culturale di particolare importanza. La L. 1939/1089, che oggi la disciplina, le chiama «cose d'interesse artistico, storico, archeologico, etnografico». Ed aggiunge come: «Le parole del testo normativo hanno valore puramente esemplificativo, dovendosi considerare comprese nella categoria anche le cose che interessano la musicologia, la filmologia, l'antropologia, ecc.: più semplicemente può dirsi che sono le cose che interessano le arti e la storia, in tutte le loro manifestazioni o oggetti di studio».

<sup>29</sup> Così, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, in cit., p. 88.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 89.

gli enti pubblici territoriali – e quelle di privati sono invece da ritenere di proprietà divisa»<sup>31</sup>.

In questa classificazione emerge con tutta evidenza l'impostazione giuridica tradizionale del tempo; impostazione che sarà ampiamente superata dallo stesso Giannini di lì a dieci anni<sup>32</sup>, in coincidenza – per l'appunto – con l'avvento della nuova nozione di bene culturale della Commissione Franceschini. Nozione che, ampiamente indagata pure in epoche successive,

---

<sup>31</sup> Sulla nozione romanistica di «proprietà divisa», v. M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, in cit., p. 81 ss., il quale ricorda come siano tre le classi generali di proprietà: collettiva, individuale, divisa. In particolare l'A. evidenzia come «tra le grandi classi generali di proprietà non vi è gerarchia o priorità giuridica, bensì solo variazione storica di distribuzione qualitativa e quantitativa». Ad ulteriore esemplificazione, l'A. menziona l'«enfiteusi» come oggetto di proprietà divisa che è «per lo più costituita come diritto reale su cosa altrui, ma ciò non soddisfa più recenti interpreti, alcuni dei quali hanno perfino rovesciato la sistematica tradizionale, sostenendo che il proprietario è l'enfiteuta, non il concedente». Più in generale l'A. scrive che «nella proprietà divisa...vi è...una bi appartenenza della cosa in ragione di due diversi interessi che la norma vuole tutelare. Mentre nella proprietà collettiva il tratto saliente è il godimento delle utilità della cosa, qui, come nella proprietà individuale, è l'appartenenza». Egli, ancora, aggiunge: «nella proprietà divisa (...) vi sono due interessi tutelati dalle norme ambedue in via immediata, mediante l'attribuzione a due soggetti di due distinte appartenenze di utilità della cosa. Ciascuno dei due soggetti, per la parte che gli appartiene, dispone e gode della cosa nell'ambito delle utilità che essa gli può prestare, e non interferisce con quelle dell'altro soggetto; i due diritti non sono, però, indipendenti l'uno dall'altro, ma in vario modo collegati. In taluni casi giungendosi sino al punto che si richiedono «accordi necessari» tra i due soggetti». Ancora, «nel diritto pubblico normalmente avviene questo: che ad uno dei soggetti sono attribuiti i diritti relativi alla disposizione e al godimento del bene a fini economici, all'altro i diritti di disposizione del bene a fini pubblici».

<sup>32</sup> Nello scritto sui «beni culturali» del 1976, infatti, Giannini supera la dicotomica visione della proprietà del bene culturale in «pubblica» e «privata», proponendo piuttosto una «configurazione giuridica unitaria del bene culturale» a prescindere da chi ne detiene la titolarità, così T. ALIBRANDI, (voce) *Beni culturali*, in cit., p. 4. Questo superamento della visione tradizionale da parte di Giannini si pone come il frutto dell'indagine della definizione di bene culturale come testimonianza materiale avente valore di civiltà. Infatti è lo stesso Giannini (in M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in cit., p. 20) ad affermare che pur «se l'appartenenza dei beni culturali può variare, la funzione è sempre unica, ed unitarie sono le potestà statali di fondo nelle quali si esprime la sostanza della funzione, ossia le potestà di tutela e di valorizzazione».

verrà altresì definita come «nozione icastica»<sup>33</sup>, data la sua versatilità e ampiezza.

Un ampio dibattito dottrinario, dunque, gravitò attorno alla innovata nozione di bene culturale; dibattito, la cui particolare vitalità aveva messo in luce soprattutto i limiti<sup>34</sup> della impostazione della legge n. 1089/1939, incentrata sulle «cose d'arte»: da un lato, tale legge esprimeva una visione estetizzante<sup>35</sup> dei beni culturali che, in quanto tale, era una nozione idonea a ricomprendere solo una parte di essi; dall'altro lato, tale legge rimaneva essenzialmente ancorata al «bene materiale» come supporto fisico del valore tangibile posseduto dal bene e che, di conseguenza, poco si adattava a ricomprendere pure le c.d. «attività culturali» come parte della più generale categoria dei beni culturali.

Inoltre, la Legge Bottai aveva disciplinato sino a quel momento le «cose d'arte» puntando esclusivamente ad una loro conservazione<sup>36</sup> di tipo

---

<sup>33</sup> Così, G. CAIA, *Il testo unico sui beni culturali ed ambientali*, Milano, 2000, p. 3 ss: «In effetti di bene culturale la Commissione Franceschini fornì una nozione icastica...era una definizione che, come a nessuno sfugge, risentiva dell'affermarsi proprio di quegli anni delle scienze sociologiche e antropologiche e del loro sovrapporsi alle scienze storiche dell'arte e della filosofia sublimata dall'idealismo e dalla sua concezione dell'estetica come categoria autonoma dello spirito».

<sup>34</sup> Sul punto, v. M. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d. l. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, n. 1/1998 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>35</sup> A rilevare il carattere estetizzante della legge n. 1089/1939 fu ancora una volta M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in cit., p. 14. Giannini, affermava infatti come l'adozione di un criterio "storicistico" nella classificazione dei beni culturali fosse più "esatto" rispetto al criterio estetizzante che aveva contrassegnato la Legge Bottai. Ancora sul carattere estetizzante della legge n. 1089/1939, cfr. N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, p. 38, il quale afferma: «Insomma, se un'interpretazione estetizzante della legge n. 1089 vi fu, ciò dipese dall'applicazione che originariamente ne fece l'amministrazione preposta al settore, ma non per gli obiettivi contenuti normativi della stessa legge, la quale, invece, ben si è dimostrata idonea a sostenere anche le letture più moderne del concetto di bene culturale».

<sup>36</sup> Si presti attenzione al Capo II della Legge 1 giugno 1939, n. 1089, intitolata «*Disposizioni per la conservazione, integrità e sicurezza delle cose*».

«statico», cioè attraverso un regime di tutela caratterizzato per lo più dall'imposizione di vincoli e divieti di alienazione<sup>37</sup> ed esportazione<sup>38</sup>.

In quelle circostanze, le «cose d'arte» incarnavano per lo più l'immagine di un «oggetto da tenere al riparo dal contatto con la vita, piuttosto che a disposizione dei cittadini come strumento di cultura»<sup>39</sup>. Mancava, dunque, in quella normativa una disposizione che riuscisse in qualche modo a porre in rilievo la funzione sociale<sup>40</sup> del patrimonio culturale nazionale, disponendo sia in ordine ai modi di valorizzazione, sia sui metodi di incentivazione dei privati a migliorare la conservazione dei beni in loro possesso.

La Commissione Franceschini, dunque, mirava essenzialmente a superare questa impostazione limitativa dell'intervento pubblico, puntando piuttosto ad un'azione diretta a garantire alla comunità un godimento ampio ed effettivo del valore culturale custodito nel bene, così mirando non solo alla conservazione dei beni culturali e alla loro tutela mediante la manutenzione ed il restauro, ma, soprattutto, ad una loro valutazione.

Nonostante l'impegno della Commissione Franceschini e nonostante la ventata innovativa contenuta nelle sue Dichiarazioni, di fatto la locuzione «bene culturale» entrò effettivamente nel linguaggio giuridico italiano solo a

---

<sup>37</sup> Si presti attenzione al Capo III della Legge 1 giugno 1939, n. 108 inerente alle «*Disposizioni sulle alienazioni e gli altri modi di trasmissione delle cose*».

<sup>38</sup> Si presti attenzione al Capo IV della Legge 1 giugno 1939, n. 108 inerente alle «*Disposizioni sulla esportazione ed importazione*».

<sup>39</sup> F. PASSERELLI, *I beni della cultura secondo la Costituzione*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Padova, 1973, pp. 1421 e ss.

<sup>40</sup> Sottolinea sul punto, L. CASINI, voce *Beni culturali (dir. amm.)*, in cit., p. 681, che «il carattere della funzione sociale dei beni culturali è stato indagato [richiamando, sul punto, G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Milano, 1988, p. 563 ss] in maniera correlata all'art. 42 Cost. e alla visione del patrimonio storico e artistico come strumento di diffusione e di sviluppo della cultura». Calzante sul punto è pure la recente osservazione di L. LANDRIANI, *Modelli di gestione per le aziende di beni culturali*, Milano, 2012, p. 96 ss: «i beni culturali hanno...una funzione sociale da soddisfare, riferita al soddisfacimento dei bisogni umani legati alla fruizione dei beni stessi e dei vantaggi in termini culturali, sociali, politici ed economici che ne derivano».



metà degli anni Settanta, quando venne istituito, grazie all'on. Giovanni Spadolini e a mezzo di un decreto-legge<sup>41</sup>, il Ministero per i beni culturali e per l'ambiente<sup>42</sup>, successivamente denominato «Ministero per i beni culturali e ambientali».

Da quel momento in poi la nozione di «bene culturale» è stata variamente ripresa dalle leggi successive, sebbene le previsioni normative si limitassero per lo più ad un mero richiamo ai “beni culturali”, senza far seguire alla stessa nozione ancora alcuna definizione<sup>43</sup>.

L'istituzione delle Regioni ordinarie e l'avvio del processo di decentramento amministrativo con i decreti delegati<sup>44</sup> nel 1972 e nel 1977, poi completato nel biennio 1997-1998, produrranno effetti rilevanti sulla disciplina delle cose di interesse storico e artistico.

Come efficacemente evidenziato, è in questo periodo che «comincia a prendere forma la *valorizzazione*, che già da qualche tempo aveva iniziato ad affiancare la *tutela* sia nelle disposizioni riguardanti le cose d'arte, sia nelle indagini compiute da apposite commissioni di studio. Questi avvenimenti si

---

<sup>41</sup> Si tratta del decreto-legge 14 dicembre 1974, n. 657 - Istituzione del Ministero per i beni culturali e per l'ambiente.

<sup>42</sup> Sul punto, M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in cit., p. 21: «il primo ingresso dell'espressione «beni culturali» nell'ordinamento italiano avvenne con il d.l. 14 dicembre 1974, n. 657, conv. dalla l. 29 gennaio 1975, n. 5, di istituzione del Ministero per i beni culturali e ambientali».

<sup>43</sup> Sul punto, v. M. CHITI, *La nuova nozione di “beni culturali” nel d. l. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, n. 1/1998 (Rivista di arti e diritto *on line*). L'A. osserva come l'espressione beni culturali «era invalsa nell'uso corrente ed era stata utilizzata (senza però alcuna definizione commessa) nella normativa a partire dagli atti istitutivi del Ministero per i beni culturali ed ambientali».

<sup>44</sup> L'utilizzo della delega legislativa quale strumento privilegiato per adeguare l'assetto della pubblica amministrazione ereditata dal periodo fascista ai principi costituzionali fissati negli articoli 5 Cost. e 118 Cost. si afferma compiutamente nel corso degli anni Settanta del secolo scorso, dapprima con la L. 281 del 1970 (ed i decreti delegati emanati nel 1972) e poi con la legge n. 382 del 1975 (cui si è data attuazione con il D.P.R. n. 616 del 1977). Sul punto, di recente, cfr. F. FURLAN, *I decreti di trasferimento delle funzioni amministrative alle regioni ordinarie*, 2011, Atti del Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, tenutosi all'Università Milano-Bicocca il 10-11 giugno 2011 sul tema “*Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*”, reperibile al sito [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

inserirsi al termine di un periodo in cui la progressiva affermazione dello Stato del benessere aveva reso esplicita tutta la valenza dell'art. 9 Cost.: il patrimonio storico e artistico della Nazione non solo quale oggetto "statico" da tutelare, ma anche come strumento "dinamico" essenziale per lo sviluppo della cultura»<sup>45</sup>.

Non va, infatti, taciuta la vigenza, in questo periodo, della Carta costituzionale, il cui art. 9 è il manifesto<sup>46</sup>, oggi come allora, dell'interesse alla tutela del patrimonio artistico e storico della Nazione, il quale acquista un valore preminente rispetto a qualunque altro interesse pubblico non riconosciuto costituzionalmente.

L'art. 9 della Costituzione sancisce, infatti che «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione». Così come affermato «è pressoché superfluo osservare come ogni intervento del legislatore su questa travagliata materia trovi poi nella Costituzione la sua legittimazione e il proprio quadro di riferimento generale»<sup>47</sup>.

Accanto all'art. 9 della Costituzione si pone pure la previsione di cui all'art. 33, secondo cui «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento».

In questo senso, il dettato delle due norme – ritenute *prima facie* apparentemente «stridenti»<sup>48</sup> - troverebbero in realtà un raccordo «nel fatto

---

<sup>45</sup> Così, L. CASINI, *I beni culturali da Spadolini agli anni Duemila*, in AA.VV. (L. Fiorentino, H. Caroli Casavola, L. Casini, E. Chiti, M. Conticelli, A. Fioritto, M. Gnes, C. Lacava, M. Macchia, A. Mari, C. Meoli, A. Natalini, C. Notarmuzi, L. Saltari, M. Savino), a cura di, *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, p. 423 ss.

<sup>46</sup> Sul punto, v. M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2003, p. 97 ss: «l'art. 9 Cost. è in altre parole un cuneo attraverso il quale nel dettato costituzionale irrompe l'esigenza di assicurare il progresso culturale della comunità civile; e a tale esigenza deve piegarsi l'azione dei pubblici poteri».

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> *Ivi*, p. 98 ss: «l'intervento previsto dall'art. 9 Cost. presuppone dunque un'ingerenza della mano pubblica sulla spontanea evoluzione della vita culturale. Ciò però sembrerebbe stridere con i principi proclamati dal'art. 33 Cost., dove si legge che "l'arte e la scienza sono

che a giudizio dei costituenti la cultura non è libera, ove abbandonata alle sole sue forze: e che dunque l'azione dei pubblici poteri serve a renderla libera, o in altre parole a liberarla dai molteplici condizionamenti che ne intralciano lo sviluppo»<sup>49</sup>.

E' dunque solamente con l'avvento del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112<sup>50</sup>, all'art. 148, comma 1, lett. a) <sup>51</sup> che viene introdotta, in via normativa, una definizione<sup>52</sup> del «bene culturale»<sup>53</sup>, ritenuta altresì «mista»<sup>54</sup>, in quanto in

---

libere e libero ne è l'insegnamento". Tale norma infatti vieta la formazione di un'arte o di una scienza "di Stato", ossia tali da venire condizionate nella loro libera espressione...insomma fra questi due principi parrebbe instaurarsi una relazione conflittuale».

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 - Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59.

<sup>51</sup> Per beni culturali ivi si intendono «quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge».

<sup>52</sup> Art. 148 (*Definizioni*) 1. Ai fini del presente decreto legislativo si intendono per: a) "*beni culturali*", quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge. Un duro commento su tale definizione è fornita da T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, in cit., p. 35 ss, in quanto la norma di cui all'art. 148 (d.lgs. n. 112/98) risulta essere «di quelle che fanno rimpiangere l'antico insegnamento secondo il quale sarebbe bene che il legislatore si astenesse dal dettare definizioni. In effetti essa è in parte tautologica, in parte una norma in bianco. E' una tautologia perché definisce i beni come quelli appartenenti al patrimonio nazionale, ma presuppone che il patrimonio sia la risultanza di quei beni.... la norma inoltre è anche in bianco in quanto rinvia a futuri provvedimenti legislativi l'individuazione delle cose aventi valore testimoniale di civiltà».

<sup>53</sup> «Quando ormai la questione dell'introduzione normativa di una nozione di bene culturale – sia in termini meramente descrittivi della materia, sia ai fini più specifici della tutela vincolistica – poteva dirsi, se non risolta, quanto meno sopita o, comunque, non di stretta attualità, il legislatore delegato, lontano dai clamori del dibattito parlamentare, ha colto l'occasione delle deleghe di attuazione della legge n. 59 del 1997 per consacrare – per la prima volta a livello normativo ed in testi di particolare rilievo istituzionale per la materia – una nozione sintetica di bene culturale, riecheggiante – dopo oltre un trentennio – le definizioni della Dichiarazione I della Commissione Franceschini», così N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, in cit., p. 49. Sul punto, cfr. M. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d. l. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, n. 1/1998 (Rivista di arti e diritto *on line*), il quale pure rileva che «il legislatore delegato – sostanzialmente libero dalle difficoltà che in Parlamento avevano bloccato finora ogni altro progetto di

27

GIOVANNA ROMANO

*Fondazioni di partecipazione e gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*

Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

parte si assume ripetitiva rispetto a quella fornita dalla Commissione Franceschini ed in parte amplificativa<sup>55</sup>, fino ad inglobare in essa anche i c.d. beni culturali immateriali<sup>56</sup>.

D'altro canto, il fatto che nella nuova definizione il bene culturale avesse perduto il riferimento al connotato della «materialità»<sup>57</sup> e che la sua

---

riforma – ha colto l'occasione offerta dalla l. n. 59/97 per introdurre una definizione generale ed attuale di bene culturale. In principio ciò consente, su di un piano generale, di riportare simmetria tra i risultati della dottrina giuridica dei beni culturali e lo sviluppo della legislazione; sul piano più particolare disciplinato dal decreto n. 112/98, di meglio definirei diversi ruoli dei soggetti istituzionali coinvolti».

<sup>54</sup> A. LEO TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004, p. 24 ss.

<sup>55</sup> Sul punto *cfr.* N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, in cit., p. 50, che afferma: «in quanto finalizzata a delimitare un campo od ambito di intervento dei pubblici poteri, la nozione è stata opportunamente formulata in termini oltremodo ampi ed aperti»; e M. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d. l. n. 112/1998*, in cit., il quale ritiene parimenti che «la definizione data dal citato art. 148, comma 1, lett. a)...è estremamente ampia ed unisce nella stessa formulazione le principali categorie finora individuate di beni culturali con il riferimento agli altri beni che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà, categoria residuale e per definizione aperta». Sulla estensione della definizione, pure A. LEO TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali*, in cit., p. 24 ss, osserva come: «rispetto alla elencazione contenuta negli artt. 1, 2 e 5 della legge n. 1089/1939, l'art. 148 del d. lgs. n. 112/98 introduce una nuova categoria di bene culturale, i beni di interesse demoetnoantropologici», in ossequio alla visione socio-antropologica già presente nella Commissione Franceschini.

<sup>56</sup> N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, in cit., p. 53 ss, ribadisce che «l'omesso riferimento alla consistenza tangibile dei beni ha l'effetto di includere, nella nozione di cui si tratta, non solo i beni culturali dotati di un supporto materiale... ma anche i c.d. «beni culturali - attività» o beni «immateriali o volatili». Con tali espressioni si intendono beni che , a volte, possono essere tali anche in senso giuridico...ma che, più spesso, non sono nemmeno beni in senso giuridico, bensì semplici fenomeni sociali della tradizione popolare o folklorica (costumi, riti, canti, dialetti, cibi, ecc.)». Tuttavia, detti beni, al pari delle come materiali, Egli aggiunge (p. 54), «ben possono costituire una significativa testimonianza della storia e della civiltà e, come tali, sono da includere nel concetto di bene culturale, ai sensi e per gli effetti – ora – dell'art. 148 del d. lgs. n. 112/1998». In parte diversamente sul punto, invece, v. T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, ed. IV, Milano, 2001, p. 36 ss, secondo cui «su un punto la norma è tuttavia pregnante nel senso che espunge dalla definizione di Franceschini il requisito della materialità della testimonianza: l'allargamento della nozione di testimonianza che così ne risulta non può ritenersi comprensivo delle attività culturali, giacché esse trovano una specifica e differente definizione nella lett. g) dello stesso art. 148 d. l. n. 112, cit.; ma si applica certamente ai beni immateriali che pure possono essere testimonianze di civiltà (ad es.: la Divina commedia)».

<sup>57</sup> Ancora sul punto, N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, in cit., p.50 ss, il quale sottolinea nella nozione del bene culturale di cui all'art. 148, comma 1, lett. a del d.

definizione fosse circoscritta ai beni «così individuati in base alla legge»<sup>58</sup>, ne rappresentavano tratti distintivi peculiari proprio rispetto alla proposta della Commissione Franceschini, ritenuta «tuttora assai attuale»<sup>59</sup>.

---

lgs. n. 112 del 1998 che manca «ogni riferimento sia alla datazione sia alla materialità del bene culturale». Questa differenza rispetto alla definizione di «testimonianza materiale avente valore di civiltà» risiederebbe, secondo l'A. (p. 51), nella «diversa finalità e diverso ambito applicativo delle due nozioni poste a raffronto. Nell'art. 148 del d. lgs. n. 112 del 1998 la nozione serve ad individuare, nel suo complesso, un ambito materiale di interesse pubblico; nell'impostazione della Commissione Franceschini, invece, il concetto di bene culturale quale «testimonianza materiale» era posto ...in funzione vincolistica, ossia ai fini di individuare le tipologie di beni assoggettabili ad un regime giuridico limitativo del diritto di proprietà». Sullo stesso punto, *cf.* M. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d. l. n. 112/1998*, in cit., che sottolinea ulteriore aspetto: «L'aver eliminato il riferimento alla "materialità" della testimonianza avente valore di civiltà dovrebbe dimostrare la piena rapportabilità delle attività culturali al *genus* beni culturali. La conclusione è però messa in crisi dallo specifico riferimento contenuto alla lettera f) dello stesso art. 148 alle attività culturali, quali "quelle rivolte a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte". In tal modo si assume una distinzione tra beni e attività culturali, invero inaspettata dopo le discussioni degli ultimi due decenni; e si dà una ben strana definizione di attività culturale, non come beni in sé, ma come attività di strumento e supporto. La conferma che il legislatore delegato ha assunto un approccio duale è data dallo stesso titolo del Capo V "beni e attività culturali", e dalla distinzione tra la "valorizzazione" dei beni culturali - oggetto della definizione della lettera e) dello stesso articolo - e la "promozione" di "ogni attività diretta a suscitare e a sostenere le attività culturali" - come definita alla successiva lettera g)»

<sup>58</sup> Osserva su questo inciso M. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d. l. n. 112/1998*, *Cit.*, che esso «origina due questioni: il procedimento cui la legge allude vale solo per i beni che costituiscono "testimonianza avente valore di civiltà" oppure per tutti i beni culturali in generale? Inoltre, il "così individuati" allude ad un procedimento di mero accertamento della qualità di bene culturale che sussiste in modo originario ed indipendente dalla sua dichiarazione oppure ad un procedimento di carattere costitutivo? La formulazione letterale del richiamato inciso finale della lettera a) non lascia dubbi sul riferimento della specifica individuazione della qualità di bene culturale ai soli beni, non ricompresi in una delle categorie precedenti, e che sono rapportabili alle testimonianze aventi valori di civiltà. Ciò però non si amalgama con l'espressa conservazione della l. 1089/39 quale disciplina generale della materia per quanto concerne la tutela dei beni, e quindi con il procedimento di individuazione dei beni culturali ivi previsto tramite "apposizione di vincolo, diretto e indiretto, di interesse storico o artistico e vigilanza sui beni vincolati" (art. 149, comma 3, lett. a)). Ferma dunque la necessità dell'individuazione dell'interesse culturale del bene tramite procedimento di acclaramento con effetti costitutivi (formula più attuale di quella usata dalla legge del 1939 in riferimento all'interesse storico e artistico), essa vale per tutte le tipologie di beni ora previste dall'art. 148, che semplicemente è mal formulato per quanto riguarda l'apparente limite della espressa individuazione solo per le testimonianze di civiltà».

<sup>59</sup> *Ibidem.*

Successivamente alla formalizzazione legale del concetto di bene culturale nel d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, è intervenuta quella del Testo Unico per i beni culturali ed ambientali, emanato con d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490<sup>60</sup>, il quale «non ha operato una ridefinizione del concetto di bene culturale, limitandosi a mediare la nozione accolta nel d. lgs. 112/98 (che riproduce a sua volta, quella elaborata dalla Commissione Franceschini, fatto salvo il riferimento al carattere materiale della “testimonianza di civiltà”) con l’elencazione delle cose d’arte previste negli artt. 1 e 2 della legge n. 1089/1939»<sup>61</sup>.

Nel dettaglio, l’articolo 2<sup>62</sup> riassume il disposto degli articoli 1 (cose di valore intrinseco) e 2 (immobili di valore estrinseco - relazionale) della legge n. 1089

---

<sup>60</sup> D. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 – Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell’art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352 entrato in vigore l’11 gennaio 2000.

<sup>61</sup> Così, A. LEO TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, cit., p. 26 ss. In senso conforme, v. N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 66 ss, secondo il quale «in sostanza, il Testo Unico, se non ha attuato la *reductio ad unitatem* del concetto giuridico di bene culturale, è intervenuto in questo senso per quanto riguarda il regime giuridico delle diverse categorie di beni culturali, utilizzando, a tal fine, il potere riconosciuto dalla legge di delega di procedere al «coordinamento sostanziale» delle norme vigenti. Attraverso tale coordinamento, il Testo Unico ha potuto operare un’omologazione della disciplina di tutela delle varie categorie di beni culturali, estendendo, perlopiù, il regime della legge n. 1089 anche ai beni in essa non contemplati...».

<sup>62</sup> Decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 - Articolo 2 *Patrimonio storico, artistico, demo-etno-antropologico, archeologico, archivistico, librario* (Legge 1giugno 1939, n. 1089, artt. 1; 2, comma 1; 5, comma 1; decreto del Presidente della Repubblica 30 settembre 1963, n. 1409, art. 1; decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, art. 148) 1. Sono beni culturali disciplinati a norma di questo Titolo: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico, o demo-etno-antropologico; b) le cose immobili che, a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell’arte e della cultura in genere, rivestono un interesse particolarmente importante; c) le collezioni o serie di oggetti che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, rivestono come complesso un eccezionale interesse artistico o storico; d) i beni archivistici; e) i beni librari. 2. Sono comprese tra le cose indicate nel comma 1, lettera a): a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà; b) le cose di interesse numismatico; c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, i documenti notevoli, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe, le incisioni aventi carattere di rarità e pregio; d) le carte geografiche e gli spartiti musicali aventi carattere di rarità e di pregio artistico o storico; e) le fotografie con relativi negativi e matrici, aventi carattere di rarità e di pregio artistico o storico; f) le ville, i parchi

del 1939, mentre l'articolo 4<sup>63</sup> riceve la clausola generale di "apertura", desunta dalla nozione ampia elaborata dalla Commissione Franceschini del 1964, già recepita nel d. lg. 112 del 1998, mantenendo ferma la riserva alla legge del potere di selezionare "altri" beni culturali.

A livello generale, dunque, è condivisibile il punto di vista di chi<sup>64</sup> ritiene che «la più importante delle novità del Testo Unico è proprio la non-novità contenuta nei primi tre articoli», il contenuto dei quali non fa che confermare il concetto tradizionale di bene culturale come nozione «reale e normativa...che continua a rinvenire soprattutto nel valore particolare riconosciuto alle cose meritevoli di tutela senza assimilare ad esse i c.d. beni

---

e i giardini che abbiano interesse artistico o storico; 3. Sono comprese tra le collezioni indicate nel comma 1, lettera c), quali testimonianze di rilevanza storico-culturale, le raccolte librerie appartenenti a privati, se di eccezionale interesse culturale. 4. Sono beni archivistici: a) gli archivi e i singoli documenti dello Stato; b) gli archivi e i singoli documenti degli enti pubblici; c) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono notevole interesse storico. 5. Sono beni librari le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato e degli enti pubblici, quelle indicate nel comma 3 e, qualunque sia il loro supporto, i beni indicati al comma 2, lettere c) e d). 6. Non sono soggette alla disciplina di questo Titolo, a norma del comma 1, lettera a), le opere di autori viventi o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni.

<sup>63</sup> Decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 - Articolo 4 *Nuove categorie di beni culturali* (Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, art. 148) 1. Beni non ricompresi nelle categorie elencate agli articoli 2 e 3 sono individuati dalla legge come beni culturali in quanto testimonianza avente valore di civiltà. Per un commento all'art. 4 del Testo Unico del 1999, v. G. PITRUZZELLA, *Sub art. 4*, in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali. Commento al testo unico approvato con il decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490*, Bologna, 2000, p. 38 ss. Osserva l'A. che «siamo in presenza di una specie di «norma di chiusura» del sistema di individuazione dei beni culturali che da una parte conferma come le singole specie di beni culturali devono essere espressamente individuate da una norma di legge, dall'altro lato consacra, ove ce ne fosse ancora bisogno, il definitivo tramonto della concezione estetizzante dei beni culturali a favore di una più ampia visione degli stessi e delle politiche pubbliche che li riguardano». In senso conforme, *cf.* M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, cit., p. 106, secondo cui «l'art. 4...norma di chiusura, inserita in extremis al corpo del Testo unico, che lascia spazio a un futuro ampliamento della tipologia dei beni». Il riferimento, in tale ultima citazione, va al fatto che la disposizione in esame non faceva parte del testo inviato per il parere al Consiglio di Stato (parere reso l' 11 marzo 1999 sul T.U. in Ad. Gen., n. 33/99) ed alle competenti Commissioni parlamentari. Sul punto, ancora G. PITRUZZELLA, *Sub art. 4*, in cit., p. 38.

<sup>64</sup> G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali ed ambientali*, Milano, 2000, p. 10.

culturali immateriali, e lasciando a Regioni e Comuni di proteggere a loro modo i beni culturali minori».

La novità più rilevante<sup>65</sup> consisterebbe, tuttavia, nell'inclusione nell'elenco di nuove specie di beni culturali introdotte da leggi speciali successive alla legge n. 1089 del 1939. Il Testo Unico del 1999, dunque, da questo punto di vista, «fornisce un contenuto immediato e concreto alla possibilità astratta prevista dalla clausola generale dell'articolo 4»<sup>66</sup>. Mentre l'inserimento dell'articolo 3<sup>67</sup>, rubricato significativamente "Categorie speciali di beni culturali", «può considerarsi una conseguenza del criterio scelto ai fini dell'individuazione dei beni culturali, e cioè quello secondo cui tutte le volte in cui si ravvisa l'esistenza di una norma che tutela in qualsiasi modo un determinato bene, in ragione del suo valore storico, artistico, archeologico, ecc. si è in presenza di un bene culturale»<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> v. P. CARPENTIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione* (Nota di commento a Corte Costituzionale 28 marzo 2003, n. 94), in *Urbanistica e Appalti*, n. 9/2003 e reperibile sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> Decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 - Articolo 3 *Categorie speciali di beni culturali* (Legge 1 giugno 1939, n. 1089, art. 13; legge 28 marzo 1991, n. 112, art. 3, comma 13; decreto legge 9 dicembre 1986, n. 832, art. 4-bis aggiunto dalla legge di conversione con modifiche 6 febbraio 1987, n. 15; legge 30 marzo 1998, n. 88, all. A) 1. Indipendentemente dalla loro inclusione nelle categorie elencate all'articolo 2, sono altresì beni culturali ai fini delle specifiche disposizioni di questo Titolo che li riguardano: a) gli affreschi, gli stemmi, i graffiti, le lapidi, le iscrizioni, i tabernacoli e gli altri ornamenti di edifici, esposti o non alla pubblica vista; b) gli studi d'artista definiti nell'articolo 52; c) le aree pubbliche, aventi valore archeologico, storico, artistico e ambientale, individuate a norma dell'articolo 53; d) le fotografie e gli esemplari delle opere cinematografiche, audiovisive o sequenze di immagini in movimento o comunque registrate, nonché le documentazioni di manifestazioni sonore o verbali comunque registrate, la cui produzione risalga ad oltre venticinque anni; e) i mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni; f) i beni e gli strumenti di interesse per la storia della scienza e della tecnica aventi più di cinquanta anni.

<sup>68</sup> Così, G. PITRUZZELLA, *Sub art. 3*, in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali. Commento al testo unico approvato con il decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490*, Bologna, 2000, p. 37 ss.



La nozione di «bene culturale» è attualmente desumibile dall'art. 2, comma 2, e dagli artt. 10 e 11 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i.<sup>69</sup>, recante il «Codice dei beni culturali e del paesaggio ai sensi dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137».

Questo testo, meglio noto come «Codice dei beni culturali e del paesaggio», abroga espressamente (v. art. 184) e sostituisce il Testo Unico del 1999.

Il nuovo Codice dei beni culturali riprende in gran parte la normativa del Testo unico, ma vi aggiunge alcuni elementi innovativi, in forza di una delega questa volta più ampia, non semplicemente limitata alla riorganizzazione della disciplina vigente, ma volta a "codificare" la materia stessa.

In generale, nello schema predisposto dal Codice dei beni culturali ed ambientali, i beni culturali, insieme ai beni paesaggistici, compongono il «patrimonio culturale»<sup>70</sup> e sono soggetti alla disciplina della parte seconda del Codice o di sue specifiche disposizioni (cfr. art. 10, comma 5<sup>71</sup>, e art. 11<sup>72</sup>).

---

<sup>69</sup> Queste le principali s.m.i.: Legge 15 dicembre 2004, n. 308 "Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione"; Decreto Legislativo 24 marzo 2006, n. 156 "Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali"; Decreto Legislativo 24 marzo 2006, n. 157 "Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio"; Decreto Legislativo 26 marzo 2008, n.62 "Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali"; Decreto Legislativo 26 marzo 2008, n. 63, "Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio"; Decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207 "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti" (art. 38); Decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78 "Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali." (art. 23, comma 6).

<sup>70</sup>Art. 2 - *Patrimonio culturale* (d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) - 1. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. 2. Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà. 3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge. 4. I beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla

In particolare, ad occuparsi dei «beni culturali» è l'art. 10 del Codice, che offre una distinzione tra beni di appartenenza pubblica<sup>73</sup> e beni di appartenenza privata<sup>74</sup>.

---

fruizione della collettività, compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela. Sulla definizione di "bene culturale" fornita oggi dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, v. A. BARTOLINI, (voce) *Beni culturali (dir. amm.)*, in cit., p. 95 ss, secondo cui: «questa definizione, nel sancire l'abbandono, dal punto di vista lessicale, dell'enunciato "cose d'arte", porta con sé, peraltro, una serie di problematiche di non poco momento, quali la natura giuridica di tali beni, l'unitarietà o la frammentazione della fattispecie la materialità o l'immaterialità dei medesimi, i rapporti con la nozione fatta propria dall'ordinamento europeo ed internazionale».

<sup>71</sup> Art. 10, comma 5 (d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), *Beni culturali* - Salvo quanto disposto dagli articoli 64 e 178, non sono soggette alla disciplina del presente Titolo le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettere a) ed e), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni.

<sup>72</sup> Art. 11, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 - *Cose oggetto di specifiche disposizioni di tutela* - 1. Sono assoggettate alle disposizioni espressamente richiamate le seguenti tipologie di cose: (comma così modificato dall'articolo 2 del d.lgs. n. 62 del 2008) a) gli affreschi, gli stemmi, i graffiti, le lapidi, le iscrizioni, i tabernacoli ed altri elementi decorativi di edifici, esposti o non alla pubblica vista, di cui all'articolo 50, comma 1; (lettera così modificata dall'articolo 2 del d.lgs. n. 156 del 2006) b) gli studi d'artista, di cui all'articolo 51; c) le aree pubbliche di cui all'articolo 52; d) le opere di pittura, di scultura, di grafica e qualsiasi oggetto d'arte di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni, a termini degli articoli 64 e 65; e) le opere dell'architettura contemporanea di particolare valore artistico, a termini dell'articolo 37; f) le fotografie, con relativi negativi e matrici, gli esemplari di opere cinematografiche, audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, le documentazioni di manifestazioni, sonore o verbali, comunque realizzate, la cui produzione risalga ad oltre venticinque anni, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera c); g) i mezzi di trasporto aventi più di settantacinque anni, a termini degli articoli 65, comma 3, lettera c), e 67, comma 2; h) i beni e gli strumenti di interesse per la storia della scienza e della tecnica aventi più di cinquanta anni, a termini dell'articolo 65, comma 3, lettera c); i) le vestigia individuate dalla vigente normativa in materia di tutela del patrimonio storico della Prima guerra mondiale, di cui all'articolo 50, comma 2. 1-bis. Per le cose di cui al comma 1, resta ferma l'applicabilità delle disposizioni di cui agli articoli 12 e 13, qualora sussistano i presupposti e le condizioni stabiliti dall'articolo 10. (comma introdotto dall'articolo 2 del d.lgs. n. 62 del 2008).

<sup>73</sup> Art. 10 (Beni culturali), commi 1-2: 1. Sono beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. (comma così modificato dall'articolo 2 del d.lgs. n. 62 del 2008). 2. Sono inoltre beni culturali: a) le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico; b) gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico; c) le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte che assolvono alle funzioni

Tale distinzione, operata sulla base dell'appartenenza soggettiva, va a riflettersi sia sulle modalità di tutela dei beni stessi<sup>75</sup> sia, sul piano sostanziale, secondo un criterio di discriminazione già presente nella legislazione previgente.

I beni culturali, infatti, per assumere una certa rilevanza giuridica devono essere riconosciuti come tali dall'ordinamento, avendo cura di distinguere tra

---

delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616. (lettera così modificata dall'articolo 2 del d.lgs. n. 156 del 2006 poi dall'articolo 2 del d.lgs. n. 62 del 2008).

<sup>74</sup> Art. 10 (Beni culturali), comma 3: Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13: a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1; b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante; c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale; d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose; (lettera così modificata dall'articolo 2 del d.lgs. n. 62 del 2008) e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricomprese fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestano come complesso un eccezionale interesse. (lettera così modificata dall'articolo 2 del d.lgs. n. 156 del 2006 poi dall'articolo 2 del d.lgs. n. 62 del 2008).

<sup>75</sup> Cfr. G. PASTORI, *I beni culturali (art. 10)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*): «La distinzione fra categorie di beni secondo la loro appartenenza soggettiva si rispecchia poi anche se non del tutto perfettamente sulle modalità di tutela relative». Infatti, «mentre per i beni di appartenenza pubblica si deve "verificare" solo la presenza di un semplice interesse culturale sotto i diversi profili indicati, nel caso dei beni di appartenenza privata si fa riferimento sempre a un interesse di grado maggiormente elevato, indicato con varie denominazione come "particolarmente importante" o come "eccezionale", sebbene poi il comma 4 nel riferirsi anche ai beni di appartenenza privata di cui al comma 3 lett. a) si limiti a parlare di interesse non qualificato o al più a caratteri di rarità e di pregio dei singoli beni. Ne emerge in ogni caso una notevole differenziazione a seconda dell'appartenenza del bene nell'intensità dell'interesse richiesto per farne oggetto di tutela. Il che sembra impedire una considerazione unitaria dei beni culturali da un punto di vista oggettivo, dal punto di vista della loro inerenza a un interesse culturale sussistente in misura eguale a prescindere dall'appartenenza soggettiva, e sembra riflettere invece la diversa intensità delle modalità di tutela e di valorizzazione che lo stesso art. 1 sembra evocare distinguendo il diverso ruolo dei soggetti pubblici e privati al riguardo».

beni appartenenti a soggetti pubblici, beni appartenenti a persone giuridiche private senza fine di lucro e beni appartenenti a soggetti privati.<sup>76</sup>

Orbene, per i beni appartenenti ai soggetti pubblici (art. 10 d. lgs. n. 42/2004) non v'è alcun bisogno di una dichiarazione espressa in tal senso in quanto, per essi, vige la presunzione di interesse culturale, per limitare l'estensione della quale nel Codice è stato introdotto l'istituto della verifica<sup>77</sup> dell'interesse culturale<sup>78</sup>.

Per quanto riguarda, invece, le cose appartenenti ai privati, esse devono essere espressamente dichiarate come beni culturali dal Ministero competente<sup>79</sup>.

A queste si aggiungono alcune categorie di cose che, a chiunque appartenenti, necessitano comunque, per essere riconosciute come beni culturali, di apposita dichiarazione.

In definitiva, dovendo riconoscere la qualità che caratterizza il bene culturale è quella che risiede nel suo essere insieme «testimonianza» e «promozione» di una funzione culturale, da intendersi come «godimento pubblico»<sup>80</sup> del valore espresso dai beni culturali. Dunque, un bene culturale non può non essere “accessibile”, pena il proprio snaturamento<sup>81</sup>. Ma un bene culturale è

---

<sup>76</sup> L. CASINI, (voce) *Beni culturali (dir. amm.)*, in cit., p. 681.

<sup>77</sup> Art. 12 del Codice beni culturali e del paesaggio.

<sup>78</sup> L. CASINI, *Op. cit.*, p. 681, afferma infatti che «se si considera, poi, che dalla categoria dei beni culturali sono escluse le cose che «siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni» (art. 10, co. 5, d. lgs. n. 42/2004), ne deriva che tutti gli edifici pubblici costruiti prima di cinquanta anni fa apparterebbero al patrimonio culturale».

<sup>79</sup> Art.14 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

<sup>80</sup> Cfr. T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, cit., p. 417 ss. In particolare (a p. 422), si afferma che «può parlarsi di godimento pubblico di questi beni soltanto in un senso del tutto speciale: non si tratta infatti della facoltà di trarre dal bene delle utilità *latu sensu* economiche, bensì una particolare fruizione della cosa nei valori ideali che essa esprime».

<sup>81</sup> T. ALIBRANDI – P. FERRI, *Op. cit.*, p. 422: «l'accesso del pubblico ai beni culturali rappresenta perciò il necessario completamento del momento conservativo, solo così potendosi realizzare a pieno la loro capacità di essere strumenti di elevazione culturale».

“accessibile” in presenza di quel «connubio necessitato e permanente»<sup>82</sup> tra la pubblicità dei beni culturali (che si costituisce solo quando l'amministrazione acquisisce il bene al Patrimonio della Nazione/demanio culturale)<sup>83</sup> e la loro «fruizione collettiva», per consentire la promozione dello sviluppo umano attraverso la cultura di cui i beni in parola sono portatori. E' questo che fa del bene culturale un bene di interesse pubblico, il che si riconnette alla sfera di «fruizione» del bene stesso.

## 2. *Il bene culturale: caratteri e «fruizione».*

L'espressione «bene culturale», è l'effetto di «un'endiadi scomponibile in due polarità»<sup>84</sup>, in cui l'attributo "culturale" determina una connotazione rivolta ad un interesse pubblico, mentre è “bene” tutto ciò che può formare oggetto di diritti<sup>85</sup>.

La dottrina tradizionale ritiene, tuttavia, che il bene culturale non sia «bene materiale, ma immateriale», in quanto l'essere *testimonianza avente valore di civiltà* è di per sé «entità immateriale, che inerisce ad una o più entità materiali, ma giuridicamente è da queste distinte, nel senso che esse sono

---

<sup>82</sup> Così, L. DEGRASSI, *La fruizione dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e Istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, p. 145 ss.

<sup>83</sup> In questo senso, v. M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, cit., p. 111 ss.

<sup>84</sup> L'espressione è ripresa da A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale*, in *Aedon*, n. 1/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>85</sup> Secondo il dettato dell'art. 810 del Codice civile. Per un generale approfondimento sui beni pubblici, v. F. G. COCA, *Beni pubblici e modificazioni soggettive degli enti pubblici proprietari*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 103 ss.; C. FRANCHINI, *L'organizzazione statale per la gestione dei beni pubblici*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 115 ss.; R. URSI, *Il patrimonio delle società a capitale pubblico*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 131 ss.; F. CINTIOLI, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 143 ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008. Tradizionalmente, v. M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963.

supporto fisico ma non bene giuridico»<sup>86</sup>. E «quando in un ordinamento statale positivo esiste la categoria dei beni culturali, è al valore culturale che si fa riferimento, non a quello patrimoniale»<sup>87</sup>: infatti, essendo i beni culturali appartenenti al Patrimonio della Nazione, sono per ciò stesso «pubblici» ed, in quanto tali, «vanno difesi». In generale, dunque, è ancora valido l'autorevole giudizio secondo il quale «il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione»<sup>88</sup>.

Infatti, prescindendo dalla titolarità patrimoniale<sup>89</sup> della “cosa”, la quale può essere sia pubblica sia privata, ciò che interessa allo Stato, nell'esercizio delle sue «potestà»<sup>90</sup>, è che il bene culturale sia, appunto, «fruibile».

---

<sup>86</sup> Così, M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in cit., p. 26 ss. L'A. aggiunge, ad ulteriore specificazione che: «il carattere immateriale del bene culturale è sempre individuabile (...) in quanto bene culturale, la cosa è di per sé testimonianza avente valore di civiltà, mentre in quanto bene patrimoniale può addirittura non esistere... si può constatare come non vi sia corrispondenza univoca tra valore culturale e valore commerciale della cosa». In senso critico, v. T. ALIBRANDI, (voce) *Beni culturali: I) Beni culturali e ambientali*, in cit., pp. 1-5, il quale, rispetto alla impostazione gianniniana del bene culturale scisso in parte materiale ed immateriale, avverte (a p. 4) che mentre «per le opere di ingegno o le invenzioni industriali ben netta è la contrapposizione tra creazione intellettuale (*corpus mysticum*) e sua materiale estrinsecazione (*corpus mechanicum*)... tutto ciò non è verificabile per i beni culturali, la cui identità è connessa ad un valore ideale che risulta profondamente compenetrato nell'elemento materiale. Nell'opera d'arte, come in ogni altra cosa in cui si riconosce un valore culturale che giustifica la soggezione della cosa allo speciale regime di tutela, il profilo ideale che è oggetto di protezione si è talmente impadronito della materia in cui si esprime da restarne definitivamente prigioniero, così che esso si pone come oggetto di protezione giuridica inscindibilmente dalla cosa che lo racchiude».

<sup>87</sup> M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in cit., p. 28 ss.

<sup>88</sup> *Ivi*, p. 31 ss.

<sup>89</sup> Afferma a tal proposito M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 31 ss., che «il bene culturale sembra non avere un «proprietario» in senso proprio..».

<sup>90</sup> M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 20 ss, afferma: «se l'appartenenza dei beni culturali può variare, la funzione è sempre unica, ed unitarie sono le potestà statali di fondo nelle quali si esprime la sostanza della funzione, ossia le potestà di tutela e di valorizzazione». Osservano, sul punto, M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, cit., p. 106 ss: «qualunque sistema di tutela deve fare i conti con la specifica funzione alla quale assolvono i beni culturali: insomma, con la loro funzione culturale, che ne giustifica una ricostruzione unitaria, pur nella diversità delle singole espressioni».

Definire il concetto stesso di «fruizione» è, di per sé, esercizio piuttosto complesso se non fosse che pure nella dottrina più recente<sup>91</sup> v'è chi si è cimentato nell'arduo compito.

Così come, a metà degli anni Settanta, già Massimo Severo Giannini<sup>92</sup> si era misurato con la «fruizione», risaltando però la differenza tra «fruizione» del bene culturale e la sua «fruibilità», sebbene considerate entrambe due fogge ugualmente afferenti alla categoria del bene culturale.

Così, mentre la «fruizione» attiene, secondo Giannini, alla “volontarietà dell'azione” esercitabile nei confronti del bene culturale (ad es.: voglio o non voglio fruire di un bene culturale), la «fruibilità» risulta essere piuttosto un “obbligo pendente in capo allo Stato”, che è tenuto a garantire la «fruibilità universale»<sup>93</sup> rispetto alla effettiva fruizione del bene stesso.

La «fruibilità» del bene culturale, dunque, quale effetto di un “dovere” dei pubblici poteri, il cui scopo permanente è di soddisfare quel «pubblico interesse», quale ulteriore tratto tipizzante la categoria dei beni culturali<sup>94</sup>.

Diverse sono, in effetti, le “cose” che afferiscono alla categoria qui in esame, ma pur nella loro eterogeneità, ad accomunarne i caratteri vi è proprio

---

<sup>91</sup> Sul concetto di fruizione, tra gli altri, v. T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, cit., p. 417 ss.; L. DEGRASSI, *La fruizione dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e Istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, p. 137 ss. In senso difforme, M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, n. 2/2007 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>92</sup> M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in cit., p. 30 ss.

<sup>93</sup> M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 32 ss. In particolare, afferma il Giannini che «Fruibilità significa obbligo di permettere la fruizione, e quando all'obbligo si è adempiuto, il potere pubblico è in regola; le attività promozionali o gli incentivi alla fruizione sono infatti, giuridicamente, attività volontarie e non invece necessarie, come quelle attinenti alla fruibilità. In questo senso il bene culturale è pubblico».

<sup>94</sup> M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 23 ss. In particolare l'A., relativamente agli elementi che accomunano beni culturali, sostiene che certamente il “pregio” costituisce un profilo che accomuna i beni culturali, ma poiché le norme non parlano mai di pregio quanto piuttosto di “interesse”, ciò vuol dire che sarà questo l'elemento comune dei beni culturali. Questo spiega, secondo Giannini, come ogni entità che abbia valore culturale ricada nella legislazione dei beni culturali. Da qui l'eterogeneità della categoria.

l'«interesse pubblico», quindi un interesse di tipo “oggettivo”, che si fa ancora una volta ambasciatore di un valore tipico del bene culturale che è, per l'appunto, l' «essere testimonianza avente valore di civiltà».

Questo spiega come ogni “entità” che possieda un valore culturale ricada nella legislazione dei beni culturali.<sup>95</sup> Il che, ovviamente, presuppone pur sempre quel «giudizio valutativo»<sup>96</sup> che trova la sua giusta collocazione nell'attività procedimentale, finalizzata in quanto tale all'assunzione di un atto finale rappresentato dalla «dichiarazione dell'interesse culturale»<sup>97</sup>, di cui si faceva menzione già in precedenza.

E' lo Stato, dunque, ad esercitare sulla “cosa” delle potestà che non riguardano la sua utilizzabilità dal punto di vista patrimoniale, quanto, piuttosto, la «conservazione alla cultura e la fruibilità nell'universo culturale»<sup>98</sup>.

Posta in questi termini, la «fruibilità» sembrerebbe coincidere, pressoché con quello che oggi si intende per «tutela»: infatti, la conservazione, che prima dell'avvento del Codice dei beni culturali ed ambientali apparteneva anche alla «valorizzazione» (sia pure come «miglioramento delle condizioni di conservazione»), oggi viene ascritta *in toto* alla tutela (ex. art. 3, comma 1, d.

---

<sup>95</sup> M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 22.

<sup>96</sup> M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 15, afferma in proposito che: «occorre sia chiaro che l'identificazione del bene culturale comporta sempre un giudizio valutativo...l'atto con cui si dichiara che una cosa ha valore artistico si fonda su un'istruttoria procedimentale che culmina con un giudizio valutativo».

<sup>97</sup> M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 17 ss, a seguire, aggiunge: «in conclusione, il giudizio valutativo interviene per tutti i beni culturali, come momento di istruttoria procedimentale...il giudizio valutativo ha natura di giustificazione del provvedimento dichiarativo della qualità di bene culturale...la dottrina e la giurisprudenza parlano di «motivazione» ma erroneamente perché il giudizio vale come indicazione del presupposto del provvedimento...non può essere motivazione, perché la dichiarazione di bene culturale non comporta alcuna ponderazione comparativa di interessi: non vi sono, in altre parole, motivi per i quali possa essere opportuno più o meno dichiarare una cosa bene culturale. Se essa lo è, occorre solo enunciare perché lo è, e ciò presuppone solo un giudizio valutativo, di discrezionalità non amministrativa».

<sup>98</sup> M. S. GIANNINI, *Op. cit.*, p. 26.



lgs. n. 42/2004).<sup>99</sup> Eppure, nel secondo periodo del comma 1 dell'art. 6 (d. lgs. n. 42/2004) si è pure precisato<sup>100</sup> che la «valorizzazione» «comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale». Questa disposizione, evidentemente, pone la questione, oltre che su di un piano contenutistico e lessicale, sul piano funzionale inerente le due «materie-attività»<sup>101</sup>; ci si chiede, infatti, a questo punto se il carattere della «fruibilità» del bene culturale afferisca al piano della «tutela» oppure a quello della «valorizzazione».

Parte della dottrina più recente pare risolvere la questione offrendo sinteticamente la formula secondo la quale la «fruizione» sarebbe «il fine della sola valorizzazione e non già della tutela»<sup>102</sup>, in quanto «fine ultimo di ogni funzione-attività che il legislatore consente di svolgere attorno ai beni culturali». Si ritiene, infatti, che «non ha senso legare materialmente la «fruizione» alla tutela che vive invece di vita autonoma, essendo, almeno nei casi configgenti, sempre preminente».

Pertanto, stante questo orientamento, la «fruizione» si pone come «tratto distintivo» della valorizzazione, costituendone parte integrante, in quanto entrambe sono «debitrici» di una funzione unitaria qual è quella culturale.

---

<sup>99</sup> Cfr. P. CARPENTIERI, *Fruizione, valorizzazione, gestione dei beni culturali*, Relazione tenuta al Convegno tenutosi a Terracina il 26 giugno 2004 sul tema: "Il nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio. Prospettive applicative", ora in [www.avvocatiamministrativisti.it](http://www.avvocatiamministrativisti.it)

<sup>100</sup> Tale aggiunta è avvenuta a seguito dell'intervento della Conferenza Unificata Stato-Regioni, Città ed Autonomie locali del 10 dicembre 2003, secondo quanto specificato da P. CARPENTIERI, *Fruizione, valorizzazione, gestione dei beni culturali*, in cit.

<sup>101</sup> Corte costituzionale, sentenza del 19 dicembre 2003- 20 gennaio 2004, n. 26 (parla di "materie-attività" al punto 3 del Considerato in diritto riferendosi alla tutela, alla valorizzazione e alla gestione).

<sup>102</sup> Così, L. DEGRASSI, *La fruizione dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, in Cit., p. 143; nello stesso senso, G. SCIULLO, *Le Funzioni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 62, il quale afferma che «la fruizione resta, sul piano sistematico, solo un aspetto della valorizzazione, più esattamente una finalità che questa deve perseguire e uno degli ambiti della disciplina relativa a detta funzione».

In particolare: la «fruizione» rileva, rispetto a tale funzione, per ciò che concerne i “fini” da raggiungere con la valorizzazione; dal canto suo, invece, la «valorizzazione» rileva rispetto alla medesima funzione per ciò che concerne i “mezzi” attraverso i quali garantire la fruizione del bene culturale. Questa posizione troverebbe conforto anche nella sistematica stessa del Codice dei beni culturali ed ambientali, che scinde «saggiamente»<sup>103</sup> la “fruizione” dalla “valorizzazione” dal momento che «la disciplina della funzione-attività valorizzazione consta di due profili: quello culturale, rappresentato dal fine (fruizione) e quello economico, rappresentato dai relativi mezzi per conseguirlo (organizzazione-gestione)»<sup>104</sup>.

Tuttavia questa elaborazione teorica, seppur consente di enucleare ulteriori considerazioni di fondo sul metodo che oggi si sviluppa in materia di beni culturali<sup>105</sup>, dall’altro necessita di evidenti, ulteriori approfondimenti proprio sul versante delle due principali funzioni-attività della «valorizzazione» e della «tutela» del bene culturale, la cui netta scissione, originariamente

---

<sup>103</sup> Sul punto afferma L. DEGRASSI, *La fruizione dei beni culturali nell’ordinamento italiano e comunitario*, in cit., p. 149, che «tale scissione ha indotto a pensare che questa fosse la prova che si trattasse di attività diverse con percorsi istituzionali loro propri». A tal proposito, richiama in nota la singolare posizione di M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, n. 2/2007 (Rivista di arti e diritto *on line*), il quale, in particolare (pag. 5), ritiene che la valorizzazione «consisterebbe nella regolazione e nella gestione dei beni e delle reti culturali» e la «fruizione» costituirebbe la «gestione del servizio pubblico culturale in senso stretto».

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> Per una recente opinione sull’incidenza della fruizione sulla politica dei beni culturali, v. S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in cit., p. 781 ss, il quale, muovendo da rapide considerazioni sulla evoluzione della nozione di beni culturali, evidenzia come siano da tempo in atto alcune tendenze sociali (tra le quali la domanda crescente di fruizione di beni culturali, l’ampliamento della disciplina all’ambiente e al paesaggio, nonché la globalizzazione), in grado di incidere incisivamente in materia. In particolare, è la domanda di fruizione, incrementata dall’aumento del livello culturale dei cittadini e dalla loro accresciuta mobilità, a terminare sui beni culturali una pressione tanto forte da, addirittura, favorire – sulla nozione stessa di bene culturale, intesa come valore a vocazione pubblica – una «torsione» rispetto al passato «perché il fine della fruibilità deve essere sottoposto a limiti». Pena, il deterioramento dei beni stessi, che pertanto necessitano di una politica di difesa e di programmazione.

introdotta dal d. lgs. n. 112 del 1998 e poi amplificata con la Riforma costituzionale del 2001, è stata largamente criticata da ampia parte della dottrina<sup>106</sup>, in quanto ritenuta una forzatura su «un'inscindibile endiadi»<sup>107</sup>.

### 3. *Le funzioni: tutela e valorizzazione.*

Quando si parla di «tutela» e di «valorizzazione» si intende fare riferimento alle due funzioni<sup>108</sup> che rappresentano quei complessi di attività che le amministrazioni pubbliche espletano in materia di beni culturali.<sup>109</sup>

E' innanzitutto la Costituzione a richiamare, all'art. 9, comma 1, la promozione della cultura e, al comma 2, la tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, oltre che del paesaggio, così definendo i contorni della conservazione del patrimonio culturale come presupposto fondamentale per la realizzazione delle finalità culturali proprie dell'ordinamento repubblicano.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> v. G. SEVERINI, *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 5-2004, p. 472 ss. Cfr. P. CARPENIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione*, in cit. L'A., commentando la sentenza della Corte costituzionale del 28 marzo 2003, n. 94, definisce come "ardua" la distinzione tra la "tutela" e la "valorizzazione", considerato il fatto "evidente" che «la "tutela" dei beni culturali, da un lato, e la "valorizzazione" degli stessi, dall'altro, non costituiscono due "materie" distinte, ma, al più, diverse funzioni amministrative, entrambe senz'altro riconducibili a un'unica materia, che è quella dei beni culturali».

<sup>107</sup> Così, P. CARPENIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>108</sup> Sul punto, cfr. L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, III, 2001, p. 651 ss, il quale afferma che «a fronte della progressiva estensione dell'attività di valorizzazione, si deve però riscontrare che non vi è stato un approfondimento scientifico volto a riconoscerla come funzione amministrativa». In particolare, l'A. ritiene che la valorizzazione si possa far rientrare tra i «compiti del benessere, propri del Welfare State», quale «attività oggettivamente pubblica», ponendosi all'intersezione tra le «attività suppletive di settori carenziali» e le «attività eccedenti la dimensione privata».

<sup>109</sup> G. SCIULLO, *Le Funzioni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 53 ss.

<sup>110</sup> A. L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, pp. 341-392.

Si tratta di due funzioni che intervengono nell'ambito della materia dei beni culturali, seppure con differenti finalità.

In via generale è possibile constatare come, nella vigente legislazione, i termini "tutela", "gestione" e "valorizzazione" dei beni culturali si ritrovano costantemente, ma senza una precisa definizione in quanto si rinvia implicitamente al senso che tali termini assumono nelle problematiche di settore e nelle relative scienze<sup>111</sup>.

Ma dal momento che il problema circa la definizione delle espressioni "tutela" e "valorizzazione" dei beni culturali è diventata, oggi, centrale e di grande importanza, perché è proprio sulla distinzione tra tali concetti che si basano i criteri di riparto delle attribuzioni, non solo normative (legislative e parallelamente regolamentari), ma anche amministrative, dei diversi livelli istituzionali nella materia dei beni culturali<sup>112</sup>, è stata proprio la Corte costituzionale a fornire delle indicazioni in merito.

In una delle sue prime pronunce<sup>113</sup> relative alla suddetta distinzione, intervenuta a seguito della Riforma costituzionale del 2001, la Consulta ha delineato «nette differenze» tra le due funzioni: mentre la *tutela* «è diretta principalmente ad impedire che il bene possa degradarsi nella sua struttura fisica e quindi nel suo contenuto culturale; ed è significativo che la prima attività in cui si sostanzia la tutela è quella di riconoscere il bene culturale come tale»; la *valorizzazione*, invece, «è diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest'ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione ed ai modi di questa»<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> M. AINIS, *Il decentramento possibile*, in *Aedon* n.1/1998, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>112</sup> R. MARZOCCA, *La distinzione tra "tutela e valorizzazione" dei beni culturali, dopo la riforma del titolo V parte II della Costituzione*, Pubblicato su [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it) il 21/11/2005.

<sup>113</sup> Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 9 (punto 7 del considerato in diritto).

<sup>114</sup> *Ibidem*.

La Corte costituzionale in occasione della suddetta pronuncia ha altresì ricordato, come d'altro canto aveva già fatto in precedenza<sup>115</sup>, che «il quadro complessivo della disciplina dei beni culturali va ricostruito sulla base di molteplici dati normativi, eterogenei per il loro contesto specifico e per il rango della fonte».

Sicché, dalle argomentazioni della Corte, si evince che la distinzione tra tutela e valorizzazione (a seguito della riforma costituzionale del 2001) altro non è se non il riflesso di quanto già stabilito nel decreto legislativo n. 112 del 1998, meritevole – sempre secondo la Consulta – di aver già tracciato a suo tempo le linee direttrici per la suddetta distinzione negli articoli 148, 149, 150 e 152<sup>116</sup>.

### 3.1 (segue) *Nella Costituzione.*

Soffermandoci per un istante sulla Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n.3<sup>117</sup>, recante «Modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione», è possibile constatare come essa abbia mutato sostanzialmente l'architettura originaria dell'impianto nazionale, sovvertendo i tradizionali rapporti tra centro e periferia.

---

<sup>115</sup> Già nella sentenza 26 marzo 2003, n. 94 (punto 4.1 del considerato in diritto), infatti, la Corte costituzionale ebbe modo di sottolineare che: «La distinzione fra tutela e valorizzazione dei beni culturali può essere desunta dalla legislazione vigente ed in particolare dagli articoli 148, 149 e 152 del decreto legislativo 11 marzo 1998, n. 112 (“Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59”) e dal decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali a norma dell’art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352)».

<sup>116</sup> Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 9 (punto 6 del considerato in diritto).

<sup>117</sup> Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001. Il testo era stato approvato in seconda deliberazione dal Senato della Repubblica l'8 marzo 2001, a maggioranza dei suoi componenti, e sottoposto a referendum confermativo, con esito positivo, il 7 ottobre 2001.

La Costituzione del 1948, infatti, disegnava un ordinamento su base regionale, retto da un assetto di tipo gerarchico che vedeva nello Stato il destinatario in via generale di tutte le competenze.

Con la riforma del 2001 e con l'introduzione, in Costituzione, del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.) quale mezzo «per favorire l'articolazione democratica dello Stato e dei livelli di potere»<sup>118</sup>, il nostro ordinamento è, invece, stato assimilato a quello degli Stati federali, caratterizzati dall'attribuzione delle competenze in via generale al governo territoriale più vicino ai cittadini. Nel nostro caso, il Comune.

Il percorso seguito dal nostro Paese a partire dalla riforma costituzionale in poi, va dunque nella direzione di una democrazia «pluralista», dove tutti i soggetti dell'ordinamento devono adoperarsi per il bene comune.

Il legislatore italiano, così, ha inteso ridisegnare l'amministrazione in maniera tale da renderla più vicina al cittadino; un'amministrazione che - «anima emergente dello Stato pluralista e della nuova democrazia»<sup>119</sup> - infondesse nuova vita all'articolo 5<sup>120</sup> della Costituzione, lungamente assopito a causa di un modello di Stato fortemente accentrato e che, nel 1948, era determinato dalla necessità di assicurare una tenuta politica del Paese di fronte alle forti spinte autonomiste che da più parti premevano.

E' soprattutto l'attività normativa<sup>121</sup> che, dagli anni '90 in poi, ha cercato di avvicinarsi sempre più al cittadino, determinando il passaggio da una

---

<sup>118</sup> Sul tema, v. A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003., pag. 156 ss

<sup>119</sup> G. BERTI - G. C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Luiss, 2002, 333 ss.

<sup>120</sup> Art. 5 Cost.: «La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento».

<sup>121</sup> In questi anni si perseguono gli obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità (d. lgs. n. 29/93), si valorizzano gli enti locali (l. n. 142/90), si avvicina il cittadino all'amministrazione

amministrazione produttrice di atti ad una amministrazione erogatrice di servizi.

In questo contesto riformatore e di rinnovazione della pubblica amministrazione si è inserito il nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione che ha sviluppato i principi solo parzialmente raggiunti con la legge c.d. «Bassanini»<sup>122</sup>, quale più profondo intervento riformatore a Costituzione invariata<sup>123</sup>.

E' anche per questo motivo che la revisione in questione costituisce il più imponente intervento riformatore sinora avutosi, a livello nazionale, dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana<sup>124</sup>.

In passato, alla luce dell'impostazione tradizionale preliminarmente accennata, avveniva frequentemente che, all'interno del dettato costituzionale, la nozione di «Repubblica» coincidesse con quella di «Stato»<sup>125</sup>; una lettura restrittiva che veniva operata naturalmente anche in

---

nella fase del procedimento (l. 7 agosto 1990, n. 241) al fine di avviare una cooperazione attiva degli stessi, sia per avere un quadro completo degli interessi in gioco, che al fine di evitare futuri contenziosi, grazie ad una preventiva adesione al provvedimento. In via generale, su questi temi, cfr. F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, ed. II, Torino, 2011; V. CERULLI-IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006; E. CASETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, ed. IV, Milano, 2004.

<sup>122</sup> La devoluzione di poteri e competenze attuata con le "leggi Bassanini" ha così in profondità modificato i rapporti tra lo Stato, le Regioni e gli Enti Locali, da suscitare un ampio dibattito sulla sua compatibilità con la Costituzione del 1948 che agli articoli 5 e 128 della Costituzione, riconosceva e poneva le condizioni per il decentramento amministrativo. Si poneva pertanto la necessità di "portare" in Costituzione la riforma, giustamente definita "federalismo amministrativo a Costituzione invariata".

<sup>123</sup> Per una ricostruzione generale, di recente, S. MANGIAMELI, *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme*, ottobre 2012, in *Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie "Massimo Severo Giannini"*, reperibile al sito [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>124</sup> Sul dibattito relativo ad una possibile nuova riforma del Titolo V della Costituzione, cfr. L. SALTARI, *Tutti contro il Titolo V, ma serve davvero cambiarlo?*, 2014, su [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com)

<sup>125</sup> Sul punto, v. S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, XVII, p. 349 ss., secondo il quale nella formulazione del 1947 l'espressione "la Repubblica" utilizzata nella vecchia dizione dell'articolo 114, era un sinonimo, non già del concetto giustpubblicistico di Stato, né di rappresentazione del complesso costituito da Stato, articolazioni territoriali e formazioni sociali, ma molto più semplicemente di *territorio* della

riferimento al dettato di cui all'art. 9 Cost. e che comportava, perciò, una riserva di competenza esclusiva in capo allo Stato anche relativamente alla «tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione», con l'esclusione degli enti locali da qualsiasi attribuzione in materia di tutela.

A seguito della riforma del 2001, invece, il significato del termine «Repubblica» cambia e con esso si intende non più lo «Stato – persona», bensì lo «Stato - ordinamento» nelle sue diverse articolazioni.

E', in particolare, l'art. 114 Cost.<sup>126</sup>, a fornire la “carta d'identità” del nuovo sistema costituzionale delle autonomie territoriali, ponendo in un'ottica di pari dignità costituzionale lo Stato, le Regioni, le Province, le Città metropolitane e i Comuni.

Dunque, la diversa configurazione del nuovo testo dell'art. 114 Cost., svolgerebbe più coerentemente i principi supremi di unità, indivisibilità e autonomia dell'art. 5 della Costituzione, proprio perché lo Stato è considerato uno dei soggetti di cui si compone la Repubblica.

La riforma realizza, in sostanza, un sistema «policentrico»<sup>127</sup>, in cui tutti i soggetti operano nell'ordinamento nell'ambito delle loro competenze istituzionali.<sup>128</sup>

---

Repubblica. Di qui la chiara conseguenza che il territorio si ripartiva in Regioni, Province e Comuni.

<sup>126</sup> Art. 114, Cost.: «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento».

<sup>127</sup> F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso*, in *Le Regioni*, n.6/2001, p. 1153 ss.

<sup>128</sup> L'impostazione stessa del nuovo art. 114 Cost. trova conferma tanto nell'avvenuta trasformazione del criterio del parallelismo (già presente nel vecchio disegno organizzativo in relazione all'assetto delle funzioni amministrative, per la cui configurazione il Comune diviene, ora, il punto di partenza), quanto nell'inversione del criterio di attribuzione delle materie di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni (le quali risultano destinatarie di competenze legislative di carattere generale-residuale e non più soltanto enumerate), intervenuta col nuovo testo dell'art. 117 Cost.



Malgrado il nuovo impianto, però, e nonostante il decentramento di funzioni, lo Stato non ha perso il suo ruolo emergente rispetto alle altre articolazioni della Repubblica.

Evidenza di ciò ci viene offerta proprio sul versante specifico del settore dei beni e delle attività culturali, dove il legislatore costituente ha operato una distribuzione delle competenze non rispetto alla «materia (oggetto) a sé stante»<sup>129</sup>, ma rispetto alle attività che li possono riguardare, dividendole tra tutela e valorizzazione.

L'art. 117 Cost., infatti, a seguito della Riforma costituzionale del 2001 ha scisso la competenza legislativa in materia dei beni culturali in due: da un lato, la «tutela» (art. 117, 2° comma, Cost.), di competenze esclusiva dello Stato; dall'altro, la «valorizzazione» (art. 117, 3° comma, Cost.), di competenza concorrente Stato-Regioni.<sup>130</sup>

La conseguenza è che risulta divisa anche la potestà regolamentare, la quale, ai sensi dell'art. 117, comma 6, della Costituzione, spetta allo Stato nelle sole materie di legislazione esclusiva e salvo delega alle Regioni; per cui, in ogni altra materia, non espressamente attribuita allo Stato, quindi anche la valorizzazione, risulta potestà attribuita alle Regioni.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> C. BARBATI, *I soggetti*, in C. BARBATI, M. CAMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003, p. 108 ss.

<sup>130</sup> Sul punto, v. N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 256 ss. L'A. afferma che «l'effetto principale provocato dalla norma in esame è la scissione del nesso tra tutela e valorizzazione dei beni culturali, quanto a titolarità delle potestà sia legislativa che amministrativa e, quindi, ad esercizio delle relative funzioni. Mentre lo Stato conserva potestà legislativa e amministrativa esclusive in materia di tutela, esso, relativamente alla valorizzazione, dispone ora, a seguito della riforma costituzionale, dal punto di vista legislativo, solo del potere di dettare i principi fondamentali della materia e, dal punto di vista amministrativo, solo della titolarità di quei compiti per i quali, nell'ottica del nuovo art. 118, comma 1, Cost., possa essere predicata l'esigenza di esercizio unitario a livello nazionale».

<sup>131</sup> L'art. 117, comma 6, del nuovo testo introduce il principio del parallelismo flessibile per la competenza regolamentare dello Stato e delle Regioni (salva la potestà regolamentare di Comuni, Province e Città metropolitane in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle proprie funzioni), facendo corrispondere, in tal modo, alle materie di

Il nuovo art. 118 Cost., che fa invece riferimento alla ripartizione delle funzioni amministrative, sulla base del principio di sussidiarietà, al comma 3 indica una specifica disposizione circa la «tutela dei beni culturali»: si tratta di una materia alla quale si rinvia alla legge statale la disciplina delle «forma di coordinamento» tra lo Stato e le regioni e gli altri enti autonomi territoriali. Questo nuovo assetto dato dalla Costituzione, relativamente alla materia dei beni culturali, ha reso particolarmente pressanti due questioni: *a)* definire in maniera più incisiva le nozioni di «tutela» e «valorizzazione» ed il loro reciproco confine (infatti, come già asserito, a tali nozioni si accompagnano regimi giuridici costituzionalmente differenziati per quanto riguarda la titolarità e l'esercizio delle potestà legislative, regolamentare ed amministrativa) e *b)* quella di delineare, sulla scorta dei criteri di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (art. 118 Cost.), una corretta allocazione delle funzioni amministrative nei due ambiti così individuati, con più marcata urgenza per quello della «valorizzazione».<sup>132</sup>

D'altro canto è innegabile come il problema relativo alla definizione della «tutela» e della «valorizzazione» sia diventato, nel tempo, fondamentale soprattutto perché è proprio sulla scorta di tale distinzione che è possibile procedere al riparto delle attribuzioni, non solo normative, ma anche amministrative dei diversi livelli istituzionali nella materia dei beni

---

legislazione esclusiva statale una corrispondente potestà regolamentare (il cui esercizio lo Stato potrà comunque, con legge, delegare alle Regioni) e stabilendo, inoltre, che uguale potestà "spetta alle Regioni in ogni altra materia". La disciplina asseconda, per un verso, il carattere generale-residuale della potestà legislativa attribuita alle Regioni, ma con possibilità, d'altro canto, di estendere ulteriormente, con delega, la potestà regolamentare di queste ultime nelle materie di competenza legislativa esclusiva statale. Sul punto, v. R. BIN, *La funzione amministrativa*, traccia dell'intervento tenuto al Seminario del 14 gennaio 2002 tenutosi a Bologna sul tema *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione - Primi problemi della sua attuazione*, in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200201/datena.html>.

<sup>132</sup> N. AICARDI, *Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei beni culturali e sul ruolo del ministero per i beni culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in *Aedon*, n. 1/2003 (Rivista di arti e diritto *on line*).

culturali<sup>133</sup>. Questo stato di cose, come noto, ha dato il via ad un ampio dibattito, dottrinale<sup>134</sup> e giurisprudenziale<sup>135</sup>, basato sul tentativo di fare chiarezza in materia.

Alcuni interpreti<sup>136</sup>, relativamente agli ampi dibattiti intervenuti sulla dicotomica relazione «tutela e valorizzazione», a seguito della Riforma del Titolo V della Costituzione, hanno parlato di una vera e propria fonte di «logomachie».

Dibattito che, mai del tutto sopito, ha offerto diverse occasioni per manifestarsi in tutto il suo spessore<sup>137</sup> e che ha finanche portato i giudici della Consulta a riconoscere, nella sentenza 20 gennaio 2004, n. 26, alla «titolarità del bene culturale» il ruolo di criterio-guida nella ripartizione di competenze in materia di valorizzazione, direttamente ricavabile dal cpv. dell'articolo 152 (d. lgs. n. 112/1998), laddove attribuisce a Stato, regioni ed enti locali il

---

<sup>133</sup> N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 78.

<sup>134</sup> In dottrina, le critiche a questa scissione di ambiti non sono mancate: secondo G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali*, in *Foro it.*, 2001, V, col. 217, «non è difficile immaginare i conflitti che norme del genere sono destinate a innescare, onde sarà interessante seguirne l'applicazione per comprendere quale equilibrio si determinerà tra i diversi soggetti istituzionali».

<sup>135</sup> A testimonianza di ciò, sono numerose le pronunce della Corte costituzionale in materia, tutte per lo più incentrate sulla risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e Regioni a seguito della scissione operata dall'art. 117 Cost., tra tutela e valorizzazione dei beni culturali.

<sup>136</sup> F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2007, pp. 1-13. Secondo l'A., la «dicotomia soggettiva» secondo la quale la tutela è attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e la valorizzazione alla competenza legislativa concorrente delle Regioni, altro non sarebbe se non una «soluzione sicuramente incostituzionale e, come tale, censurabile da parte della Corte costituzionale». E ciò rispetto al dettato costituzionale di cui all'art. 9, che menziona esplicitamente la Repubblica come unico soggetto deputato a «promuovere» la cultura e a «tutelare» il patrimonio storico e artistico della Nazione. Da tale previsione deriva, secondo l'A., che è la Repubblica, quale Stato – ordinamento, a dover provvedere sia alla tutela sia alla valorizzazione ritenendo, pertanto, queste come «finalità diffuse» che interessano tutti i soggetti dello Stato ordinamento. Così, le previsioni riguardanti i beni culturali all'interno del Titolo V così come riformato nel 2001 sarebbero «illegittime», in quanto violano i principi sanciti nell'art. 9 della Costituzione.

<sup>137</sup> Si pensi all'elevato numero di pronunce della Corte costituzionale, tra le quali maggiore rilevanza rivestono la sentenza n. 94/2003, la sentenza 9/2004, la sentenza 26/2004.

compito di valorizzare «ciascuno nel proprio ambito» il patrimonio culturale.<sup>138</sup>

Dunque, il criterio per il quale “ciascuno nel proprio ambito”, ossia della titolarità giuridica del bene culturale, «segna un nuovo criterio di riparto a integrazione di quello letteralmente individuato nell’art. 117 Cost»<sup>139</sup>, relativamente alla funzione di valorizzazione.

Dal quadro appena tracciato emerge chiaramente che la volontà del legislatore, costituente e non, sia nel senso di (continuare a) riservare un ruolo preminente in capo allo Stato<sup>140</sup>.

Ad influire su questo è indubbiamente anche il fatto che è allo Stato stesso che spetta “costituzionalmente” di mantenere quell’indirizzo unitario di compiti, a salvaguardia dell’unitarietà della Nazione<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Sul punto, in commento alla sentenza n. 26/2004, v. D. NARDELLA, *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell’attuazione del Titolo V in materia di beni culturali*, in cit.

<sup>139</sup> Così D. NARDELLA, *Op. cit.* L’A., ad ulteriore argomentazione, aggiunge che «sullo sfondo residua però la preoccupazione che siano solo le Regioni a sopportare il costo di una siffatta scelta. Ciò soprattutto in virtù del fatto che un approccio “funzionalistico”, che parta dalle competenze amministrative per procedere a ritroso nell’individuazione di quelle normative, rischia di emarginare ancor più il ruolo degli enti territoriali in un quadro di forte centralizzazione della pubblica amministrazione».

<sup>140</sup> Ciò emerge ancora più chiaramente oggi, se solo si prende in considerazione il disegno di legge di riforma costituzionale, attualmente in discussione, e che potrebbe innovare nuovamente il riparto di competenze Stato-Regioni anche in materia di beni culturali: secondo le previsioni del disegno di legge di riforma costituzionale, infatti, allo Stato sarebbe attribuita la competenza legislativa esclusiva nella *materia tutela e valorizzazione dei beni culturali* (art. 117, secondo comma, lett. s), Cost.); alle Regioni, invece, spetterebbe la competenza legislativa (residuale), per *la disciplina, per quanto di interesse regionale, della promozione dei beni culturali*. E ciò, probabilmente, anche per porre fine a quel vischioso riparto di competenze che ha generato tutta una serie di lunghi contenziosi tra Stato e Regioni che difficilmente hanno favorito lo snellimento delle attività amministrative in materia. (Fonte: SERVIZIO STUDI CAMERA DEI DEPUTATI (D.d.L. Cost. A.C. 2613 e abb.), *Il riparto di competenze legislative nel Titolo V*, n. 216/3 del 29 ottobre 2014 <http://www.riformeistituzionali.gov.it/riforma-costituzionale/dossier/> )

<sup>141</sup> L’art. 118 Cost., superando il principio del parallelismo, sul quale si reggeva la precedente disciplina, dispone che le funzioni amministrative spettino in via primaria al comune, salvo quelle che per assicurarne l’esercizio unitario, la legge statale e regionale secondo le rispettive competenze attribuisca alle province e a salire fino allo Stato sulla base, tra gli altri,

E, sebbene in dottrina<sup>142</sup> siano state diverse le motivazioni addotte a giustificativo di queste scelte, ciò che emerge è pur sempre una tangibile sfiducia del legislatore nei confronti dei livelli istituzionali inferiori, evidentemente reputati incapaci di adempiere adeguatamente ai loro compiti istituzionali.

E' altresì evidente come una tale sfiducia trovi ancoraggio nel timore che, lasciando a tali enti più ampi margini di azione in materia di beni culturali, si possa assistere ad una nuova frammentazione della disciplina in materia, plasmata su ciascun livello territoriale e, pertanto, a rischio di una più elevata conflittualità fra gli interessi locali.

Va da sé che, a bilancio di questo stato di cose, è facile concordare con chi, in dottrina, ritiene che nell'ambito della «tutela» dei beni culturali «la riforma costituzionale assegna un ruolo ben limitato, se non nullo, al principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale»<sup>143</sup>.

E questo diventa il grande limite<sup>144</sup> della bipartizione in materia di beni culturali tra tutela e valorizzazione: il fatto che la «tutela» resti riservata alla esclusiva competenza legislativa statale comporta, di per sé, la creazione di un ulteriore limite che è quello che si riverbera nei rapporti tra le Autonomie

---

del principio di sussidiarietà. Sulla base di questo principio anche nelle materie esclusive lo Stato può e deve (a titolo di attribuzione e non di delega) ripartire le funzioni amministrative al livello di governo più vicino cittadino.

<sup>142</sup> N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 179 ss.

<sup>143</sup> *Ivi*, p. 185 ss.

<sup>144</sup> Sul punto, C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon*, n. 9/2001 (Rivista di arti e diritto *on line*). *Contra*, N. AICARDI, *Op. cit.*, p. 258 ss, il quale ritiene che «invero, la scelta, compiuta dal legislatore della riforma costituzionale di suddividere la materia dei beni culturali in due ambiti e di scinderne il regime giuridico non pare così irragionevole – come è stato detto – e, anzi, non sembrano mancare valide ragioni al suo sostegno (...). Nel rapporto tra le due funzioni – così come ora suddivise, dalla riforma costituzionale, presso diversi livelli istituzionali – il perdurante esercizio statale della funzione amministrativa di tutela viene a configurarsi, in sostanza, come adempimento di un compito di vigilanza e di controllo tecnico-scientifico sulle politiche di valorizzazione, rimesse in prevalenza alla sede locale».

e i privati che con esse voglio agire, stante il principio della sussidiarietà orizzontale.<sup>145</sup> Conseguentemente, è stato affermato, la tutela dei beni culturali non fa che diventare «in altri termini, lo strumento che può fare della sussidiarietà orizzontale un modulo alternativo – non parallelo – alla sussidiarietà verticale»<sup>146</sup>.

### 3.2 (segue) *Nella normativa di settore.*

Conformemente alla normativa di settore, invece, la nozione di «*Tutela*» viene prevista dall'art. 3<sup>147</sup>, comma 1, del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e *s.m.i.* e «consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione».

Il comma 2, aggiunge che: «l'esercizio delle funzioni di tutela si esplica anche attraverso provvedimenti volti a conformare e regolare diritti e comportamenti inerenti al patrimonio culturale».

I tratti distintivi che definiscono l'ambito della tutela sono compendiabili nelle tre finalità<sup>148</sup> che da tale nozione affiorano: l'individuazione di una

---

<sup>145</sup> In senso diverso è l'opinione di N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 229 ss, relativamente alla funzione di «valorizzazione». L'A., infatti, ritiene che «nella materia della valorizzazione dei beni culturali – a differenza di quanto ha avuto luogo e tuttora si verifica relativamente alla tutela – la legislazione non ha mai inteso, neppure alle origini, assolutizzare il ruolo dell'amministrazione statale. Ciascun livello istituzionale – dallo Stato agli enti locali, passando per le Regioni, dopo la loro istituzione – ha sempre potuto operare in modo tendenzialmente autonomo nel proprio ambito (...). La ragione sta anche nel carattere non autoritativo degli interventi che vi si esplicano».

<sup>146</sup> Ancora, C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon*, n. 9/2001.

<sup>147</sup> Art. 3 (d. lgs. n. 42/2004) rubricato "*Tutela del patrimonio culturale*".

<sup>148</sup> G. SCIULLO, *Le Funzioni*, in cit., p. 59, sottolinea che tali finalità erano già presenti nell'art. 148, comma 1, lett. c, del d.lgs. 112/98, ma, rispetto ad esse, dall'art. 3 «emerge un concetto normativo, perciò tipizzato, di tutela. In altre parole, fra le attività astrattamente rivolte a riconoscere, conservare e proteggere il bene culturale, compongono la tutela solo quelle che

“cosa” come «bene culturale»; la protezione del bene culturale, da intendersi come garanzia dell'integrità fisica e, infine, la conservazione, finalizzata a non disperdere materialmente il bene culturale.

Per ciò che concerne, invece, le situazioni relative al dettaglio della tutela<sup>149</sup>, il riferimento normativo è quello delle disposizioni contenute nei vari Capi del Titolo I, della Parte II, del Codice dei beni culturali e del paesaggio: è proprio per questo rimando che la nozione di tutela, data dall'art. 3 de Codice, è stata altresì definita «sintetica o riassuntiva»<sup>150</sup>.

Sono, in particolare, gli artt. 4 (*Funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale*)<sup>151</sup> e 5 (*Cooperazione delle Regioni e degli altri enti pubblici*

---

il legislatore ha ritenuto di disciplinare come in essa rientranti». Si veda, sul punto, ancora G. SCIULLO, *La tutela del patrimonio culturale (art. 3)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*), laddove parla di «dato di novità non indifferente», per indicare la portata innovativa dell'art. 3 del d. lgs. n. 42/2004 rispetto alla definizione di tutela di cui all'art. 148 dl d. lgs. n. 112/1998. Scendendo in dettaglio, l'A. ivi ritiene che «la tutela comprende la disciplina e l'esercizio di attività (non necessariamente della sola P.A.) e di funzioni (attività tipicamente contrassegnate dal carattere giuridico e unilaterale, e dalla spettanza alla P.A.) volte a individuare, conservare e proteggere i beni che compongono il patrimonio culturale». Questo porta l'A. ad una serie di corollari per i quali: l'art. 3 offre una nozione di tutela solo in termini sintetici o riassuntivi «che vanno riempiti dalle norme di altre disposizioni del Codice»; la tipizzazione della tutela, «conseguente alla normativizzazione della funzione consente di spiegare perché non ogni attività astrattamente rivolta ad una delle finalità che connotano la tutela rientri nel suo ambito»; infine, la tipizzazione della tutela «consente di ritenere ampliata la sfera della valorizzazione», in quanto alcuni aspetti richiamati per definire le attività di “valorizzazione” sono connesse ad alcune finalità della tutela; viceversa, aspetti che non vengono coperti dalla legislazione statale come “tutela” sono suscettibili di essere conseguiti dalla legge e dall'amministrazione non statale come “valorizzazione”, sia pure in forme compatibili con la tutela.

<sup>149</sup> G. SCIULLO, *Le Funzioni*, in cit., p. 53, le chiama «istituti».

<sup>150</sup> G. SCIULLO, *La tutela del patrimonio culturale (art. 3)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>151</sup> Articolo 4 (d. lgs. n. 42/2004) “*Funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale*”. 1. Al fine di garantire l'esercizio unitario delle funzioni di tutela, ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, le funzioni stesse sono attribuite al Ministero per i beni e le attività culturali, di seguito denominato "Ministero", che le esercita direttamente o ne può conferire l'esercizio alle regioni, tramite forme di intesa e coordinamento ai sensi dell'articolo 5, commi 3 e 4. Sono fatte salve le funzioni già conferite alle regioni ai sensi dei commi 2 e 6 del medesimo articolo 5. 2. Il Ministero esercita le funzioni di tutela sui beni culturali di appartenenza statale anche se in consegna o in uso ad amministrazioni o soggetti diversi dal Ministero.

*territoriali in materia di tutela del patrimonio culturale*)<sup>152</sup> del Codice dei Beni culturali e paesaggistici a definire il riparto delle funzioni amministrative in materia di tutela.

Limitatamente alla disposizione di cui all'art. 4 del Codice, non è mancato chi ha sottolineato delle incongruenze di sistema: infatti, mentre l'art. 118 Cost., innovato dalla riforma costituzionale del 2001 «prefigura un assetto delle funzioni amministrative basato sui principi e criterio di riparto distinti e a sé stanti rispetto a quanto stabilito per la competenza legislativa», invece l'art. 4 del Codice dei beni culturali e paesaggistici si limita a statuire che, al fine di garantire l'esercizio unitario delle funzioni di tutela, ai sensi dell'art. 118 Cost., tutte le funzioni stesse sono riservate allo Stato e per esso all'apposito Ministero<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Articolo 5 (d. lgs. n. 42/2004) *“Cooperazione delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali in materia di tutela del patrimonio culturale”*. 1. Le regioni, nonché i comuni, le città metropolitane e le province, di seguito denominati "altri enti pubblici territoriali", cooperano con il Ministero nell'esercizio delle funzioni di tutela in conformità a quanto disposto dal Titolo I della Parte seconda del presente codice. 2. Le funzioni di tutela previste dal presente codice che abbiano ad oggetto manoscritti, autografi, carteggi, documenti, incunaboli, raccolte librerie non appartenenti allo Stato o non sottoposte alla tutela statale, nonché libri, stampe e incisioni non appartenenti allo Stato, sono esercitate dalle regioni. 3. Sulla base di specifici accordi od intese e previo parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, di seguito denominata "Conferenza Stato - regioni", le regioni possono esercitare le funzioni di tutela anche su raccolte librerie private, nonché su carte geografiche, spartiti musicali, fotografie, pellicole o altro materiale audiovisivo, con relativi negativi e matrici, non appartenenti allo Stato. 4. Nelle forme previste dal comma 3 e sulla base dei principi di differenziazione ed adeguatezza, possono essere individuate ulteriori forme di coordinamento in materia di tutela con le regioni che ne facciano richiesta. 5. Gli accordi o le intese possono prevedere particolari forme di cooperazione con gli altri enti pubblici territoriali. 6. Le funzioni amministrative di tutela dei beni paesaggistici sono conferite alle regioni secondo le disposizioni di cui alla Parte terza del presente codice. 7. Relativamente alle funzioni di cui ai commi 2, 3, 4, 5 e 6, il Ministero esercita le potestà di indirizzo e di vigilanza e il potere sostitutivo in caso di perdurante inerzia o inadempienza.

<sup>153</sup> Secondo G. PASTORI, *Le funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale (art.4)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*), la previsione secondo la quale sia il Ministero a disporre delle funzioni e a conferire l'esercizio delle funzioni alle Regioni è «sconcertante», in quanto «sulla base del ricordato disposto dell'art. 118 Cost. non può mai essere un Ministero con atti sublegislativi a “conferire” l'esercizio di funzioni amministrative



E' proprio in questa previsione che, secondo la dottrina, si «afferma apoditticamente che tutte le funzioni amministrative necessitano di un esercizio unitario»<sup>154</sup> di fatto «ripristinando»<sup>155</sup> il vecchio principio del parallelismo.

Relativamente al contenuto dell'art. 5 del Codice, invece, la previsione stessa di una "cooperazione" delle Regioni e degli enti locali in materia di patrimonio culturale ne rimarcherebbe «un ruolo di carattere subordinato»<sup>156</sup> rispetto Ministero e, in quanto tale, qualificabile come cooperazione «ausiliaria» e «servente». Così dando vita ad una mera delega di funzioni, piuttosto che ad un conferimento dell'esercizio di funzioni, in ciò eludendo il dettato dell'art. 118 Cost., che fa piuttosto riferimento ad un riparto di funzioni mediante l'attribuzione della titolarità delle stesse e in coerenza con le scelte fatte nel precedente art. 4 del Codice.<sup>157</sup>

Trattando, invece, della nozione di «valorizzazione», essa risulta definita dall'art. 6<sup>158</sup>, comma 1, del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e *s.m.i.* e consiste «nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio

---

alle Regioni o ad altri enti territoriali seppure sulla base di intese o accordi preventivi, ma deve essere la legge. E la legge non deve limitarsi a conferire l'esercizio, ma deve attribuire la titolarità delle funzioni». L'A. sostiene di stare «almeno in via di principio in presenza di un vero e proprio *slittamento di piani* nella definizione dei rapporti fra Stato e regioni, dal piano legislativo a quello amministrativo: che è d'altronde la naturale conseguenza dell'impropria attribuzione della titolarità delle funzioni al Ministero e non allo Stato».

<sup>154</sup> G. PASTORI, *Le funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale (art.4)*, in cit. Secondo l'A., infatti, «si torna ad identificare l'ambito della competenza legislativa e quello della competenza amministrativa, ribadendo la preesistente riserva delle funzioni amministrative in tema di tutela allo Stato».

<sup>155</sup> *Ibidem.*

<sup>156</sup> G. PASTORI, *La cooperazione delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali in materia di tutela del patrimonio culturale (art. 5)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>157</sup> *Ibidem.*

<sup>158</sup> L' Art. 6 (d. lgs. n. 42/2004) è rubricato "Valorizzazione del patrimonio culturale".

stesso. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale».

Le finalità che la «valorizzazione» persegue, così come emergono da tale nozione, sono: la promozione della conoscenza del patrimonio culturale, il garantire le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione del bene e, infine, sostenere gli interventi di conservazione del patrimonio culturale.

Come nel caso della tutela, gli istituti della valorizzazione sono individuati da altre parti del Codice, in particolare, per i beni culturali, il riferimento è alle disposizioni del Titolo II, della Parte II.<sup>159</sup>

Le indicazioni accolte nel Codice dei beni culturali non si discostano da quelle contenute nel d.lgs. n. 112/1998: quest'ultima previsione sembra caratterizzarsi ancora per essere finalizzata alla promozione e al sostegno della conoscenza, fruizione e conservazione del patrimonio culturale, individuazione, che nel nuovo Codice risulta comunque, più netta e precisa, non dovendo da essa distinguere gli ambiti della gestione<sup>160</sup>.

Stante la dottrina, dunque, «la valorizzazione sembra trovare il suo *proprium* negli interventi volti a promuovere la conoscenza del bene e ad assicurarne l'utilizzazione e la fruizione pubblica: attività, queste ultime, che trovano nel Codice una disciplina separata, benché informata ai medesimi principi e modelli organizzativi. Certo è che, con il Codice, è la stessa esigenza di definire la tutela e la valorizzazione che subisce modificazioni ed attenuazioni. Se essa, infatti, alla stregua della lettera della Costituzione, poteva apparire funzionale alla individuazione delle aree di competenza dello stato (tutela) e delle regioni (valorizzazione), la scelta, esplicitata

---

<sup>159</sup> Gli articoli principali sono l'art. 111 (attività di valorizzazione), l'art. 112 (valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica), l'art. 113 (valorizzazione dei beni culturali di proprietà privata), l'art. 115 (forme di gestione).

<sup>160</sup> C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*).

nell'art.112 del Codice, comma 5, di non eleggere la valorizzazione ad ambito assegnato alle regioni, ma di ripetere, anche per questo profilo, il disegno, già delineato dal d. lg. 112/1998, facendone un compito che spetta al soggetto che ha la disponibilità del bene, salvo un rinvio privilegiato e preferenziale ad un suo esercizio coordinato e concertato tra i diversi soggetti pubblici, ha ridotto la necessità di fornire una definizione, di queste due attività, che valga a fondare un riparto delle competenze normative tra Stato e regioni. La valorizzazione, quando sia posta in essere da soggetti pubblici, diventa, infatti, compito che spetta alle regioni e come tale è sottoposta al loro intervento legislativo, solo se ed in quanto non abbia ad oggetto beni che siano di spettanza dello stato e in sostanza il Codice ha inteso mitigare quella separazione tra tutela e valorizzazione...e lo ha fatto proponendo un'interpretazione dell'art. 117, comma 3, che ne riduce il potenziale significato, quanto al ruolo spettante alle regioni in materia di valorizzazione»<sup>161</sup>.

Nell'art. 6 del Codice, pertanto, si definiscono le attività di valorizzazione che lo Stato (per i propri beni) e le regioni (per gli altri beni) sono chiamati a porre in essere (comma 1); viene ribadita la subordinazione della valorizzazione alle prioritarie esigenze della tutela (comma 2) «la quale si conferma così parametro ed insieme limite capace di conformare l'estensione e le modalità degli altri interventi in materia di beni culturali»<sup>162</sup>; infine, viene recepito, anche per la valorizzazione, quel principio di sussidiarietà

---

<sup>161</sup> Così, C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, in cit. La scelta del Codice è coerente con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 26 del 2004, con la quale ha ritenuto che anche dopo l'entrata in vigore del Titolo V debbano valere i criteri che, in merito all'esercizio dell'attività di valorizzazione, aveva dettato il d.lgs. n. 112, vale a dire che essa spetti al soggetto cui compete la titolarità del bene. Sulla sentenza v. commento di D. NARDELLA, *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell'attuazione del Titolo V in materia di beni culturali?*, in *Aedon*, n. 2/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>162</sup> C. BARBATI, *Op. cit.*

orizzontale che l'art. 118, comma 4, Cost., ha elevato a criterio per l'allocazione e l'esercizio delle attività di interesse generale (comma 3).

In generale, dunque, analizzando la portata dei due ambiti della «tutela» e della «valorizzazione», v'è pure chi <sup>163</sup> ne ha colto elementi di sovrapposizione, tanto da consentire a parte della dottrina di definirle ambedue quale «insieme di definizioni circolari»<sup>164</sup>, mitigate, e solo in parte, dal fatto che la «tutela» sia, oggi, «tipizzata» all'interno del Codice.

Scelta che consente di far rifluire nella sfera della valorizzazione tutti gli ambiti relativi alla conservazione non espressamente coperti dal Codice come istituti di «tutela»<sup>165</sup>.

A dire il vero, dopo aver fornito la definizione di “beni culturali”, già l'art. 148 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 operava un (sommario)

---

<sup>163</sup> Sul punto, G. SCIULLO, *Le Funzioni*, in cit., p. 60, sottolinea che «è indubbia la sovrapposizione di ambiti fra tutela e valorizzazione: la garanzia della conservazione costituisce una finalità immediata della tutela, ma al contempo la promozione e il sostegno degli interventi di conservazione rappresentano ambiti/fini della valorizzazione. Simmetricamente l'assicurare le migliori condizioni di fruizione pubblica è finalità propria della valorizzazione, ma la pubblica fruizione costituisce il fine ultimo della protezione e conservazione, e quindi della tutela». In senso analogo, v. C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art.6)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*). L'A. rileva in riferimento ai rapporti tra valorizzazione e tutela che quest'ultima rilevi «quale altra attività inerente ai beni culturali, benché venga fatta oggetto, nell'art. 3, di una definizione che intende tipizzarne l'ambito, riducendo la genericità e la conseguente ampiezza della identificazione che ne veniva effettuata dall'art. 148, lett. c) del d. lgs. n. 112/1998, continua ad essere configurata come funzione caratterizzata da una elevata pervasività, specie quando si considerino gli istituti nei quali si articola, e continua perciò a sovrapporsi a taluni degli interventi che qualificano anche la valorizzazione. In particolare, queste sovrapposizioni si appalesano nell'essere entrambe funzionali alla conservazione dei beni, sia pure per garantirla, nel caso della tutela, e promuoverla e sostenerla, nel caso della valorizzazione». In precedenza, v. anche L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in cit., p. 651 ss., per il quale «senza dubbio deve ammettersi la mancanza di netti confini tra le aree di intervento delle funzioni».

<sup>164</sup> S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, p. 673 ss.

<sup>165</sup> Ancora, G. SCIULLO, *Le Funzioni*, in cit., p. 60. Per un approccio critico all'intervento pubblico in materia di “tutela”, v. di recente B. ZANARDI, *La mancata tutela del patrimonio culturale in Italia*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, II, 2011, p. 431 ss.; E. CAVALIERI, *La tutela dei beni culturali. Una proposta di Giovanni Urbani*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, II, 2011, p. 473 ss.

distinguo relativamente alle funzioni<sup>166</sup> dei pubblici poteri in materia di beni culturali, richiamando espressamente, e per la prima volta in una norma, la «tutela»<sup>167</sup>, la «valorizzazione»<sup>168</sup>, la «gestione»<sup>169</sup> e la «promozione»<sup>170</sup>.

L'art. 148, a cui è stato riconosciuto innanzitutto un ruolo di tipo «organizzativo»<sup>171</sup>, tuttavia non forniva una chiara differenziazione tra le suddette funzioni, scivolando, come è stato da più parti osservato, in delle «sovrapposizioni»<sup>172</sup> che hanno ingenerato grande confusione<sup>173</sup>.

---

<sup>166</sup> M. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d. l. n. 112/1998*, in cit.: «Una così precisa distinzione tra le varie attività pubbliche del settore non trova riscontro negli altri Capi del decreto legislativo. La motivazione principale di tale scelta sta presumibilmente nell'esigenza di assicurare allo Stato una ingente massa di funzioni e compiti, collegati appunto alle attività così definite, ed in particolare alla tutela. Dietro una tecnica legislativa che in apparenza mira a meglio chiarire le politiche pubbliche dei beni culturali emerge in effetti il prevalere di una prospettiva centralistica per la quale tutte le attività di tutela sono riservate allo Stato, e molte altre funzioni sono egualmente assicurate allo Stato nei settori della gestione e della valorizzazione dei beni culturali».

<sup>167</sup> Art. 148, comma 1, lett. c) (d. lgs. n. 112/98) "tutela", ogni attività diretta a riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali e ambientali.

<sup>168</sup> Art. 148, comma 1, lett. d) (d. lgs. n. 112/98) "gestione", ogni attività diretta, mediante l'organizzazione di risorse umane e materiali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione.

<sup>169</sup> Art. 148, comma 1, lett. e) (d. lgs. n. 112/98) "valorizzazione", ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione.

<sup>170</sup> Art. 148, comma 1, lett. g) (d. lgs. n. 112/98) "promozione", ogni attività diretta a suscitare e a sostenere le attività culturali.

<sup>171</sup> Sul punto, osserva N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, cit., p. 56 ss, che «la nozione di cui al citato art. 148 ha una portata essenzialmente organizzativa, giacché opera, per espressa volontà del legislatore, solo con effetti limitati all'individuazione di un ambito materiale (quello, appunto, dei «beni culturali»), ai fini del riparto delle attribuzioni, in detto ambito, tra i diversi livelli istituzionali».

<sup>172</sup> Afferma, seccamente sul punto, S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in cit., p. 673 ss, riferendosi per l'appunto alle nozioni di cui all'art. 148 (d. lgs. n. 112/98): «è evidente che, in queste definizioni, tra gestione e valorizzazione vi è una notevole sovrapposizione, in quanto ambedue dirette ad assicurare la finalità ultima della fruizione. Dunque, le definizioni sono insoddisfacenti perché circolari», 674. Nello stesso senso, tra gli altri, v. N. AICARDI, *Op. cit.*, p. 86 ss, il quale afferma: «le sovrapposizioni tra e definizioni ora riportate sono facili da cogliere: la gestione è diretta ad assicurare la fruizione, mentre la valorizzazione ad incrementarla; la tutela è diretta a conservare, mentre la valorizzazione a migliorare la condizione di conservazione; la gestione è espressamente definita come attività che concorre al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione»; M. CHITI, *La nuova*

Quella stessa “confusione” che, stante il prevalente orientamento della dottrina<sup>174</sup>, avrebbe caratterizzato la normativa dei beni culturali anche successivamente alla Riforma del Titolo V della Costituzione: l’art. 117 Cost. trae, infatti, forza ed ispirazione proprio dall’art. 148 (d. lgs. n. 112 del 1998) che ha declinato i diversi tipi di intervento sul patrimonio culturale mediante la distinzione delle funzioni così come prima enunciate.

Tuttavia, così facendo, il legislatore del 2001 avrebbe però «trascurato il portato di ambiguità che scaturiva dalla stessa disciplina del citato decreto»<sup>175</sup>, così determinando una serie consistente di interventi della Corte Costituzionali a dirimere le controversie sui conflitti di attribuzione nati a seguito del nuovo riparto di competenze Stato-Regioni.

#### 4. *Gestione e valorizzazione dei beni culturali.*

Manca, nella norma costituzionale, il riferimento all’attività di «gestione» oggetto, invece, di disciplina puntuale nella legislazione ordinaria.

Essa veniva, infatti, individuata come terza funzione nel d. lgs. n. 112/1998, al momento di effettuare il terzo decentramento amministrativo di compiti fra Stato, Regioni ed enti locali.

---

*nozione di “beni culturali” nel d. lg. 112/1998: prime note esegetiche, in cit.; A. POGGI, La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), s.d. ma ante 2004, la quale definisce la nozione di «tutela», di cui all’art. 148, d. lgs. n. 112/98 come addirittura «divorante definizione», che si colloca trasversalmente in qualunque altro ambito; C. BARBATI, La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6), in *Aedon*, n. 1/2004.*

<sup>173</sup> Sottolinea N. AICARDI, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 86, che: «ciò che colpisce, negli artt. 148 e seguenti del d. lgs. n. 112 del 1998, è l’eccesso di sforzo definitorio, che tuttavia ha condotto, paradossalmente, ad esiti confusi». Ancora, nello stesso senso, M. CHITI, *La nuova nozione di “beni culturali” nel d. lg. 112/1998: prime note esegetiche*, in cit., il quale ribadisce come: «l’anelito definitorio del legislatore delegato finisce per dare vita ad un vero pasticcio verbale, che (...) costituirà una sicura occasione di conflitto di competenze»

<sup>174</sup> G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazioni in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 3/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>175</sup> Così, D. NARDELLA, *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell’attuazione del Titolo V in materia di beni culturali?* (Nota a sentenza 26/2004), in cit.

Il suo carattere, come si rileva anche dal parere del Consiglio di Stato n. 1794/2002<sup>176</sup>, era «strumentale»<sup>177</sup> rispetto alla tutela ed alla valorizzazione ed era definita dall'art. 148, lett. d), del d. lgs. n. 112/1998 come «ogni attività diretta, mediante l'organizzazione di risorse umane e materiali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e valorizzazione».

Nel 2001, a seguito della Riforma costituzionale, tale funzione è stata espunta dalla legislazione in materia di beni culturali: nel nuovo art. 117 Cost., come già chiarito, si fa solo riferimento alla «tutela» ed alla «valorizzazione», ma non alla «gestione»<sup>178</sup>. Questo silenzio, secondo parte della dottrina, ha «notevolmente complicato lo scenario della competenza legislativa

---

<sup>176</sup> Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi. Parere definitivo 26 agosto 2002, n. sez. 1794/2002, in *Aedon*, n. 2/2002. Al punto 3.1 del Considerato, si legge testualmente: «La definizione dei tre concetti di “tutela”, “gestione” e “valorizzazione” è fornita, come si è già visto al punto n. 1, dall'art. 148 del decreto legislativo n. 112 del 1998. Alla stregua di quelle definizioni, vanno senz'altro condivise le affermazioni del Ministero secondo cui “l'attività di gestione dei beni culturali viene a caratterizzarsi come un insieme di compiti in cui la tutela e la valorizzazione tendono a completarsi vicendevolmente” e le “funzioni di tutela sono arricchite da quelle di valorizzazione ed entrambe sono supportate dall'attività di gestione».

<sup>177</sup> Così in Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi. Parere definitivo 26 agosto 2002, n. sez. 1794/2002, al punto n. 3.2, dove si legge «La stretta connessione tra i diversi concetti sopra descritta risponde certamente ad una concezione dei beni culturali non meramente “vincolistica”, che si pone al passo con i tempi coniugando efficacemente la tutela con la valorizzazione del nostro straordinario patrimonio di beni culturali. La pur condivisibile definizione – da parte del Ministero – dell'attività di gestione dei beni culturali quale “attività strumentale, finalisticamente neutra, che si connota quindi per essere in un rapporto di propedeuticità...sia con la tutela che con la valorizzazione” non può, però. Esimere dalla ricerca di una collocazione, quantomeno prevalente se non esclusiva, del concetto di “gestione” nell'ambito di uno dei due concetti di “tutela” e “valorizzazione”, se non altro al fine di individuare quale sia il riparto della competenza normativa sulla materia ai sensi del nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione». *Contra*, v. P. MICHIARA, *Considerazioni sulla partecipazione dei privati alla gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 393 ss, il quale ritiene che: «l'attività gestionale, diretta o indiretta che sia, difficilmente possa essere considerata neutra, meramente strumentale, essendo invece impregnata delle stesse finalità (pubbliche, almeno duplici) della valorizzazione».

<sup>178</sup> Sul punto, v. ancora Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi. Parere definitivo 26 agosto 2002, n. sez. 1794/2002.

dell'attività di gestione»<sup>179</sup>, in quanto risulta incerto stabilire se l'omessa previsione della gestione nell'elenco dell'art. 117 Cost. valga a far rientrare la medesima attività nell'area della competenza legislativa esclusiva della Regione.

Se così fosse, la «gestione» non sarebbe riconducibile alla materia della «tutela» dei beni culturali di cui all'art. 117, comma 2, lett. s) e si tratterebbe, in ogni caso, di un ambito piuttosto ristretto, attenendo la «gestione» alla disciplina organizzativa e non a quella sostanziale e vincolistica dei beni culturali<sup>180</sup>.

Conformemente al rinnovato riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di beni culturali, altra parte della dottrina ritiene, invece, come questa ripartizione risulti «sufficiente ed esaustiva (...), in quanto la «gestione», come anche ribadito dal Consiglio di Stato<sup>181</sup>, rientrerebbe a pieno titolo nell'alveo della «valorizzazione», quale attività «consentanea al valore del bene culturale»<sup>182</sup>.

Considerazioni di questo tipo escludono che vi siano margini per le Regioni di rivendicare la «gestione» come facente capo alla potestà legislativa

---

<sup>179</sup> P. BUCCELLI, *La normativa nazionale*, in A. MARI (coordinatore della ricerca in) *“Valorizzazione e fruizione dei beni culturali tra gestione diretta e indiretta”*, Cap. I, parte II, 2004, p. 27 ss, su <http://sna.gov.it/www.sspa.it/index-p=3588.html#Materiali%20della%20ricerca>

<sup>180</sup> P. BUCCELLI, *Op. cit.*, p. 27 ss.

<sup>181</sup> v. Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi. Parere definitivo 26 agosto 2002, n. sez. 1794/2002, punto 3.2.2., dove, a fronte del riparto di competenze di cui alla l. cost. n. 3/2001, si legge che «non può ignorarsi che la connessione del concetto di gestione con quello di valorizzazione appare prevalere rispetto alla connessione, pure innegabile, con il concetto di tutela».

<sup>182</sup> N. AICARDI, *Op. cit.*, p. 103, il quale afferma come: «l'attività di gestione dei beni culturali non sembra provvista di una propria autonomia concettuale, dal punto di vista classificatorio, perché si tratta di un'attività meramente strumentale ad assicurare la fruizione pubblica dei beni culturali, la quale costituisce, invece, la principale finalità della valorizzazione». In senso analogo, S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, p. 60 (nota 54).



generale (residuale) delle stesse, essendo piuttosto ricompresa nel concetto della valorizzazione che è, a sua volta, materia di competenza concorrente<sup>183</sup>. Nella difficoltà di decidere alla luce delle norme esistenti se la «gestione» dei beni culturali rientri nella tutela o nella valorizzazione, la Corte costituzionale<sup>184</sup> ha stabilito «salomonicamente»<sup>185</sup> che la «gestione» spetta al soggetto di appartenenza del bene<sup>186</sup>.

Assunto che è oggi possibile ricavare anche da diverse previsioni codicistiche, tra cui l'art. 112, comma 6<sup>187</sup>; l'art. 113, comma 3<sup>188</sup> e l'art. 102, comma 4<sup>189</sup>, del d. lgs. n. 42/2004 e s.m.i..

---

<sup>183</sup> v. Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi. Parere definitivo 26 agosto 2002, n. sez. 1794/2002, punto 3.3.2.

<sup>184</sup> v. Corte Costituzionale, sentenza n. n. 26/2004, parte 3 del Considerato in diritto: «(...) Stato, regioni ed enti locali esercitano le relative attività, "ciascuno nel proprio ambito".... presuppone un criterio di ripartizione di competenze che viene comunemente interpretato nel senso che ciascuno dei predetti enti è competente ad espletare quelle funzioni e quei compiti riguardo ai beni culturali, di cui rispettivamente abbia la titolarità».

<sup>185</sup> G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 3/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>186</sup> Cfr. A. L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 358 ss, il quale sostiene emblematicamente che: «la valorizzazione privata dei beni culturali pubblici non ha, in sé, nulla di giuridicamente e culturalmente *scandaloso*: non è infatti la titolarità del bene a determinare pure le modalità di gestione, poiché diversamente si finirebbe con l'attrarre nell'area pubblica ogni produzione culturale che afferisca – quanto a regime dominicale – allo Stato o ad altro ente pubblico, così monopolizzando anche la formazione della cultura. Il criterio dell'appartenenza del bene pure indicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 26/04 per legittimarne la gestione da parte dei diversi livelli di governo vale unicamente nella dimensione *verticale* della sussidiarietà (cioè, essenzialmente nei rapporti fra Stato e Regioni) e non in quella *orizzontale* in cui la regola è rappresentata dal privato, essendo il pubblico l'eccezione, ex art. 118, comma 4, Cost.».

<sup>187</sup> Art. 112, comma 6, d. lgs. n. 42/2004: «lo Stato, per il tramite del Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono definire, in sede di Conferenza unificata, indirizzi generali e procedure per uniformare, sul territorio nazionale, gli accordi indicati al comma 4».

<sup>188</sup> Art. 113, comma 3, d. lgs. n. 42/2004: « Le modalità della valorizzazione sono stabilite con accordo da stipularsi con il proprietario, possessore o detentore del bene in sede di adozione della misura di sostegno».

<sup>189</sup> Art. 102, comma 4, d. lgs. n. 42/2004: « Al fine di coordinare, armonizzare ed integrare la fruizione relativamente agli istituti ed ai luoghi della cultura di appartenenza pubblica lo Stato, e per esso il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali definiscono accordi nell'ambito e con le procedure dell'articolo 112. In assenza di accordo,

Tuttavia, come anche è stato fatto notare, «la valorizzazione risulta l'unica funzione concernente i beni culturali concretamente esternalizzabile all'interno del d. lgs. n. 42/2004 (art. 111 ss). Infatti, non tutta la gestione del bene culturale è esternalizzabile, ma soltanto la gestione delle attività di valorizzazione»<sup>190</sup>, restando escluse dall'area delle esternalizzazioni sia la tutela che la fruizione.

In questo stato di cose, la «valorizzazione» sarebbe l'unica funzione esternalizzabile e, quindi, affidabile a soggetti terzi rispetto all'amministrazione che detiene il bene; la «gestione», definita attività «sensibile»<sup>191</sup> in quanto avente ad oggetto dei beni che, come la cultura, sono «in sé ad essere particolari, sensibili», disciplinata dalla normativa di settore nelle sue forme, diretta ed indiretta, all'art. 115 del d. lgs. n. 42/2004 e s.m.i.<sup>192</sup>, si pone, rispetto alla valorizzazione, come una «mera forma, uno strumento» in realtà «intrisa della stessa sostanza» della valorizzazione stessa.

La «valorizzazione» e la «gestione» del bene culturale rappresenterebbero, dunque, una sorta di «operazione amministrativa unitaria»<sup>193</sup>, un rapporto «di durata» in cui le scelte gestionali, lungi dal porsi come momento

---

ciascun soggetto pubblico e' tenuto a garantire la fruizione dei beni di cui ha comunque la disponibilità».

<sup>190</sup> A. L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in cit., p. 341 ss.

<sup>191</sup> P. MICHIARA, *Considerazioni sulla partecipazione dei privati alla gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in cit., p. 393 ss.

<sup>192</sup> Il tema relativo alle forme di gestione dei beni culturali sarà affrontato nel secondo capitolo.

<sup>193</sup> Cfr. D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, p. 182 ss. L'A. spiega che «la riorganizzazione della amministrazione in funzione del risultato va colta, anche, e soprattutto, sottoponendo ad analisi quegli istituti giuridici nei quali il legislatore ha inteso direttamente superare la tradizionale disarticolazione della disciplina giuridica dell'attività amministrativa, innalzando a fattispecie la complessiva attività rivolta al conseguimento di un risultato unitario».

temporalmente staccato e terminale, orientano la stessa definizione degli indirizzi generali e progettuali.

5. *La valorizzazione dei beni culturali: agevolazioni fiscali, aiuti alla cultura, aiuti di Stato.*

Il quadro sin qui delineato non può prescindere dalla trattazione, seppure per cenni, delle implicazioni economiche insite nella materia dei beni culturali.

Occorre considerare, infatti, che il Codice dei beni culturali è ispirato a principi di natura sostanzialmente finanziaria<sup>194</sup>, quali «il miglioramento degli interventi concernenti i beni e le attività culturali anche allo scopo di conseguire l'ottimizzazione delle risorse assegnate e l'incremento delle entrate»<sup>195</sup>, nonché «l'assenza di nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato»<sup>196</sup>.

Certamente rispetto al passato<sup>197</sup>, che assegnava maggior valore all'aspetto culturale ritenendo ad esso subordinato il valore patrimoniale del bene culturale, oggi pare assistersi ad un'inversione di tendenza per la quale v'è un rinnovato interesse per l'elemento patrimoniale dei beni culturali, considerato come generatore di valore sia economico che sociale<sup>198</sup>. Tanto più che è stata persino lanciata una "metafora petrolifera" applicata ai beni

---

<sup>194</sup> In tal senso, S. GALLETI, *Le fondazioni e le attività museali*, in *Gazzetta ambiente*, n. 4/2005, pp. 127-146.

<sup>195</sup> *Ibidem.*

<sup>196</sup> *Ibidem.*

<sup>197</sup> M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in cit., p. 21 ss: «quando in un ordinamento statale positivo esiste la categoria dei beni culturali, è al valore culturale che si fa riferimento, non a quello patrimoniale».

<sup>198</sup> A. FERRARI ZUMBINI, *Valutazione e valorizzazione dei beni pubblici in una prospettiva comparata*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 635-649.

culturali<sup>199</sup>, al fine di risaltare il patrimonio culturale come “giacimento” da sfruttare e da “mettere a reddito”.

Il settore pubblico, dal canto suo, ha adottato la programmazione strategica<sup>200</sup> come strumento per pianificare gli interventi di valorizzazione e, in questo sistema, non vi è chi non veda come ignorare il valore contabile ed economico del bene culturale equivale a determinare l'impossibilità di prevedere esattamente le risorse finanziarie di cui il settore necessita sia l'incapacità di misurare la redditività del patrimonio culturale<sup>201</sup> e, quindi, l'adeguatezza ed efficacia delle politiche di gestione<sup>202</sup>.

Ma, nonostante tutto, è pur vero che il bene culturale non genera di per sé reddito né, tantomeno, lo sviluppo su base culturale si pone come espediente meccanico e indifferenziato in qualsiasi contesto; al contrario, nell'elaborazione di un piano di sviluppo, ogni territorio si pone come caso a sé, in cui gli attori, le risorse e la tradizione culturale richiedono una indagine specifica che determini, di volta in volta, un modo di procedere specifico. Anche in questa prospettiva, e prima che sia in grado esso stesso di generare reddito, è necessario sostenere la sopravvivenza del patrimonio culturale, con sostegni sia pubblici che privati<sup>203</sup>.

Sostegni che, anche a causa del quadro congiunturale dell'economia italiana e degli effetti delle misure di riequilibrio strutturale dei conti pubblici, si fanno ancora più necessari e pressanti rispetto alla politica di gestione dei

---

<sup>199</sup> In merito, criticamente, C. CALIANDRO - P. L. SACCO, *Italia Reloaded. Ripartire con la cultura*, Bologna, 2011.

<sup>200</sup> In generale, v. M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, vol. I, in F. G. COCA (studi diretti da) *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Torino, 2001.

<sup>201</sup> Per un approfondimento sul tema, v. A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, 2006.

<sup>202</sup> A. L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in cit., pp. 341-392.

<sup>203</sup> L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2001 (Rivista di arti e diritto *on line*).

beni culturali che risente, ormai da diverso tempo, della crisi economica che imperversa.

Se guardiamo indietro, il processo di coinvolgimento dei privati nel settore dei beni culturali è stato avviato già a partire dagli anni Sessanta, attraverso l'introduzione graduale di sistemi di finanziamento privati per la protezione del patrimonio culturale: con la legge 21 dicembre 1961, n. 1552, ad esempio, si prevedeva la facoltà dello Stato di intervenire finanziariamente alle spese sostenute dai proprietari del bene culturale per l'esecuzione degli interventi di restauro per un importo superiore alla metà delle stesse<sup>204</sup>; ma è pressoché a partire dagli anni Ottanta che nel nostro Paese sono state previste misure più incisive di agevolazione fiscale per le erogazioni liberali devolute al settore culturale. Misure che, sebbene ripartite tra gli ambiti della cultura<sup>205</sup> e dello spettacolo<sup>206</sup>, in realtà all'epoca venivano sottoposte ad una serie di limitazioni (per non dire restrizioni) che mal si conciliavano con lo spirito proprio della liberalità<sup>207</sup>.

Nel tempo, le politiche fiscali in tema di erogazioni liberali si sono tuttavia emancipate, giungendo quasi a toccare i livelli ottimali toccati nello stesso ambito da altri Paesi del panorama internazionale.<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> Art. 3, comma 2, l. n. 1552/1961.

<sup>205</sup> Legge 2 agosto 1982, n. 512 (c.d. Legge Scotti).

<sup>206</sup> Legge 30 aprile 1985, n. 163.

<sup>207</sup> Infatti, se da un lato l'incentivo per le imprese era rappresentato dalla pressoché piena deducibilità fiscale delle erogazioni effettuate al settore culturale, non altrettanto poteva dirsi per i singoli privati, le cui donazioni venivano detratte solo in misura percentuale e dietro la stipula di una apposita convenzione tra donatore e beneficiario. Sul punto, v. ancora L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2001.

<sup>208</sup> Si pensi al caso degli Stati Uniti, in cui il mecenatismo culturale vede una netta prevalenza delle donazioni provenienti dai cittadini rispetto alle erogazioni concesse dalle persone giuridiche, aventi o meno natura imprenditoriale. Ancora, emblematici sono i casi dell'Australia, della Francia e del Cile. Sul punto, v. ancora L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato*, in cit.

Diverse sono state, soprattutto di recente, le riforme attuate nel nostro Paese, peraltro con decretazione d'urgenza<sup>209</sup>, allo scopo di tutelare e promuovere il patrimonio culturale, nonché a favorire lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo.

Provvedimenti dai quali emergono linee di azione finalizzate all'integrazione tra cultura e turismo, alla semplificazione dell'amministrazione periferica, all'ammodernamento della struttura centrale, alla valorizzazione delle arti contemporanee, al rilancio delle politiche di innovazione e di formazione, alla valorizzazione del personale del Ministero e alla valorizzazione dei musei. Si pensi, in particolare, al d.l. n. 83/2014, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2014, n. 106, recante «*Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo*», che all'art. 1<sup>210</sup> introduce il c.d. *Art-Bonus*<sup>211</sup>, uno strumento (peraltro, temporaneo)<sup>212</sup> di

---

<sup>209</sup> Il d. l. 8 agosto 2013, n. 91 (*Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo*), convertito con modificazioni dalla L. 7 ottobre 2013, n. 112 ed entrato in vigore in data 18.08.2013, meglio noto come c.d. "Valore cultura"; il d.l. 24 aprile 2014, n. 66 (*Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*), convertito con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89 ed entrato in vigore in data 24/04/2014; il d. l. 31 maggio 2014, n. 83 (*Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo*), convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2014, n. 106 ed entrato in vigore in data 1/06/2014. Per approfondimenti relativi al decreto "valore cultura", cfr., L. CASINI, *Il decreto valore cultura: «senza pietre non c'è arco»*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 2/2014, pp. 117-130; M. CAMMELLI, *La sindrome del fuoco amico (artt. 2 e 12 del decreto "Valore cultura")*, in *Aedon*, n. 3/2013 (*Rivista di arti e diritto on line*).

<sup>210</sup> Art. 1 (d. l. 31 maggio 2014, n. 83) "*Art- Bonus - Credito di imposta per favorire le erogazioni liberali a sostegno della cultura*". 1. Per le erogazioni liberali in denaro effettuate nei tre periodi d'imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2013, per interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici, per il sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura di appartenenza pubblica e per la realizzazione di nuove strutture, il restauro e il potenziamento di quelle esistenti delle fondazioni lirico - sinfoniche o di enti o istituzioni pubbliche che, senza scopo di lucro, svolgono esclusivamente attività nello spettacolo, non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 15, comma 1, lettere h) e i), e 100, comma 2, lettere f) e g), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e spetta un credito d'imposta, nella misura del: a) 65 per cento delle erogazioni liberali effettuate in ciascuno dei due periodi d'imposta successivi a quello in corso al 31 dicembre 2013; b) 50 per cento delle erogazioni liberali effettuate nel periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015. 2. Il credito d'imposta spettante ai sensi del comma 1 è riconosciuto alle

---

persone fisiche e agli enti non commerciali nei limiti del 15 per cento del reddito imponibile, ai soggetti titolari di reddito d'impresa nei limiti del 5 per mille dei ricavi annui. Il credito d'imposta e' ripartito in tre quote annuali di pari importo. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 40, comma 9, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. 3. Ferma restando la ripartizione in tre quote annuali di pari importo, per i soggetti titolari di reddito d'impresa il credito di imposta e' utilizzabile tramite compensazione ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e successive modificazioni, e non rileva ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attivita' produttive. 4. Al credito d'imposta di cui al presente articolo non si applicano i limiti di cui all'articolo 1, comma 53, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e di cui all'articolo 34 della legge 23 dicembre 2000, n. 388. 5. I soggetti beneficiari delle erogazioni liberali di cui al comma 1 comunicano mensilmente al Ministero dei beni e delle attivita' culturali e del turismo l'ammontare delle erogazioni liberali ricevute nel mese di riferimento; provvedono altresì a dare pubblica comunicazione di tale ammontare, nonché della destinazione e dell'utilizzo delle erogazioni stesse, anche con un'apposita sezione nei propri siti web istituzionali. Sono fatte salve le disposizioni del Codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. 6. L'articolo 12 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112 e' abrogato. Con il regolamento di organizzazione del Ministero dei beni e delle attivita' culturali e del turismo, di cui all'articolo 14, comma 3, del presente decreto, si individuano, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e nel rispetto delle dotazioni organiche definite in attuazione del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, apposite strutture dedicate a favorire le elargizioni liberali tra i privati e la raccolta di fondi tra il pubblico. 7. Ai maggiori oneri derivanti dalla concessione del credito d'imposta di cui al presente articolo si provvede ai sensi dell'articolo 17.

<sup>211</sup> Per un'analisi dettagliata del decreto-legge, v. A. CRISMANI, "ART-BONUS: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico", in *Federalismi*, n. 19/2014, pp. 1-29. Nella trattazione, l'A. specifica le caratteristiche principali del provvedimento, sottolineando come la cultura, oltre a costruire fondamentale fattore di coesione e di integrazione sociale, rappresenti anche un fattore di sviluppo economico.

<sup>212</sup> Per un approccio critico al problema delle agevolazioni fiscali, v. F. PISTOLESI, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempi di crisi*, in *Riv. Dir. Trib.*, fasc. 11, 2014, p. 1211 ss. L'A. ritiene che «la ricognizione delle agevolazioni fiscali in questa materia evidenzia una carente visione d'insieme e tendenze contraddittorie. Da un lato, si assiste ad una riduzione "diretta" e "indiretta" di tali agevolazioni. Dall'altro lato, si incentivano le erogazioni liberali da parte dei contribuenti attraverso lo strumento (peraltro, temporaneo) del c.d. "Art Bonus". L'impressione è che si tratti di iniziative disorganiche ed estemporanee, talora frutto anche di mere esigenze di incremento del prelievo impositivo. Sarebbe, invece, auspicabile un assetto delle agevolazioni che, nella consapevolezza dell'odierna ridotta disponibilità di risorse pubbliche, incentivi – oltre alla "conservazione" dei beni culturali (attraverso un ridotto prelievo fiscale a carico dei relativi possessori) – anche la loro "promozione" e "valorizzazione", agevolando le iniziative imprenditoriali che interessano direttamente detti beni».

agevolazione-incentivazione fiscale per i privati e le imprese che effettuano erogazioni liberali in denaro per interventi a favore della cultura, delle fondazioni lirico - sinfoniche e dello spettacolo.

Questo strumento surroga i finanziamenti pubblici e consente la partecipazione dei consociati alla gestione del bene pubblico, nello specifico del bene cultura, portando in rilievo vari interessi economici e/o sociali di rango costituzionale e consentendo la detrazione dalle imposte fino al 65% dell'importo donato, a chi effettua erogazioni liberali a sostegno del patrimonio culturale pubblico italiano.

Pare necessario, tuttavia, verificare la compatibilità di tali agevolazioni fiscali rispetto a quanto stabilisce l'ordinamento europeo in materia di aiuti di Stato. Se, cioè, le previsioni fiscali che agevolano le erogazioni liberali in materia di beni culturali possano o meno essere considerate "aiuti di Stato".

Come finemente rilevato a livelli generali, l'essenzialità della funzione di promozione culturale cui la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale sono preordinate, «lungi dall'imporre una riserva esclusiva degli apparati pubblici nella gestione di siffatte attività (certamente non prescritta nella Costituzione), implica unicamente la garanzia che tali attività siano oggettivamente svolte, giustificando anche l'intervento degli apparati pubblici ove non vi siano soggetti privati disposti a farlo»<sup>213</sup>.

Dunque, se dal punto di vista della fiscalità tali agevolazioni risultano, per una parte della dottrina, pienamente rispettose della normativa comunitaria relativa alla disciplina sugli aiuti di Stato<sup>214</sup>, non altrettanto può dirsi per i

---

<sup>213</sup> A. L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in cit., p. 353.

<sup>214</sup> F. PISTOLESI, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempi di crisi*, in cit., p. 1211 ss.



c.d. aiuti alla cultura, i quali sono stati recentemente al centro dell'attenzione data la loro assimilazione agli aiuti di Stato.<sup>215</sup>

La disciplina degli aiuti di Stato alle imprese si basa sul principio della incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune; per tale ragione gli aiuti devono essere sottoposti ad un sistema obbligatorio di autorizzazione preventiva da parte dell'istituzione comunitaria competente: la Commissione ed eccezionalmente il Consiglio.

Tali previsioni normative hanno lo scopo di evitare che attraverso l'intervento statale, si produca un'alterazione degli scambi tra gli Stati membri e l'inserimento di barriere non chiaramente visibili alla libera circolazione delle merci.<sup>216</sup>

E' emblematico, a questo punto, ciò che è stato disposto a livello comunitario con il Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del T.F.U.E.

Il primo comma dell'art. 107 sancisce l'incompatibilità in principio degli aiuti di Stato, statuendo che «...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».

Perché si realizzi l'ipotesi contemplata da questa norma occorre dunque che si verifichino quattro precise condizioni<sup>217</sup>: che la fonte delle risorse sia

---

<sup>215</sup> Per approfondimenti, v. F. TOGO, *Aiuti di Stato nel settore culturale*, in *Aedon*, 2/2009 (Rivista di arti e diritto *on line*); C. E. BALDI, *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato e politica culturale europea. Le incoerenze di un sistema fortemente burocratizzato*, in *Aedon*, n. 3/2014 (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>216</sup> F. TOGO, *Op. cit.*, s.p.

<sup>217</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p.

pubblica, che da esse derivi un vantaggio per delle imprese o comunque per dei soggetti che svolgano attività economica, che l'aiuto falsi la concorrenza e che inoltre distorca gli scambi tra Stati membri.

Qualora anche una sola di queste condizioni non sia presente, non si realizza la fattispecie dell'aiuto di Stato disciplinata dal Trattato e quindi l'intervento pubblico non è soggetto alle regole comunitarie della materia ed al conseguente controllo della Commissione.<sup>218</sup>

Il terzo comma dell'art. 107 ammette deroghe al divieto generale, consentendo la concessione di aiuti di Stato quando questi siano giustificati da un obiettivo di interesse comune, attribuendo alla Commissione competenza esclusiva quanto alla valutazione di compatibilità degli aiuti che uno Stato membro intenda istituire<sup>219</sup>.

Il ruolo della Commissione europea è dunque fondamentale nella definizione dell'ammissibilità di un aiuto di Stato e, prima ancora, nel tracciare il confine fra aiuto e non aiuto<sup>220</sup>.

La Commissione ha recentemente introdotto nel nuovo regolamento di esenzione n. 651/2014 disposizioni specifiche che regolamentano l'intervento pubblico a favore degli investimenti e delle attività culturali.

I regolamenti di esenzione hanno lo scopo di evitare, per una serie di aiuti, le notifiche<sup>221</sup> previste dal Trattato, stabilendo le condizioni al verificarsi delle quali tali aiuti sono compatibili con il mercato interno.

---

<sup>218</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p.

<sup>219</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p.

<sup>220</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p.

<sup>221</sup> F. TOGO, *Aiuti di Stato nel settore culturale*, in *Aedon*, n. 2/2009, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*), chiarisce che il controllo sugli aiuti di Stato diventa più veloce a seguito del processo di modernizzazione in atto negli ultimi anni da parte della Commissione, per cui: «gli Stati possono concedere aiuti che soddisfino le condizioni stabilite in tale regolamento senza necessità di notificarli preventivamente alla Commissione e di ottenerne l'autorizzazione». Sul punto, l'A. chiarisce che «l'esistenza delle deroghe giustifica l'esame dei progetti di aiuto di Stato da parte della Commissione. L'art. 108 T.F.U.E. (ex articolo 88 TCE) disciplina infatti

Non si tratta dunque di un'esenzione dall'applicazione delle regole della concorrenza, ma semplicemente dell'esclusione dell'obbligo di notifica preventiva: restano tutte le conseguenze del fatto che comunque si tratta di aiuti di Stato, con i limiti che questo status impone ed i pesanti oneri di carattere gestionale che esso comporta.<sup>222</sup>

Il nuovo approccio della Commissione alla problematica del finanziamento della cultura riguarda in particolare gli aiuti alle infrastrutture culturali, intese come attività economiche o funzionali ad esse, rischia di coinvolgere l'intero sistema del finanziamento pubblico del settore, notoriamente essenziale per la sopravvivenza di musei, siti archeologici, monumenti<sup>223</sup>.

La Commissione, in un documento<sup>224</sup> con il quale ha segnalato la possibile presenza di aiuti di Stato nei progetti infrastrutturali cofinanziati dai fondi europei, ha affermato tra l'altro: «per musei e monumenti storici più piccoli che si rapportano ad una domanda strettamente locale e non attirano visitatori a livello internazionale, l'effetto esercitato sugli scambi potrebbe essere non necessariamente evidente. La dimensione ed il bilancio limitati di progetti relativi a musei possono anche consentire di escludere un effetto sugli scambi tra Stati Membri, dal momento che le persone provenienti da altri Stati Membri tendono a non attraversare i confini allo scopo primario di

---

la procedura di controllo preventivo della compatibilità degli aiuti nuovi, nonché la procedura di controllo permanente sugli aiuti esistenti; in particolare, l'art. 108 T.F.U.E., par. 3, obbliga gli Stati membri ad informare la Commissione di ogni progetto diretto a istituire o modificare aiuti prima di dare esecuzione alle misure in questione (c.d. principio di sospensione) e conferisce alla Commissione il potere discrezionale di decidere se la misura notificata costituisca aiuto ex art. 107 T.F.U.E. (ex articolo 87 TCE), par. 1 ed in caso affermativo se possa beneficiare della deroga. Gli aiuti concessi dallo Stato membro senza la previa notifica e successiva approvazione della Commissione sono automaticamente "aiuti illeciti"».

<sup>222</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p.

<sup>223</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p.

<sup>224</sup> Ares (2012) 834142 – 01/08/2012, paragrafo 3, punto b), in <http://www.regione.abruzzo.it/affariComunitari/docs/aiutiInfrastrutture/GriglieanaliticheUE.pdf>

visitare tali musei. Per musei e monumenti storici più grandi che godono di fama internazionale, tuttavia, non è possibile escludere un effetto sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati Membri. La valutazione dipende dall'effettiva/potenziale capacità di attrarre visitatori stranieri».

La Commissione non esclude peraltro la possibilità che lo Stato finanzi la realizzazione di infrastrutture culturali o gestisca tali infrastrutture, anche quando queste non siano infrastrutture di rilevanza squisitamente locale, ma lo deve fare nel rispetto del principio dell'investitore privato<sup>225</sup> operante in un'economia di mercato<sup>226</sup>.

La Commissione ritiene in sostanza che le attività culturali, ivi comprese quelle relative alla realizzazione e gestione delle cosiddette infrastrutture culturali, siano attività d'impresa<sup>227</sup> e come tali siano soggette all'applicazione delle norme in materia di concorrenza.

Il Governo italiano ha espresso preoccupazione per l'ipotesi, avanzata dalla Commissione, che la normativa sugli aiuti di Stato venga estesa fino a ricomprendere la gestione di musei, archivi, cineteche e siti archeologici e la tutela, conservazione, promozione e valorizzazione del patrimonio artistico, culturale e paesaggistico, manifestando delle perplessità in un

---

<sup>225</sup> Sul principio dell'investitore privato, v. C. E. BALDI, *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato e politica culturale europea*, in cit., (s.p.), il quale afferma che «in ossequio al dettato costituzionale, la gestione dei musei italiani non è improntata al criterio dell'investitore privato, essendo privilegiata la funzione di servizio pubblico e sociale rispetto alla gestione economica del "servizio" ... In sostanza, il principio dell'investitore privato è auspicabile in termini di oculata gestione delle risorse. E' improponibile se inteso come condizione e limite all'intervento dello Stato. (...) Risulta dunque evidente che il principio dell'investitore privato alla gestione delle "infrastrutture culturali" .... non è applicabile».

<sup>226</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p.

<sup>227</sup> Ancora, v. C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p., il quale afferma che «la definizione di impresa non può essere applicata in maniera acritica alle attività culturali. Per stabilire se un'attività di tipo culturale sia qualificabile come attività imprenditoriale, si deve verificare innanzitutto se effettivamente essa, per sua natura, consista nell'offrire beni o servizi sul mercato, potendone ricevere una remunerazione adeguata...e se crei concorrenza», il che non pare possa configurarsi relativamente ai musei o ai monumenti.

documento di risposta alla consultazione pubblica relativa al progetto di comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, del T.F.U.E.<sup>228</sup>

E' di marzo 2015, invece, il documento contenente le «Linee guida delle Regioni e delle Province Autonome per l'applicazione del Regolamento n. 651/2014/UE agli aiuti alla cultura e alla conservazione del patrimonio», integrative delle linee guida approvate dalle Regioni e Province Autonome il 19 febbraio 2015 sulle parti generali di cui ai capi I, II e IV e forniscono elementi di approfondimento della sezione specifica 11, articolo 53.

Ad onore del vero, la traduzione in regole concrete, nel Regolamento di esenzione per categoria, del principio generale della riferibilità del finanziamento della cultura alla disciplina degli aiuti di Stato ha visto un significativo «ridimensionamento»<sup>229</sup>: il 72° considerando del Regolamento n. 651/2014/UE ammette innanzi tutto che «nel settore della cultura e della conservazione del patrimonio, determinate misure adottate dagli Stati membri possono non costituire aiuti di Stato in quanto non soddisfano tutti i criteri di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, per esempio perché l'attività svolta non è economica o non incide sugli scambi tra Stati membri», aggiungendo poi che, quand'anche siano aiuti di Stato, «non danno

---

<sup>228</sup> Su [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_state\\_aid\\_notion/it\\_permrep\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/it_permrep_it.pdf)

<sup>229</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, s.p., che sostiene come la Commissione «al di fuori dei settori espressamente citati in cui l'aspetto commerciale è prevalente, il finanziamento della cultura non costituisce aiuto di Stato, in quanto non si tratta di attività economica e non viene falsata la concorrenza; nella misura in cui può essere considerato aiuto, il ridotto impatto su un ipotetico mercato è giustificato largamente dall'obiettivo, riconosciuto dal trattato, della salvaguardia del patrimonio e della diversità culturale europea. Non si tratterebbe dunque di individuare eccezioni all'applicabilità delle regole della concorrenza, ma, al contrario, rispetto ad un'esclusione di fondo, dovrebbero essere individuati casi, peraltro di scarso rilievo, eccezionalmente soggetti alle regole in materia di aiuti di Stato: solo questi dovrebbero essere disciplinati dal regolamento di esenzione, o quanto meno dovrebbero essere individuati criteri idonei a stabilire quando il finanziamento di attività culturali costituisca aiuto di Stato o meno».

generalmente luogo ad una distorsione significativa della concorrenza» e, come mostra la prassi, «hanno effetti limitati sugli scambi».

In considerazione dell'importanza che l'art. 167 del Trattato riconosce alla promozione della cultura ed alla conservazione del patrimonio artistico, culturale e naturale, determinati aiuti devono dunque essere esentati dall'obbligo di notifica. Sono invece escluse dal Regolamento le attività che hanno un carattere prevalentemente commerciale, come la stampa e i periodici, la moda, il design o i videogiochi.

E invece l'art. 53 del regolamento 651/2014, che stabilisce le condizioni alle quali un aiuto alla cultura è compatibile (e dunque è aiuto di Stato), riporta un lungo elenco di attività ammissibili<sup>230</sup>, a dimostrazione del fatto che qualsiasi intervento nel settore, agli occhi della Commissione, è potenzialmente aiuto di Stato<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Articolo 53 - *Aiuti per la cultura e la conservazione del patrimonio*: 2. Gli aiuti sono concessi per i seguenti obiettivi e attività culturali: a) musei, archivi, biblioteche, centri o spazi culturali e artistici, teatri, teatri lirici, sale da concerto, altre organizzazioni del settore dello spettacolo dal vivo, cineteche e altre analoghe infrastrutture, organizzazioni e istituzioni culturali e artistiche; b) il patrimonio materiale comprendente il patrimonio culturale mobile e immobile e siti archeologici, monumenti, siti ed edifici storici; il patrimonio naturale collegato direttamente al patrimonio culturale o riconosciuto formalmente come patrimonio naturale o culturale dalle autorità pubbliche competenti di uno Stato membro; c) il patrimonio immateriale in tutte le sue forme, compresi i costumi e l'artigianato del folclore tradizionale; d) eventi artistici o culturali, spettacoli, festival, mostre e altre attività culturali analoghe; e) attività di educazione culturale e artistica e sensibilizzazione sull'importanza della tutela e promozione della diversità delle espressioni culturali tramite programmi educativi e di sensibilizzazione del pubblico, compreso mediante l'uso delle nuove tecnologie; f) scrittura, editing, produzione, distribuzione, digitalizzazione e pubblicazione di musica e opere letterarie, comprese le traduzioni".

<sup>231</sup> C. E. BALDI, *Op. cit.*, sul punto, ritiene che «non manca nulla. Tutto è potenzialmente aiuto di Stato, senza distinzione tra infrastruttura ed evento, fra contenitore e contenuto, fra iniziativa di portata internazionale ed evento locale, fra mostra a fini commerciali ed educazione culturale. Sembra che, non sapendo - o non volendo - distinguere l'aiuto dal non aiuto, si sia preferito lasciare alle Autorità nazionali il compito e la responsabilità di stabilire di volta in volta se si tratti o meno di aiuti di Stato. Fosse per noi il criterio sarebbe semplice: non è mai aiuto di Stato, salvo dimostrazione contraria; ma sappiamo che la Commissione è propensa a ritenere il contrario e per questa ragione, in linea generale, è portata a preferire l'aiuto compatibile al non aiuto. Questa generalizzazione potrebbe apparire, peraltro, un'apertura. Dato che - come vedremo - viene consentita la copertura totale dei costi

## 6. Territorialità, economia e cultura.

Il Codice dei beni culturali che, almeno in potenza, rappresentava l'occasione per favorire il conseguimento di un sistema integrato tra tutela e valorizzazione dei beni culturali, determinando una sorta di rottura con il passato (d. lgs. n. 112/98), in realtà non vi ha dato il seguito che si auspicava<sup>232</sup>, restando ancora attaccato alle antiche impostazioni basate sulle spartizioni di competenze fra Stato e Regioni e rimarcando la scissione fra tutela e valorizzazione anziché favorire la loro integrazione funzionale ai fini della "messa in valore" del bene culturale<sup>233</sup>.

Eppure, se da un lato permane un senso di scoramento per le occasioni perse e per ciò che non è stato realizzato, immediato è l'entusiasmo per ciò che potrebbe esserlo: è, infatti, quello stesso Codice a lanciare l'importante messaggio della cooperazione tra le istituzioni pubbliche e fra le istituzioni e i soggetti della società.

---

ammissibili, la differenza tra aiuto compatibile e non aiuto sembrerebbe, nella sostanza, inesistente. In realtà non è così. Innanzi tutto è una questione di principio; in secondo luogo, non va sottovalutato il rischio che, una volta qualificati gli interventi in campo culturale come aiuti di Stato, si possano poi applicare criteri più restrittivi per la quantificazione del finanziamento ammissibile; in terzo luogo, la mancanza di criteri distintivi tra le due categorie di intervento mette le autorità nazionali a rischio di contestazione delle proprie scelte (con inevitabile cautela da parte delle amministrazioni); infine - ed è l'aspetto probabilmente più rilevante - un aiuto compatibile impone comunque il rispetto di condizioni non sempre conciliabili con la natura dell'attività ed adempimenti procedurali inutilmente pesanti per un settore in cui gli interventi riguardano di frequente attività di piccolissimo respiro ed il sostegno alla loro realizzazione proviene da fonti diverse e spesso occasionali».

<sup>232</sup> Sul punto, G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazioni in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 3/2004.

<sup>233</sup> Ammonisce in un recente saggio M. CAMELLI, *La sindrome del fuoco amico (artt. 2 e 12 del decreto "Valore cultura")*, in *Aedon*, n. 3/2013 (*Rivista di arti e diritto on line*), come «la tutela e la valorizzazione dei beni non possono diventare una sorta di self-service tramite il quale ognuno si serve a suo gradimento del bene culturale preferito...è sufficiente disporre di un parametro, cioè di un programma di attività e di pochi ma chiari criteri generali di gestione, di una base, e di uffici ben organizzati e responsabili del merito di quello che fanno. E naturalmente di disporre delle conoscenze di base riguardanti gli elementi primari dei beni, partendo dal sapere quali e dove essi siano».

La dottrina parla di un vero e proprio «metodo» di cooperazione «che è prima di tutto cooperazione interistituzionale fra i soggetti componenti la Repubblica (secondo il principio di leale collaborazione sancito dall'attuale testo costituzionale) e si allarga e si estende poi agli altri enti pubblici e ai soggetti privati, nell'esercizio dell'autonoma capacità di iniziativa per fini sociali che essi possono dispiegare»<sup>234</sup>.

Va da sé, infatti che la Repubblica, oggi, si compone non più solo delle sue articolazioni "classiche" (Stato, Regioni, Città metropolitane.....), ma necessita altresì dell'ausilio dei soggetti privati per il perseguimento delle finalità pubbliche.

Le norme sparse nel Codice testimoniano e formalizzano una realtà già in gran parte esistente (si pensi al ruolo esplicito in particolare dalle fondazioni e associazioni ed enti senza scopo di lucro) e danno applicazione al principio già ricordato della sussidiarietà orizzontale.

Dunque, anche il Codice si affida sempre più alla iniziativa e alla responsabilità di persone e soggetti privati per la riuscita di una politica organica ed, insieme, efficace per i beni culturali. E, in questo senso, è fondamentale adoperarsi per una politica di sensibilizzazione che può certamente affermarsi come una delle armi vincenti al riguardo.

Tuttavia, ottimale sarebbe la possibilità di realizzare congiuntamente la creazione di un sistema in cui interagiscano sussidiarietà orizzontale (o sociale) e verticale<sup>235</sup> attraverso un sistema a rete di tutela e valorizzazione dei beni culturali.

---

<sup>234</sup> G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazioni in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 3/2004.

<sup>235</sup> C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali: ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon*, n.3/2001, la quale sottolinea: "sullo sfondo della questione relativa al rapporto pubblico-privato per la gestione e valorizzazione dei beni culturali o, più in generale, sullo sfondo della questione relativa alla "sussidiarietà orizzontale" – entro la quale essa si iscrive – è dunque facile scorgere i fantasmi di quelle che, per il settore, sono state (e sono) le vicende della



In questo senso, già la Legge Ronchey<sup>236</sup> aveva posto le basi per una siffatta impostazione, la quale prevedeva, in un momento certamente antecedente la riforma costituzionale, il necessitato intervento dei privati, così “profetizzando” una vera e propria inclusione del “mecenatismo” quale politica da coltivare soprattutto in materia di beni culturali.<sup>237</sup>

A dire il vero, la cultura è da sempre osservatorio privilegiato per constatare l'importanza dell'intervento privato nelle politiche di settore, soprattutto considerate le sempre più carenti risorse pubbliche ad esso destinate: se da un lato, infatti, la cultura può diventare, con politiche rispettose del bene in sé, un veicolo importante di generale sviluppo anche economico, dall'altro le poche risorse dedicate alla cultura, i finanziamenti a pioggia che hanno prediletto politiche di conservazione e la diffidenza nei confronti dei privati, hanno mortificato il “sistema cultura”.

Ma è possibile un cambiamento di prospettiva soprattutto se si riparte dal territorio<sup>238</sup>, quale «testimonianza vivente di quel prodigioso *continuum*»<sup>239</sup> con il mondo della cultura.

---

“difficile sussidiarietà verticale”. Che le due direttrici della “sussidiarietà orizzontale” e della “sussidiarietà verticale” siano tra loro connesse è dimostrato, oltre che dalla trama delle riforme...anche dall'attuale formulazione dell'art. 118 Cost...il nuovo testo costituzionale conferma, perciò, come la sussidiarietà orizzontale...è un modulo che si aggiunge e si affianca alla sussidiarietà verticale: che non è alternativo a quest'ultima. Tanto più questo appare evidente per il settore dei beni culturali, dove le funzioni e i compiti deducibili ad oggetto di interventi dei privati sono i medesimi per i quali è immaginabile un ruolo delle autonomie territoriali».

<sup>236</sup> Legge 14 novembre 1992, n. 433, conv. in legge 14 gennaio 1993, n. 4 (c.d. legge Ronchey).

<sup>237</sup> B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, p. 102, afferma, a proposito della Legge Ronchey che: «l'introduzione da parte della legge Ronchey della possibilità di concedere a privati i servizi aggiuntivi e soprattutto l'ampliamento di questi ultimi operato dal d. m. del 1997, nella direzione di una significativa partecipazione privata ai servizi per la fruizione dei beni culturali, ha fatto emergere la gestione come una funzione autonoma distinta dalla tutela».

<sup>238</sup> C. PINELLI, *Lo sviluppo dell'economia territoriale attraverso al cultura e il turismo e il coordinamento dei pubblici poteri*, in *Istituzioni del federalismo*, n.3/4-2013, pp. 777-792. L'A. pone quale questione preliminare del suo saggio la rinnovata nozione di territorio, il quale «è sempre meno un dato e sempre più un prodotto degli uomini che lo abitano: la stessa

Il tema del rapporto tra cultura e territorio negli ultimi anni è stato indagato in maniera sempre più pregnante, anche e soprattutto in relazione al fatto che la «cultura», nella sua accezione più ampia, viene oramai generalmente riconosciuta come una risorsa fondamentale per lo sviluppo economico e la competitività<sup>240</sup>.

Quando si pone l'attenzione sul binomio «cultura-territorio», si parte da un punto di osservazione piuttosto semplice: la cultura stessa non è concepibile senza il riferimento ad un luogo (a ed un tempo), ovvero «c'è sempre una relazione tra un posto qualsiasi nel mondo e la cultura che vi produce»<sup>241</sup>.

E' evidente, dunque, che la capacità della cultura, in tutte le sue espressioni, di farsi motore e occasione di sviluppo, richiede condizioni ambientali e di sistema locale, che solo i territori e, perciò, i governi che li rappresentano, possono assicurare, in ragione delle competenze delle quali dispongono all'interno dell'attuale assetto istituzionale<sup>242</sup>. Soprattutto, non può essere affidata alla sola azione e ai soli interventi di un centro statale, sempre più affaticato e incapace di farsi interlocutore dei diversi interessi e dei soggetti,

---

costruzione dei luoghi diventa una costruzione di senso. Il che comporta pure che il futuro della città non sia più scritto nel suo passato, e che la città vada reinventata», 779. Ancora sull'importanza del territorio, M. A. CABIDDU, *Governare il territorio*, 2008, pp. 1-14 in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), che, a p. 1, lo definisce: «elemento fondante del fenomeno giuridico».

<sup>239</sup> S. SETTIS, *Battaglie senza eroi. I beni culturali tra istituzioni e profitto*, Milano, 2005, p. 117 ss.

<sup>240</sup> Cfr. M. TAMMA, *Prodotti culturali e territori: l'immateriale che "vive" nella materialità*, in *Cultura, arte e management: frontiere e connessioni*. Atti del convegno annuale di Sinergie, Università degli Studi di Trento. «Sinergie», n. 82/2010, pp. 27-46.

<sup>241</sup> Così R. GROSSI, *Introduzione*, in R. GROSSI (a cura di), *Creatività e produzione culturale. Un paese tra declino e progresso*. Quinto rapporto annuale Federculture, 2008, p. 15.

<sup>242</sup> Cfr. C. BARBATI, *Territori e attività economiche*, in C. BARBATI- G. ENDRICI (a cura di) *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Bologna, 2005, pp. 13-130. L'A. sottolinea come: «parlare di "territori" significa riferirsi non solo ad aree geografiche circoscritte, con valenze culturali proprie, identificanti, ma significa fare riferimento anche alla ragione ultima, meglio sarebbe dire la causa, di ogni scelta ordinata che intenda riconoscere non solamente allo Stato centrale, ma pure alle singole collettività ad esso interne, e territorialmente qualificate, la condizione di soggetti capaci di agire e di entrare in relazione con altri della sfera sia pubblica sia privata», 16.

anche privati, che agiscono nei diversi settori, a partire da quello della cultura. E' questo, d'altro canto, il contributo che si attende dal potenziamento del principio autonomistico e per il quale esso stesso è stato pensato ed è, tuttora, "in qualche modo" perseguito. Un disegno entro il quale il territorio è potenzialità. Certo non può ritornare ad essere limite<sup>243</sup>.

Lo ricordiamo, la «Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione di soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale»: con questa formulazione il legislatore rende chiaro che la valorizzazione è aperta ad una ampia pluralità di soggetti, indipendentemente dall'assetto dominicale del bene culturale e nel quadro

---

<sup>243</sup> C. BARBATI, *Territori e cultura: quale rapporto?* in *Aedon*, n. 2/2011 (Rivista di arti e diritto *on line*). L'Autrice si pone con sguardo critico al cospetto del nuovo riparto di competenze attuato con la riforma del Titolo V della Costituzione in relazione al settore dei beni culturali. In particolare, effettuate le dovute considerazioni in merito alle funzioni della tutela – riservata allo Stato – e della valorizzazione dei beni culturali – riservata alla competenza concorrente Stato/Regioni – ha altresì illustrato gli aspetti di criticità che maggiormente inficiano il rapporto "Stato/Autonomie Locali" nella materia che ivi interessa. Nello specifico vengono messi in evidenza i limiti (im)posti all'effettiva operatività delle Autonomie locali da quelli che sono i vincoli posti in essere dalla preminenza decisionale statale in relazione a tutto ciò che ruota attorno alla disciplina dei beni culturali. Ancora, C. BARBATI, *Territori e attività economiche*, in cit., p. 103 ss; C. BARBATI, *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, n. 2/2009 (Rivista di arti e diritto *on line*), ove si afferma che: «esistono importanti connessioni fra il governo del territorio e i beni culturali. Non tutti i collegamenti fra governo del territorio e beni culturali possono, d'altro canto, dirsi egualmente presenti alla consapevolezza del legislatore, così da trovare idonea disciplina e composizione nelle complesse normative di riferimento. Se esistono alcuni "punti fermi", capaci di connotare i termini di questo rapporto, numerose sono le "zone d'ombra", molte delle quali dipendenti dalle difficoltà che, sia pure per ragioni ed in relazione ad aspetti differenti, ancora, si oppongono all'identificazione dei contenuti, e con essi delle politiche e degli interventi, che qualificano sia il settore dei beni culturali sia la materia-funzione governo del territorio. Difficoltà che reagiscono sulla stessa individuazione delle linee di confine e, insieme, di contatto che, da un lato, separano, dall'altro, avvicinano, sin quasi a sovrapporli, i due ambiti. Un rapporto che, quando lo si consideri poi sotto il profilo dei soggetti istituzionali coinvolti, si misura con le ulteriori incertezze che continuano a circondare il riconoscimento del ruolo che i diversi livelli di governo, a partire da quelli sub statali, sono legittimati o, ancor più, chiamati ad assolvere in entrambe le aree». Per un approccio critico, v. S. SETTIS, *Battaglie senza eroi*, cit., p. 119 ss, il quale sostiene che: «quando si taglia a fette, un tanto allo Stato e un tanto alle Regioni, la torta del patrimonio (lo ha fatto l'infelice nuovo Titolo V della Costituzione), lo si fa in base al "principio giuridico" della distinzione fra tutela e valorizzazione, ma è vero il contrario: questo specioso e dannoso principio giuridico è stato inventato proprio per poter dividere la torta».

della sussidiarietà orizzontale stabilita dall'art. 118 comma 4 della Costituzione.

Dunque, il coinvolgimento dei privati e, più in generale, delle comunità locali, è ritenuto capace di innalzare la sensibilizzazione verso il patrimonio culturale, intesa come capacità dei cittadini di riconoscere la loro identità in quel patrimonio, di riconoscerlo come proprio e, di conseguenza, di cooperare per la sua conservazione e valorizzazione<sup>244</sup>.

Ma se «il sapere, le sensibilità e le esperienze che ispirano la cultura non sono realtà astratte e disincarnate, esistono delle condizioni concrete e materiali nelle quali nascono e si sviluppano»<sup>245</sup>, è pur vero che «la produzione della cultura va contestualizzata. Non può essere considerata un'operazione astratta che nasce dal vuoto»<sup>246</sup>.

In questo senso «il sistema che si sviluppa intorno al patrimonio accresce l'aspetto di competitività di un territorio, rendendolo capace di attrarre, più di altri, risorse umane e finanziarie, come pure l'insediamento di attività non necessariamente appartenenti al settore culturale in senso stretto»<sup>247</sup>.

La crescente attenzione riservata negli ultimi anni alle attività culturali mostra una sorta di "riscoperta" del rapporto tra cultura, economia e territorio<sup>248</sup>: i territori si trasformano gradualmente in sistemi produttori di

---

<sup>244</sup> In un intervento pronunciato il 5 maggio 2003, in occasione della consegna delle medaglie d'oro ai benemerenti della cultura e dell'arte dall'allora Presidente della Repubblica, On. Carlo Azeglio Ciampi ([www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)), Egli affermava: «l'Italia che è dentro ciascuno di noi è espressa dalla cultura umanistica, dall'arte figurativa, dalla musica, dall'architettura, dalla poesia e dalla letteratura di un popolo. L'identità nazionale degli italiani si basa sulla consapevolezza di essere custodi di un patrimonio culturale unitario che non ha eguali al mondo».

<sup>245</sup> R. GROSSI, *Introduzione*, in cit., pp. 15-16.

<sup>246</sup> R. GROSSI, *Introduzione*, in cit., 15-16.

<sup>247</sup> Cfr. M. R. GUIDO, *Tre dimensioni della valorizzazione: l'esperienza, la partecipazione e la gestione*, Primo colloquio sulla valorizzazione, Roma, 12 ottobre 2011, reperibile sul sito [www.valorizzazione.beniculturali.it](http://www.valorizzazione.beniculturali.it)

<sup>248</sup> M. A. CABIDDU, *Governare il territorio*, in cit., p. 3, a proposito, afferma: «il territorio non corrisponda più, necessariamente, all'insieme delle istituzioni e degli interessi localmente

simboli culturali identitari<sup>249</sup>. La cultura diviene progressivamente il fattore che entra nei processi di crescita di valore, divenendo anche un bene di merito, in funzione della capacità di creare coesione sociale e di mantenere viva la memoria storica di una popolazione<sup>250</sup>.

Il supporto alla cultura da parte del settore pubblico diviene così un elemento fondamentale nel momento in cui si scopre la sua centralità ed importanza nella catena del valore economico, mentre per il settore privato quale *asset* produttivo primario per la costruzione della propria identità di prodotto, della cultura, della qualità, di un profilo di responsabilità sociale realmente ancorato alle aspettative e alle categorie di valore delle comunità locali.

Il modello dello sviluppo su base culturale fa riferimento a processi di autorganizzazione stimolati e sostenuti dalle politiche pubbliche<sup>251</sup>, in cui si devono tenere in considerazione sia il rapporto di implicazione, reciproca e necessaria, tra sviluppo e libertà sia i nessi che legano strettamente lo sviluppo economico all'innovazione e alla creatività, non solo delle industrie, ma anche degli individui<sup>252</sup>. Dall'individuo (inteso come attore economico

---

situati, né esaurisca il proprio significato nell'essere parte costitutiva degli enti c.d. appunto territoriali. La semantica del termine allude oggi piuttosto, anche nel comune sentire, a una nuova forma di rapporto fra l'individuo e il contesto ambientale che lo circonda e nel quale si svolgono le sue attività, una sorta di identità territoriale, che supera le categorie tradizionali della proprietà e del possesso e fa riferimento a una serie indefinita di interessi, cioè di beni, caratterizzati dall'essere parti di questo legame fondamentale e che si possono raccogliere – con una sintesi verbale che non ha una rispondenza nell'ordinamento positivo in senso stretto - nella nozione di "bene territoriale"».

<sup>249</sup> D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D. D'ORSOGNA, P. G. SACCO, M. SCUDERI. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 80/81 di *Arte e critica*, pp. 6-9.

<sup>250</sup> D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in cit., p. 7

<sup>251</sup> D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in cit., p. 8

<sup>252</sup> Cfr. P. L. SACCO, G. FERILLI, (2014) *L'Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, in D. D'ORSOGNA, P. G. SACCO, M. SCUDERI. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n.79/2014 di *Arte e critica*, pp. 10-17.

razionale) si passa così alla considerazione e alla centralità della “persona”, intesa nella sua interezza e nei suoi bisogni, sia nel discorso economico<sup>253</sup> sia in quello giuridico<sup>254</sup>: la persona quale attrattore dello sviluppo, che si snoda sui canali della capacitazione e della cittadinanza attiva<sup>255</sup>.

Riguardo al tema specifico della valorizzazione del patrimonio culturale: esso è stato a lungo al centro delle politiche culturali italiane, a tutti i livelli di governo<sup>256</sup>. La ragione è semplice: in Italia «il patrimonio storico-artistico identifica uno degli elementi ritenuti caratterizzanti del nostro sistema di offerta culturale, e quindi si pone come un potenziale fattore di vantaggio competitivo non soltanto sul versante del mercato turistico ma anche su quello della produzione culturale vera e propria»<sup>257</sup>.

Il concetto di patrimonio culturale è tuttavia complesso e pone – se analizzato in prospettiva di teoria economica - non pochi problemi metodologici<sup>258</sup>: è a volte difficile intendersi sulle condizioni che concorrono a definire cosa sia esattamente il patrimonio culturale di un Paese o di un territorio<sup>259</sup>. La questione riguarda (...) la relazione che esiste tra l’identità

---

<sup>253</sup> In Italia cfr. P.L. SACCO- S. ZAMAGNI (a cura di), *Complessità relazionale e comportamento economico. Materiali per un nuovo paradigma di razionalità*, Bologna, 2002; P.L. SACCO - S. ZAMAGNI (a cura di), *Teoria economica e relazioni interpersonali*, Bologna, 2006.

<sup>254</sup> Cfr. M. IMMORDINO - A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

<sup>255</sup> D. D’ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in cit., p.8.

<sup>256</sup> M. TAMMA, *Prodotti culturali e territori: l’immateriale che “vive” nella materialità*, in cit., p. 29. L’A. afferma come: «Al di là di assunzioni quasi implicite, il dibattito, in letteratura ma anche nelle politiche, si è sviluppato attorno a due tematiche fondamentali che poi, di fatto, hanno finito per incrociarsi. Esse, in termini molto sintetici, attengono: a) alla tutela, conservazione e - soprattutto - *valorizzazione* del patrimonio artistico e culturale (tangibile e intangibile), che sempre si ripete essere in Italia senza eguali; b) all’adozione/promozione di un modello di sviluppo economico-sociale fondato sulla cultura e sulla creatività».

<sup>257</sup> P. L. SACCO, G. FERILLI, (2014) *L’Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, in cit., p. 10.

<sup>258</sup> *Ibidem*.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

storica e simbolica del contesto in esame e i suoi processi di sviluppo economico e sociale<sup>260</sup>.

Parlare di valorizzazione del patrimonio implica in particolare che lo sviluppo socio-economico possa e in un certo senso «debba» muoversi lungo una traiettoria evolutiva nella quale la cultura non può che giocare un ruolo di primo piano: una grande opportunità, certamente, ma anche, allo stesso tempo, una grande responsabilità.<sup>261</sup>

Nelle politiche di sviluppo locale di questi ultimi anni il potenziale di sviluppo del patrimonio è stato declinato soprattutto sul versante turistico<sup>262</sup>, centrato su una concezione convenzionale della città d'arte; il che ne ha determinato, paradossalmente, una progressiva involuzione<sup>263</sup>.

Se si vuole dare nuovo slancio a questo modello bisogna allora porsi come obiettivo quello entrare appieno in una logica di investimento e

---

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> *Ibidem*.

<sup>262</sup> Sul ruolo ambivalente del fenomeno turistico, v. P. PIRAS, *La "borsa dei beni culturali e del turismo sostenibile": il bene culturale quale risorsa*, in *Aedon*, n. 3/2002 (Rivista di arti e diritto *on line*). L'A. afferma che: «L'attenzione alle logiche della sostenibilità nella gestione di una risorsa trova il suo presupposto nella riflessione che essa sarà tale solo se, una volta conosciuta la sua capacità di riproduzione, non si eccede nel suo sfruttamento oltre una determinata soglia. Questo principio, applicato al turismo non più fenomeno d'élite, ma, oggi, fenomeno di massa, consente di riscontrare come spesso la pressione esercitata sui luoghi visitati è tale da comprometterne la sopravvivenza o la conservazione con ripercussioni significative anche per la conservazione dei beni culturali. Infatti l'ambivalenza del fenomeno turistico fa sì che esso, ad oggi definito la prima industria del mondo, se, da un lato, può contribuire al conseguimento di obiettivi socio-economici e culturali, dall'altro può essere causa del degrado ambientale. Da ciò l'esigenza di applicare il principio della sostenibilità alle attività turistiche, considerate tali dalla *World commission environmental development* nel Rapporto Brundtland del 1987, quando "si sviluppano in modo tale da mantenersi vitali in un'area turistica per un tempo illimitato, non alterano l'ambiente naturale, sociale e artistico e non ostacolano, o inibiscono, lo sviluppo di altre attività sociali ed economiche"». Nello stesso senso, ma più di recente, S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *cit.*, pp. 781-782. L'A. ritiene che a fronte della domanda crescente di fruizione, prodotta dall'aumento del livello culturale della società, si determina una pressione sui beni culturali tale da richiedere «provvedimenti di difesa, di limitazione della fruizione, di programmazione».

<sup>263</sup> P. L. SACCO, G. FERILLI, (2014) *L'Italia che verrà, quando?*, *cit.*, p.10

sperimentazione, sapendo che la cultura ha un senso, anche economico, soltanto quando è viva, capace di esplorare nuovi territori, indurre il cambiamento, liberare nuove energie.<sup>264</sup>

Il futuro del patrimonio culturale come possibile piattaforma di sviluppo passa da strade molto diverse da quelle evocate nei tanti dibattiti dedicati al tema: la produzione creativa, la capacità di connettersi alle grandi reti internazionali, la capacità di attirare investimenti. Si tratta cioè di direttrici di sviluppo che presuppongono reale capacità imprenditoriale, modelli gestionali adeguati, sforzo creativo. Per operare questo cambiamento servono soprattutto territori che si candidino ad essere laboratori di sviluppo di buone prassi<sup>265</sup>. Le risorse e le specificità di un territorio possono infatti rimanere risorse «inanimate», non mobilitate né valorizzate, se queste capacità non vengono sviluppate<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> P. L. SACCO, G. FERILLI, *Op. cit.*, p. 11

<sup>265</sup> *Ibidem*.

<sup>266</sup> M. TAMMA, *Prodotti culturali e territori: l'immateriale che "vive" nella materialità*, in cit., p. 43.



## CAP. 2

### LE FORME DI GESTIONE DEI BENI CULTURALI

#### 1. *Il principio di sussidiarietà: profili generali.*

Come anticipato già nel capitolo precedente, la sussidiarietà è un principio regolatore che forgia i rapporti giuridici tra soggetti di diversa matrice sociale: «rappresenta la ragion d'essere e la funzione del diritto rispetto alla società»<sup>267</sup>. Il che si riverbera, in maniera se possibile più pregnante, proprio nel contesto di valorizzazione e gestione dei beni culturali, settore in cui risulta attualmente più necessario l'intervento congiunto di tutte le forze sociali in campo.

Il principio di sussidiarietà che evoca, quale proiezione comunitaria, il concetto di partenariato pubblico-privato<sup>268</sup> è stato formalizzato, in maniera giuridicamente rilevante per il nostro ordinamento, dapprima a livello comunitario, con il Trattato di Maastricht<sup>269</sup>, nella sola dimensione verticale,

---

<sup>267</sup> Così, G. BERTI, *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, in *Incontri di studio* n. 6, Milano, 2005, p. 32.

<sup>268</sup> M. P. CHITI, *I Partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, Finanza di progetto, società miste, Fondazioni*, Napoli, 2009, pp. 1-10.

<sup>269</sup> Il trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, è entrato in vigore il 1° novembre 1993. All'art. 5 (ex art. 3 B), par. 2, Trattato CE, come introdotto dall'art. G, paragrafo 5, del Trattato sull'Unione europea (Trattato di Maastricht), prevedeva, relativamente al riparto di attribuzioni tra Comunità e Stati membri, l'intervento della Comunità europea, ad eccezione dei settori di sua esclusiva spettanza, secondo, appunto, il principio di sussidiarietà, ossia «soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario». Tuttavia, alla luce delle procedure di attuazione del principio da parte della Commissione europea, si rilevano importanti ripercussioni negli ordinamenti statali sul versante della sussidiarietà orizzontale. La Commissione, infatti, ha intrapreso un'opera di delegificazione dei regolamenti (il riferimento è, ovviamente, a quelli dell'U.E.) nell'ottica di liberalizzare le attività private, invitando le autorità statali a seguire lo stesso trend, verificando, materia per materia, se sia effettivamente opportuno il mantenimento

per poi penetrare nell'ordinamento interno attraverso le previsioni del Capo I della legge n. 59 del 1997<sup>270</sup>; legge che, giova ricordarlo, ha posto le basi di un ampio e sostanzioso decentramento amministrativo<sup>271</sup>, attribuendo al

---

delle normative in atto ed auspicando la devoluzione ai privati di quante più attività possibile, nonché la riduzione dei controlli e delle autorizzazioni preventive. Il risvolto "orizzontale" della dimensione comunitaria del principio di sussidiarietà è evidenziato da L. MELICA, (voce) *Sussidiarietà*, in *Diz. Dir. pubbl.*, Roma, 2006, p. 5837 ss.

<sup>270</sup> La legge 15 marzo 1997, n.59, altresì nota come «*legge Bassanini*», è una legge complessa che ha previsto un insieme di deleghe legislative e regolamentari per il riordino generale del nostro sistema amministrativo, con riguardo a tre principali oggetti: il conferimento delle funzioni statali a Regioni ed enti locali (Capi I); il riordino e la riorganizzazione delle strutture amministrative dello Stato e degli enti dipendenti (Capo II); la revisione e la semplificazione dei procedimenti amministrativi (Capo III). In particolare, la legge «Bassanini» è stata presentata come quella che avrebbe realizzato il c.d. «federalismo amministrativo» (espressione usata dallo stesso Ministro della Funzione pubblica che ha dato il nome alla riforma; sul paragrafo cfr. *Il Sole 24 ore* del 1° aprile 1998, 31). L'appellativo di "federalismo amministrativo" – con tutta evidenza – vuole sottolineare il fatto che la riforma operata con L. n. 59/1997 rappresenta la massima concessione di autonomia attuabile con legge ordinaria, senza modifiche alla Costituzione o, com'è anche detto, «a Costituzione invariata»

<sup>271</sup> La questione del decentramento amministrativo rappresenta uno dei più gravi e ricorrenti problemi di politica amministrativa e va considerata al tempo stesso dal profilo di vista legislativo – costituzionale e tecnico – amministrativo. Sotto il primo profilo la questione si riconnette al problema costituzionale delle Autonomie locali e a come esse si rapportino allo Stato centrale. Sotto il secondo profilo si tratta di vedere se una buona amministrazione possa ottenersi più da un sistema accentrato o da un sistema decentrato (sul paragrafo, R. LUCIFREDI, (voce) *Decentramento amministrativo*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, 1960, p. 248 ss). L'accentramento e il decentramento amministrativi rappresentano due tipi diversi e contrapposti di ordinamenti giuridici anche se si tratta di figure riscontrabili nella loro integralità soltanto in teoria: infatti, se da un lato il decentramento totale porta a spezzare la nozione stessa di Stato, dall'altro è da rilevare il carattere utopistico di un accentramento totale nello Stato moderno, caratterizzato da una grande quantità e complessità di fini e di funzioni. Questo significa che in tutti gli ordinamenti giuridici positivi è presente una commistione dei due principi, che si presentano come accentramento e decentramento imperfetti. Il problema che si pone è quello di vagliare gli strumenti giuridici attraverso i quali essi, presenti in ogni Stato, sono valorizzati. Occorre tenere conto delle trasformazioni possibili, del continuo ricambio tra accentramento e decentramento, in conseguenza di un processo di concentrazione e di disgregazione che si manifesta in ogni società (v. F. ROVERSI MONACO, (voce) *Decentramento Amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. X, Roma, 2000, p. 1). Sul tema del decentramento amministrativo pesa ancora la constatazione attualissima, se non risalisse ad un secolo fa, di S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enc. Giur. It.*, vol. IV, Milano, 1897, pp. 427-462, secondo il quale «parrebbe quasi che l'unico problema da risolvere in tutta la sfera della pubblica amministrazione sia appunto quello del decentramento».

Governo la delega per conferire<sup>272</sup> alle Regioni e agli enti locali tutte le funzioni e i compiti amministrativi ancora esercitati dall'amministrazione statale (anche tramite enti o altri soggetti pubblici), ad eccezione di quelli riconducibili ad un elenco di materie o funzioni sottratte a tale processo devolutivo (art. 1, commi 3 e 4, legge cit.).

Quale principio ispiratore della riforma predisposta con la legge n. 59/97 e, pertanto, del successivo decreto delegato n. 112 del 1998 (che, come è noto, ha devoluto la generalità delle funzioni amministrative alle regioni e agli enti locali), il principio di sussidiarietà ha ricevuto vera e propria dignità costituzionale solamente con la Riforma del Titolo V della Costituzione<sup>273</sup> nonché con la legge 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. legge "La Loggia")<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup>Il termine "conferimento" è stato coniato dal legislatore della legge 59/1997, quale sostituto più generale del termine *trasferimento (di funzioni)*, usato, invece, dal legislatore degli anni settanta. In un certo senso si è voluta sostituire ai più tecnici termini tradizionali un'etichetta generica, atta a indicare l'obiettivo, cioè l'avvicinamento dei centri decisionali al cittadino. La definizione del vocabolo "conferimento", viene fortunatamente fornita dallo stesso articolo 1 della L. n. 59/1997: «Il Governo è delegato ad emanare (...) uno o più decreti legislativi volti a conferire alle Regioni e agli enti locali, ai sensi degli art. 5, 118 e 128 della Costituzione, funzioni e compiti amministrativi nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella presente legge». Il termine "conferimento", come espressamente specificato dalla legge stessa, è evidentemente usato per indicare indistintamente funzioni e compiti che possono essere allocati a titolo diverso: trasferimento, delega o attribuzione. L'istituto del conferimento, quindi, riassume, secondo il legislatore del tempo, tutte le forme di attribuzione di funzioni e compiti possibili, a Costituzione invariata.

<sup>273</sup> La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n.3, recante «*Modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione*», è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001. Il testo era stato approvato in seconda deliberazione dal Senato della Repubblica l'8 marzo 2001, a maggioranza dei suoi componenti, e sottoposto a referendum confermativo, con esito positivo, il 7 ottobre 2001.

<sup>274</sup> La legge n. 131 del 5 giugno 2003 «*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*» rappresenta un paragrafo di svolta nel processo di attuazione della riforma costituzionale. Essa disciplina le potestà normative dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali e i loro reciproci rapporti; regola una serie di aspetti dell'amministrazione centrale e locale (allocazione delle funzioni e delle risorse necessarie per il loro esercizio; organizzazione e controlli); introduce misure di garanzia delle posizioni riservate alle Regioni e agli enti locali dalla Costituzione. Per un commento della legge, v. AA.VV., *Legge "La Loggia". Commento alla l. 5 giugno 2003, n.131 di attuazione del titolo V della Costituzione*, Rimini 2003, ma disponibile anche in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); AA.VV.,

Ad onor del vero, la definizione della legge n. 59 del 1997 (art. 4, co. 3, lett. a)) compendia già in sé i due volti del principio di sussidiarietà, come oggi recepiti dall'art. 118 Cost.: quello "verticale" (art. 118, comma 1, Cost.), che opera ai fini del riparto di attribuzioni tra livelli istituzionali pubblici, implicandone per regola l'allocazione presso l'ente più vicino agli amministrati, che sia "dimensionalmente" adeguato ad esercitarle; e quello c.d. "orizzontale" (art. 118, comma 4, Cost.), che sottende l'esigenza di favorire<sup>275</sup> il perseguimento di finalità di interesse generale anche attraverso l'operato di formazioni sociali e degli individui.

In particolare, il principio della sussidiarietà nella sua dimensione "verticale" fa ingresso nel testo costituzionale nella duplice veste di principio di organizzazione (nella sua "dimensione statica"), per il quale l'ente più vicino ai cittadini (il Comune) rappresenta il baricentro del sistema amministrativo; e come fattore di flessibilità (c.d. "dimensione dinamica" della sussidiarietà) dell'ordine di attribuzioni amministrative predeterminate, in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie<sup>276</sup>.

---

*Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia), Milano, 2003.*

<sup>275</sup> Il Consiglio di Stato, chiamato in sede consultiva a esprimere un parere, ha affermato che la formulazione con la quale l'art. 118 Cost. stabilisce che gli enti territoriali "favoriscono" l'autonoma iniziativa dei privati deve tradursi in un vero e proprio "«dovere» da parte degli stessi di proteggere e realizzare lo sviluppo della società civile partendo dal basso" ovvero "dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali", dovendosi privilegiare l'iniziativa dei singoli quando sia in grado di realizzare attività di utilità generale rientranti nei "settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi" (Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere 1° luglio 2002, n. 1354/2002, in *Dir. banc.*, 2003, II, p. 15 ss).

<sup>276</sup> Le due dimensioni del principio di sussidiarietà sono così rappresentate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303/2003: «Enunciato nella legge 15 marzo 1997, n. 59 come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più

92

GIOVANNA ROMANO

*Fondazioni di partecipazione e gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*

Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

Più in generale, il principio di sussidiarietà, per poter essere concretamente fatto proprio dalla legge in sede di distribuzione delle funzioni amministrative, ed anche al fine di rispondere alle esigenze unitarie (che giustificano lo spostamento delle competenze verso l'alto, secondo la felice metafora dell' "ascensore"<sup>277</sup>), viene integrato – nello stesso art. 118 Cost. – dai canoni di differenziazione ed adeguatezza<sup>278</sup>, interni allo stesso principio

---

*come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie».*

<sup>277</sup> R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2014, p. 103. Come sottolineato dagli stessi Autori «bisogna stare attenti a non confondere il principio di sussidiarietà con quello di decentramento. Infatti, esso non comporta necessariamente il favore per la collocazione delle competenze al livello territoriale di governo più "basso", e perciò più "vicino" ai cittadini. La sussidiarietà richiede che la competenza, in relazione alla sua natura, sia collocata a livello territoriale dove possa essere esercitata nel modo migliore, cioè più efficiente ed adeguato alle finalità perseguite. Perciò si può osservare che il principio, a seconda delle caratteristiche della competenza presa in considerazione, ovvero in relazione all'evolversi dei problemi e dei contesti socio-economici, può condurre talora a spostare verso l'alto (in altri casi verso livelli di governo più basso) l'esercizio dei poteri e delle competenze. Usando una metafora, potrebbe dirsi che la sussidiarietà funziona come un ascensore».

<sup>278</sup> L'«adeguatezza» è definita dall'art. 4, comma 3, lett. g), della l. n. 59 del 1997 quale «idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni» conferite. Come evidenziato, «si potrebbe anche dire, quindi, che l'affermazione del principio di adeguatezza sia nell'art. 4 della l. n. 59/1997, sia nell'art. 118 Cost., è ridondante rispetto a quella del principio di sussidiarietà, poiché l'adeguatezza, in realtà, è già contenuta nella sussidiarietà», così M. RENNA - F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 285. Ancora, «i due principi non sono configurabili, invero, quali "antagonisti", cioè nel senso che in base al principio di sussidiarietà si tenderebbe ad allocare le funzioni "verso il basso", mentre in base al principio di adeguatezza si tenderebbe ad allocarle "verso l'alto". Essi appaiono invece configurabili come un principio unitario, in applicazione del quale – volendo utilizzare la felice metafora dell'ascensore – si può dire che le funzioni possono "scendere" o "salire", oppure anche "restare al piano", a seconda, da un lato, della loro collocazione di partenza e, dall'altro, della materia cui si riferiscono e della loro tipologia, ossia, in ultima analisi, della loro dimensione». Nello stesso senso, v. N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, in cit., p. 18. Il quale afferma che «i criteri di "differenziazione" ed "adeguatezza", che figurano accanto a quello della "sussidiarietà" come principi che presiedono all'allocazione delle funzioni, ne rappresentano, in sostanza, delle specificazioni applicative, nei termini in cui gli stessi già erano stati enunciati nel capo I della legge n. 59 del 1997. La regola della differenziazione consente di distribuire in modo diversificato le funzioni sul territorio, presso livelli istituzionali diversi, "in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi; la regola dell'adeguatezza rappresenta il parametro per giudicare la

93

GIOVANNA ROMANO

*Fondazioni di partecipazione e gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*

Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

di sussidiarietà e volti a dirigere il funzionamento della sussidiarietà stessa, orientandola verso la rispondenza ad un assetto distributivo delle competenze secondo gli elementi che possono realizzare il più appropriato esercizio della funzione da parte dell'ente che ne diviene titolare.

Il vaglio circa la corretta applicazione, da parte della legge, degli anzidetti principi risulta di competenza della Corte costituzionale, mentre allo Stato, sembra accreditarsi una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà dinamica, governata dal principio di leale collaborazione tra gli enti interessati<sup>279</sup>.

L'enunciazione della sussidiarietà, nei suoi due aspetti, è altresì ripresa dal *Testo unico sull'ordinamento degli enti locali*<sup>280</sup>, ove si precisa, da un lato, che i Comuni e le Province «sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà» e, dall'altro, che gli enti stessi «svolgono le funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla

---

compatibilità delle funzioni da allocare con la dimensione dell'ente ricevente, giacché, in base a tale regola, si valuta l' "idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni».

<sup>279</sup>«Ecco dunque dove si fonda una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza. Si comprende infatti come tali principi non possano operare quali mere formule verbali capaci con la loro sola evocazione di modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito, perché ciò equivarrebbe a negare la stessa rigidità della Costituzione. E si comprende anche come essi non possano assumere la funzione che aveva un tempo l'interesse nazionale, la cui sola allegazione non è ora sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base all'art. 117 Cost. Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa precedente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale. Ciò impone di annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà» (sent. Corte cost. n. 303/2003).

<sup>280</sup> Il d. lgs. 18 agosto 2000, 267, emanato ai sensi dell'articolo 31 della legge 3 agosto 1999, n.265.

autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali»<sup>281</sup>: il cittadino, da mero amministrato, viene dunque considerato come «promotore»<sup>282</sup> della vita politico-amministrativa.

Tuttavia, se da un lato le due «direttrici»<sup>283</sup> della sussidiarietà sono ritenute «tra loro connesse»<sup>284</sup>, è pur vero, dall'altro lato, che circa la relazione fra le due accezioni della sussidiarietà esisterebbe una profonda differenza<sup>285</sup>: quella *verticale* riguarda esclusivamente i rapporti fra enti pubblici rappresentativi ed è utilizzata per distribuire fra tali soggetti determinati poteri di comando nei confronti delle rispettive comunità rappresentate; la sussidiarietà *orizzontale*, al contrario, non può concernere la distribuzione di poteri di comando fra i privati, i quali non possono mai comandare altri privati se non in casi particolari e mediante il ricorso all'uso della forza. Conseguentemente, essa si riferisce unicamente alla ripartizione fra soggetti privati e soggetti pubblici di compiti relativi alla mera erogazione di servizi. Dunque il principio di sussidiarietà, generalmente inteso e condensato, combina in sé «solidarietà, autonomia, responsabilità, partecipazione da parte dei soggetti privati e funzione essenzialmente regolativa da parte dei poteri pubblici»<sup>286</sup>.

Questo a significare come tale principio non si affermi, quale criterio generale, in opposizione all'autorità pubblica; piuttosto, quale momento di

---

<sup>281</sup> Art. 3 (*Autonomia dei comuni e delle province*), comma 5, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (tale norma deriva dall'art. 2, comma 5, della legge 8 giugno 1990, n. 142, come modificato dall'art. 2 della legge 3 agosto 1999, n. 265).

<sup>282</sup> Così, E. CASETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 26.

<sup>283</sup> C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon*, n. 3/2001 (Rivista di arti e diritto *on line*), s.p.

<sup>284</sup> C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *cit.*, s.p.

<sup>285</sup> P. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, I, 2002, p. 19.

<sup>286</sup> «Solidarietà, autonomia, responsabilità, partecipazione da parte dei soggetti privati e funzione essenzialmente regolativa da parte dei poteri pubblici sono dunque le direzioni in cui si ramifica e si manifesta il principio di sussidiarietà come principio di filosofia sociale», così, P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004, p. 28.

esaltazione dell' «autonomia relazionale»<sup>287</sup> fra soggetti pubblici e soggetti privati.

### 1.1 (segue) *La sussidiarietà orizzontale e l'autonoma iniziativa dei privati nello svolgimento di attività di interesse generale.*

E' noto che il principio di sussidiarietà, nella sua declinazione «orizzontale», affonda le sue radici nella dottrina sociale della Chiesa<sup>288</sup>, in quanto «proprio in questo ambito (...) riceve la sua più compiuta formulazione»<sup>289</sup>.

L'assunzione nell'ordinamento interno di tale flessione della sussidiarietà, comporta in sé l'apertura del disegno costituzionale verso nuove forme di amministrazione, caratterizzate dalla complementarità, nei confronti dei pubblici poteri, da parte dell'autonoma iniziativa della società civile nello svolgimento di attività di interesse generale, quale applicazione e

---

<sup>287</sup> Si sofferma sul concetto di «autonomia relazionale», G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Milano, 2005, p. 192, il quale - chiarendo i passaggi dell'evoluzione dal «paradigma bipolare» cassesiano quale «schema teorico sul quale si è sempre fondato (a tuttora si fonda) il rapporto fra amministrazioni pubbliche e cittadini» al «paradigma pluralista e relazionale» - rileva come «(...) l'autonomia cui si riferisce la Costituzione non è quella che serve a difendere i poteri locali nei confronti di quelli centrali, bensì quella che serve ad instaurare in una società pluralista rapporti paritari fra diversi centri di riferimento di interessi, sia pubblici sia privati».

<sup>288</sup> Il principio di sussidiarietà si sviluppa a partire dal XIX° secolo nella dottrina sociale della Chiesa cattolica. Le sue logiche sono già compiutamente delineate nella prima grande enciclica sociale, la *Rerum novarum* di Papa Leone XIII del 1891. La sua esplicitazione e più classica formulazione si deve invece alla lettera enciclica *Quadragesimo anno* di Papa Pio XI del 1931: «così come è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'operosità propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e a una più alta società ciò che può essere fatto dalle comunità minori e inferiori».

<sup>289</sup> P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004, p. 21 ss. Afferma l'A., a p. 22, citando G. DALLA TORRE, *Dottrina sociale della Chiesa e nuova codificazione canonica*, in *Dr. Eccl.*, 1991, come «per la verità non è primariamente sul terreno del diritto canonico, quanto piuttosto della dottrina sociale, che il principio viene posto, trattandosi di uno di quei casi in cui acquisizioni fondamentali della dottrina sociale (...) hanno conosciuto una successiva applicazione anche nell'ambito della società ecclesiastica».



svolgimento del principio di solidarietà economica e sociale enunciato, in via generale, nell'art. 2 Cost.<sup>290</sup>

Ciò significa che, da un lato, si assume come doverosa la lettura dell'art. 118 Cost. in «prospettiva sistematica»<sup>291</sup> (nel rispetto e) alla luce di tutti i principi costituzionali già vigenti<sup>292</sup>; dall'altro lato, e più in generale, esso va letto anche alla luce delle altre disposizioni contenute nella prima parte della Costituzione, le quali, dal momento della espressa costituzionalizzazione del

---

<sup>290</sup> «Ne consegue che l'azione dei pubblici poteri si configura come sussidiarietà di quella dei privati singoli e associati, nel senso che gli enti istituzionali possono legittimamente intervenire nel contesto sociale, ove le funzioni amministrative assunte siano svolte in modo più efficiente e con risultati più efficaci che se fossero lasciate alla libera iniziativa privata, ancorché regolamentata. E per questa via, a ben guardare, trova congruente riscontro il principio fondamentale contenuto nell'art. 2 della Costituzione il quale afferma la centralità, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, dell'individuo e delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. In oggi, pertanto, i pubblici poteri devono agire preferenzialmente tramite il coinvolgimento diretto dei singoli e dei gruppi sociali liberamente costituiti, in quanto chiamati in prima persona a cogestire la funzione amministrativa secondo il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale. Circostanza, questa, che induce necessariamente a dover riconsiderare sotto nuova e più pregnante luce la valenza della posizione giuridica dei soggetti coinvolti nell'azione amministrativa» (T.A.R. Liguria, sez. I, sentenza n. 267/2004).

<sup>291</sup> P. DURET, *Op. cit.*, p. 63.

<sup>292</sup> P. DURET, *Op. cit.*, p. 48, che, nello specifico, ritiene già presente il germe della «sussidiarietà» nell'art. 2 Cost. Nello stesso senso, V. CERULLI-IRELLI, (voce) *Sussidiarietà*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, p. 4, il quale afferma che «lo stesso testo costituzionale, nella sua versione originaria già prevedeva, com'è ben noto, che i cittadini, anzi gli uomini, come singoli, ovvero nell'ambito delle formazioni sociali nelle quali si svolge la loro personalità, agissero in vista dell'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.); cioè, si può dire, non per scopi egoistici, o esclusivamente individualistici, ma appunto, nell'interesse anche degli altri, nell'interesse collettivo». Si esprime espressamente in termini di "principio costituzionale non scritto", anche A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, I, p. 24. *Contra*, A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, I, p. 51 ss. L'Autore, dopo aver ripercorso la posizione che ravvisava il fondamento della sussidiarietà nell'art. 2 Cost. (in ragione della valorizzazione della capacità dell'autonomia della persona, accanto a quella dei gruppi sociali), distingue nettamente la (per lui diversa) portata dell'art. 118 Cost. Il principio di sussidiarietà è altro rispetto al principio personalistico e pluralistico di cui all'art. 2 Cost.; diversamente argomentando, la citazione espressa della sussidiarietà nell'art. 118 Cost. non aggiungerebbe nulla al disposto costituzionale.

principio di sussidiarietà, da esso «derivano un'ulteriore definizione o un'espansione delle proprie potenzialità»<sup>293</sup>.

Posta in questi termini, si evince la necessità di una “lettura circolare” di questo principio, in cui si privilegia l'aspetto non dell'astenersi o del ritrarsi dell'azione pubblica di fronte alle iniziative private, ma, piuttosto, quello dell'esercizio dell'azione pubblica anche tramite i possibili apporti sinergici della società civile, che devono essere favoriti e sostenuti: «il principio si fonda, cioè, su una visione non antagonistica, ma integrata dei rapporti tra amministrazione pubblica e autonomie sociali»<sup>294</sup>.

Dunque, «il denominatore comune della sussidiarietà orizzontale nelle molteplici situazioni nelle quali il principio si è calato (...) consiste nella valorizzazione della capacità e dunque dell'autonomia della persona, dei gruppi sociali, delle società minori all'interno della società generale e delle strutture nelle quali essa organizza il potere»<sup>295</sup>.

Il principio in esame, proprio in quanto (ri)esalta il ruolo del privato nell'ambito dei servizi pubblici e sociali di interesse generale, ha trovato da tempo alcune manifestazioni soprattutto sul terreno del *welfare*<sup>296</sup>, dando vita a quella «societarizzazione delle funzioni così da realizzare appunto

---

<sup>293</sup> P. DURET, *Op. cit.*, p. 64.

<sup>294</sup>In questi termini, v. N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali*, cit., p. 22. Nello stesso senso, cfr. P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, cit., p. 63; ancora, v. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in cit., pp. 179-221, il quale afferma (p. 202), che: «(...) per l'amministrazione poter contare sulle iniziative dei cittadini realizzate sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale comporta un duplice vantaggio: innanzitutto essa in tal modo risolve problemi che interessano la collettività utilizzando non risorse proprie bensì quelle presenti nella società, altrimenti inutilizzate; in secondo luogo, potendo contare su tali risorse aggiuntive, può dare risposta ad un numero maggiore di problemi pur mantenendo il medesimo livello di imposizione fiscale».

<sup>295</sup> P. DURET, *Op. cit.*, p. 70.

<sup>296</sup> Si pensi al campo della sanità, dell'assistenza sociale, del volontariato, delle cooperative sociali, ecc.

l'autoamministrazione della società civile»<sup>297</sup>, in cui vige l'idea di un'amministrazione che non si esaurisce nelle sole istituzioni, ma che allarga i propri orizzonti anche ai singoli, ulteriori soggetti dell'azione pubblica.

Questo aspetto, se da un lato è un dato apprezzabile anche alla luce della questione relativa all'esercizio privato di pubbliche funzioni, indagata nella prima metà del secolo scorso<sup>298</sup>, va tuttavia accendendo in tempi recenti il rischio che si possa (ri)considerare il principio di sussidiarietà addirittura nei termini di una potenziale «formula vuota»<sup>299</sup>, in cui cioè venga ricompresa qualunque manifestazione solidaristica, pur che si prescinda dal perseguimento dell'interesse generale<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Così P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, cit., p. 73, il quale sottolinea come la sussidiarietà «non si esaurisce nella fuga dell'amministrazione (...) e verso il diritto privato o un ancora confuso nuovo diritto comune; al contrario essa si manifesta e, a mio avviso, in modo ancora più significativo, allorquando (...) si verifica una societarizzazione delle funzioni così da realizzare appunto l'autoamministrazione (in senso oggettivo) della società civile».

<sup>298</sup> S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di dir. amministrativo*, (diretto da) V. E. ORLANDO, vol. II, parte III, 1935.

<sup>299</sup> Sul punto, v. S. COTELLESA, *La sussidiarietà nella società della poliarchia: prime osservazioni su una «non risposta» della scienza politica*, in F. PIZZOLATO-P. COSTA (a cura di), *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Milano, 2013, pp. 214. L'A. esprime così i suoi timori: «potremmo chiederci allora se alla sussidiarietà non possa toccare lo stesso destino che i curatori della più imponente opera di lingua tedesca dedicata al lessico politico-sociale hanno riservato proprio all'uso (e all'abuso) odierno del termine «democrazia»: vale a dire, quello di aver generato un «concetto fittizio che tutto include» (citando la voce diretta a più mani da W. CONZE, R. KOSELLECK, H. MAIER, H. L. REIMANN, *Democrazia* (1975), trad. it. Marsilio, Venezia 1993). Insomma non si può escludere che, seppure in una misura più modesta e meno appariscente, la sussidiarietà possa ricoprire il ruolo di *Idolbegriff*, di un «concetto fittizio» appunto, allo stesso modo in cui il termine «"democrazia" è diventato un concetto per tutto, e quindi potenzialmente una "formula vuota"».

<sup>300</sup> In senso critico, v. S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., p. 168: «Con l'instaurazione dell'ordinamento repubblicano il principio pluralistico è stato attuato in modo parziale, concedendo ambiti ristretti alla società civile e legittimando soprattutto l'azione dei partiti politici e delle organizzazioni sindacali. Si è recentemente rimarcata in letteratura la mancanza nel testo costituzionale di un richiamo al principio di sussidiarietà in funzione del pluralismo e la conseguente singolare asimmetria che si verifica tra la minuziosa regolazione normativa di determinati settori (concorrenza tra le imprese, tutela dei consumatori, ecc.) e la preoccupante assenza di regole sulle diverse forme associative ed i loro rapporti con il settore pubblico, con le altre associazioni e con i loro componenti»

Certamente il punto cruciale cui si riconnette l'impiego del principio della sussidiarietà, nell'ambito dell'azione amministrativa è, pur sempre, quello relativo alla esistenza di un suo possibile nesso con le pratiche di buona amministrazione<sup>301</sup>. Punto di indagine, questo, in cui, pur rilevati i rischi<sup>302</sup>, risulta stretto il legame con il canone della *efficienza* amministrativa quale «contenuto (o presupposto) nel concetto di buona amministrazione»<sup>303</sup>.

## 1.2 (segue) *La sussidiarietà «circolare».*

In un sistema così impostato, tuttavia, il dubbio è che la visione tradizionale della sussidiarietà sia ormai superata dalle attuali contingenze. Pur a fronte di un sistema che rende il cittadino parte attiva nella erogazione dei servizi, non è possibile assistere alla piena soddisfazione degli interessi generali che la società chiede nel complesso sistema di *welfare*, inteso in senso ampio, non solo sanità e assistenza ma tutto ciò che riguarda il benessere delle persone: quindi anche la cultura, i beni comuni.

Questo stato di cose ha determinato l'affermarsi di una nuova costruzione della sussidiarietà, la quale assume oggi una forma «circolare»<sup>304</sup>, resa più

---

<sup>301</sup> Sul punto, D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto e Storia*, n. 9-2010. Relazione tenuta al Convegno su "La buona amministrazione tra affermazioni di principio e diritti fondamentali" (Gubbio, 19 e 20 ottobre 2007) organizzato dalla Università degli Studi di Perugia e dalla Scuola Eugubina di Pubblica Amministrazione, reperibile al sito [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it)

<sup>302</sup> D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in cit., s.p. L'A. sottolinea da principio come «indagare il nesso tra buona amministrazione e sussidiarietà è compito - a quanto consta - in gran parte inedito e rischioso, per una molteplicità di ragioni. (...) Il rischio più immediato, in cui è facile incorrere - nel tentativo di mettere in relazione due nozioni dal significato così ampio e sfuggente (alla ricerca, tra le stesse, di momenti di collegamento dotati di una qualche apprezzabile giuridica rilevanza) - è pertanto quello di operare una riduzione eccessiva della estensione del significato delle nozioni stesse».

<sup>303</sup> D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in cit., s.p.

<sup>304</sup> Cfr. E. SILVA, *È la sussidiarietà l'unica vera risposta*, in *Il sole 24 ore*, 8/11/2010. L'intervista è rivolta al Prof. Stefano Zamagni, economista, il quale si fa fautore della sussidiarietà "circolare", criticando aspramente il vecchio modello di *welfare*, per superare il quale ritiene

duttile dalla compartecipazione di tre attori: Stato, cittadini e terzo settore, parificati per dignità e importanza: lo Stato dovrà ascoltare di più e non solo decidere in autonomia, i privati dovranno sopperire alle mancanze del pubblico e trasmettere competenze al terzo settore, il quale non dovrà limitarsi ad accettare i pochi fondi erogati, ma dovrà farsi parte attiva e viva, facendosi consigliare, guidare e aiutare dai privati e partecipando inoltre fortemente alle scelte dell'amministrazione pubblica.

L'azione integrata di questi tre protagonisti all'interno del sistema di gestione ed erogazione dei servizi pubblici riflette, oggi, la necessità di avvalersi non più soltanto degli strumenti tradizionali messi a disposizione dell'ordinamento: bisogna andare oltre ma, per farlo, a volte è sufficiente semplicemente (re)interpretare i vecchi dogmi.

## 2. *Pubblico e privato "in sussidiarietà".*

La sussidiarietà orizzontale è, dunque, un principio che «se ritenuto applicabile, dà la preferenza ai privati, salvo che si dimostri che nessun privato è disponibile o riesce a raggiungere risultati ritenuti ottimali o comunque migliori di quelli raggiunti o raggiungibili dai poteri pubblici»<sup>305</sup>.

L'autonomia dei singoli e delle formazioni sociali sono dirette verso il «bene comune», con la garanzia di usufruire dell'apporto dello Stato solo laddove sia strettamente necessario: l'azione dei pubblici poteri nel sociale dovrebbe quindi essere necessariamente «suppletiva, nel senso di orientare, stimolare,

---

necessario puntare ad una stretta collaborazione tra Stato, mercato e mondo del *non profit* ([www.labsus.org](http://www.labsus.org)).

<sup>305</sup> P. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, I, p. 19.

coordinare, supplire ed integrare quella dei privati»<sup>306</sup>. E ciò rispetto a quanto la tradizione ci consegna come un rapporto antitetico tra pubblico e privato. La declinazione in senso «orizzontale» della sussidiarietà, conserva in sé ancora un forte potere evocativo delle vicende che hanno interessato il tradizionale binomio pubblico-privato, la cui nota distinzione <sup>307</sup> ,

---

<sup>306</sup> La corretta applicazione del principio dovrebbe quindi «creare le condizioni necessarie affinché i consociati possano adeguatamente ed appropriatamente svolgere il compito che la vita stessa ha assegnato loro (...): contribuire con la propria opera al disegno comune di perseguire il benessere generale, cercando le soluzioni più appropriate alle maggiori problematiche della vita, in ciò stimolati dal senso di appartenenza alla comunità»: così L. MELICA, (voce) *Sussidiarietà*, in *Diz. Dir. pubbl.*, (diretto da) S. CASSESE, Milano, 2006, p. 5837.

<sup>307</sup> Ad ULPIANO per primo pare doversi attribuire la elaborazione della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico romano: *D. 1.1.1.2; Ist. 1.4*: «*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quidam privati*». Per un approfondimento sul tema, G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, ed. V, Torino, 1965, pp. 130-131. L'A. afferma come «(...) il termine *ius* si proietta in un'accezione più vasta ad indicare il diritto, l'ordinamento giuridico, e come si presenti e individui successivamente un concetto di *ius publicum*, che si innesta nell'antitesi *publicum-privatum* e che darà luogo nella giurisprudenza romana alla impostazione di quella distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, che a noi si presenta fra le classificazioni elementari del diritto, che ci appare come assai risalente, mentre il complicarsi della vita sembra renderla incerta ai margini. Ma quando i Romani individuano un *jus publicum*, essi oscillano fra il concetto, espresso poi in una celebre definizione di Ulpiano, come lo *ius quod ad statum rei Romanae spectat* – cioè la organizzazione e la struttura della civica, che può riportarsi a quella contrapposizione fra la civica da una parte ed i gruppi minori, nei loro rapporti, dall'altra, che ci dà per la fase più antica i termini chiari e netti della distinzione fra il pubblico e il privato – ed un altro concetto come diritto posto dal *populus* attraverso la *lex*. Entrambe queste denominazioni di *ius publicum* vengono fuori da entità storiche individuate nella loro genesi e nel loro sviluppo; ad entrambe può contrapporsi, nella sua entità storica ben individuata, l'antico *ius* per eccellenza, il *ius civile*, di cui (facendo riferimento alla classificazione che deriva dalla stessa formulazione di un *ius publicum*, che postula che ivi si contrapponga un *ius privatum*) possiamo anche dire che costituisce il nucleo primo ed essenziale del diritto privato romano». Appare critico verso la formula attribuita ad Ulpiano, G. ALPA, *Diritto privato «e» diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, 1998, p. 8. L'A. afferma, infatti: «(...) di qui un insegnamento e un caveat per i giuristi di oggi: i confini – se di confini si può ancora parlare – tra diritto pubblico e diritto privato si debbono ricercare esclusivamente nella realtà concreta, senza indulgere nella riproposizione di formule obsolete». Eppure, già negli anni Sessanta M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, Milano, 1961, p. 393, denunciava come «la stessa distinzione tra diritto pubblico e diritto privato (...) è essa stessa in crisi da tempo. Può nascere allora legittimamente il sospetto che quelle formule siano legate ad una concezione, ormai superata, di quella distinzione».

«immanente»<sup>308</sup> ed «inossidabile»<sup>309</sup> nella nostra tradizione giuridica, da tempo va, tuttavia, ridefinendo il suo assetto operativo e funzionale<sup>310</sup>; soprattutto in relazione alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà.

---

<sup>308</sup> H. KELSEN, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1924, p. 342, si esprime in questi termini: «questa distinzione fra diritto cogente e diritto dispositivo, che talora anzi viene identificata con quella fra diritto pubblico e privato, è del tutto immanente nel diritto. Essa si trova in tutti i campi in cui la materia del diritto è convenzionalmente divisa, nel diritto amministrativo come nel diritto civile (...). Ma norme giuridiche d'ambe le specie si trovano tanto nel campo del diritto indicato come pubblico, quanto in quello indicato come privato».

<sup>309</sup> L'espressione è di G. ALPA, *Diritto privato «e» diritto pubblico. Una questione aperta*, cit., p. 6. L'A., riferendosi alla distinzione operata nell'ambito del diritto romano tra "pubblico" e "privato", secondo la formula attribuita ad Ulpiano, definisce la fortuna di detta formula come «inossidabile», pur a fronte delle critiche mosse e degli equivoci che il suo utilizzo può creare.

<sup>310</sup> Sul tema, di recente, cfr. S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo: decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, p. 9 ss, dove l'A. si chiede se oggi sia corretto interrogarsi ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e privato. Nella prima metà del secolo scorso, erano frequenti i lavori teorici rivolti a questo tema (cfr. O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX, 1905, pp. 337-54; L. RAGGI, *Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LV, 1915, pp. 111-72; G. MAGGIORE, *L'aspetto pubblico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, II, 2-3, 1922, pp. 111-42; P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, in ID., *Scritti giuridici vari*, vol. 4, Roma, 1925, pp. 28-45; F. ALIMENA, *Osservazioni sulla distinzione del diritto in pubblico e privato*, Roma, 1931). Nel dopoguerra, oltre alla dettagliata ricostruzione teorica offerta da S. PUGLIATTI (*Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 696-746), si segnalano soprattutto lavori di carattere storico (U. CERRONI, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1960, pp. 335-367; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XV, 1961, pp. 391-420; G. NOCERA, *Privato e pubblico (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1964, pp. 615-59; ID., *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli, 1989; P. CAPPELLINI, *Pubblico e privato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 660-87); o settoriale (F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contratto e impresa*, II, 1985, pp. 357-75; G. ALPA, *La distinzione/contrapposizione di diritto privato e di diritto pubblico nella giurisprudenza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XIV, 5, 1998, pp. 1-9; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003).

Nella costruzione teorica risalente, e conformemente all'antico binomio, infatti, gli strumenti giuridici venivano declinati differentemente per (il perseguimento di) due (apparentemente eterogenee) finalità<sup>311</sup>.

Eppure i contorni delle due branche del diritto, per quanto canonizzati come rispondenti ad un sistema binario, non sono mai stati nettamente definiti<sup>312</sup>.

Caratteristica, questa, resasi attualmente più evidente grazie al proliferare di vere e proprie «zone grigie» tra i due sistemi e che, verosimilmente, conducono a quel «confine mobile»<sup>313</sup> tra la sfera pubblica e la sfera privata rafforzato sia dalle spinte comunitarie <sup>314</sup>, fautrici, tra l'altro,

---

<sup>311</sup>Sul tema, già alla fine degli anni '30, cfr. A. AMORTH, *Osservazioni e limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, III, Padova, 1938, pp. 455-556, il quale, partendo da un caso giurisprudenziale, mirava ad approfondire un "problema generale e più grave, poco o quasi nulla considerato dalla dottrina: quello dei rapporti tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato degli enti pubblici e più precisamente – volendo circoscrivere il problema nel suo paragrafo centrale – quello di sapere se e in che limiti la pubblica amministrazione possa sostituire, per il raggiungimento di una medesima finalità, un mezzo o, meglio, un procedimento di diritto pubblico, che ad essa la legge regola e appresta proprio a quel fine, con un procedimento di diritto privato", 460. E' interessante scorgere come l'A. anticipi il problema sul piano prettamente amministrativo, e cioè: prima di consentire ad una amministrazione di scegliere fra due mezzi (procedimento di diritto pubblico e procedimento di diritto privato) è necessario capire prima se ed in che limiti sia possibile (per l'amministrazione) derogare al procedimento pubblicistico.

<sup>312</sup> Invero, già agli inizi dello scorso secolo le difficoltà attribuite ad una distinzione tra le due branche del diritto vennero segnalate già da F. CAMMEO, *Commentario sulle leggi della giustizia amministrativa*, Milano, 1912, p. 7, «L'ordine giuridico si suole tradizionalmente distinguere in privato e pubblico. Manca nella nostra scienza un criterio sicuro, costante e pacifico per operare questa distinzione; e ciò probabilmente dipende dal fatto che diritto pubblico e privato sono fra loro intimamente connessi e costituiscono piuttosto due aspetti di un medesimo fenomeno sociale che due fenomeni diversi».

<sup>313</sup>Tra i tanti, v. A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, p. 28: «un confine netto fra diritto privato e diritto pubblico non c'è; non solo: anche se, per convenzione, e a fini di studio, si vuole ammettere l'esistenza di un tale confine, si tratta in ogni caso di un confine mobile, soggetto a contingenti valutazioni»

<sup>314</sup> Come evidenziato da G. ALPA, *Op. Cit.*, p. 62: «(...) diritto pubblico e diritto privato sono due facce della stessa medaglia, due percorsi di lettura nello svolgimento del rapporto dinamico libertà/autorità, due modi di rappresentare la posizione della persone nel mondo complesso e affascinante del diritto di questa fine di secolo. Ma il discorso non finisce qui. L'influenza del diritto comunitario sul diritto interno, non solo con riguardo alle materie di competenza dell'Unione, ma anche con riguardo alla circolazione o alla modificazione dei



dell'orientamento nazionale verso forme di collaborazione pubblico-privata<sup>315</sup>; sia dalla «costituzionalizzazione»<sup>316</sup>, appunto, del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>317</sup>, che «sancisce la mobilità della linea di confine tra quelle attività di cura dell'interesse generale che debbono essere assicurate dai pubblici poteri (e che dunque sono infungibilmente pubbliche) e quelle

---

modelli concettuali e degli strumenti operativi implica una costante riformulazione dei confini, ma anche degli stessi significati della nostra materia».

<sup>315</sup> Nel *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, pubblicato dalla Commissione delle Comunità Europee in data 30 aprile 2004 (COM/2004/327 def.), si legge al paragrafo I che «il termine partenariato pubblico-privato (PPP) non è definito a livello comunitario. Questo termine si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio». In ordine ai connotati tipici dei PPP in Spagna, dove è particolarmente apprezzato il modello, cfr. J. V. GONZALEZ GARCIA, *Contráto de colaboración público-privada*, in *Revista de Administración pública*, 2/2006, p. 11 ss.

<sup>316</sup> Sul principio di sussidiarietà in generale, tra gli altri, v. A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. dir. Pubbl. com.*, 1997, pp. 603-627; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la Riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, p. 15 ss; A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2012, pp. 97-123.

<sup>317</sup> Per una riflessione sul principio di sussidiarietà orizzontale, v. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in cit., p. 177 ss. L'A. si propone (p. 182) di esaminare in questo scritto «(...) in che modo e fino a che paragrafo il principio di sussidiarietà orizzontale o «circolare» di cui all'art. 118, u.c. Cost. può modificare i rapporti tradizionali fra poteri pubblici e cittadini, fondati sulla separazione e la contrapposizione, mettendone in evidenza sia le potenzialità ai fini della creazione di nuove modalità di rapporto fra amministrazione e cittadini, sia i problemi teorici e pratici che ne derivano». Ancora, secondo l'A. (p. 184): «L'inserimento nel nostro ordinamento del principio di sussidiarietà orizzontale consente però alla Repubblica di ampliare la gamma degli strumenti utilizzabili per la realizzazione della missione affidatale dalla Costituzione all'art. 3, 2° co. Finora si poteva ritenere che solo i poteri pubblici potessero provvedere in tal senso, direttamente o attraverso l'azione di privati agenti nell'ambito di un rapporto di strumentalità nei confronti delle pubbliche amministrazioni; ora, invece, grazie al principio di sussidiarietà orizzontale, la Repubblica ha trovato degli alleati che si assumono autonomamente l'onere di contribuire al difficile compito di creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascuno, quegli stessi cittadini del cui pieno sviluppo la Repubblica deve, secondo l'art. 3, 2° co Cost., farsi carico».

attività che possono essere adeguatamente assicurate dai soggetti privati o dalle formazioni sociali»<sup>318</sup>.

Ad apportare, poi, ulteriore conforto a tale tesi, l'introduzione, nel 2005, del comma 1-bis<sup>319</sup> (*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*) tra i Principi generali sanciti a baluardo dell'attività amministrativa, di cui all'art. 1 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i.<sup>320</sup>

Senza indugiare oltremodo in questa fase sui motivi che hanno spinto il legislatore del 2005 ad optare per tale scelta, è pur vero che l'ingresso di questa disposizione nella *Legge sul procedimento amministrativo* (l. n. 241/1990 e s.m.i.) è stata salutata, come si desume anche dall'esame dei lavori parlamentari, quale frutto di una grande conquista di civiltà, come il segnale di una inversione di tendenza, rispetto al passato, foriera di benefici effetti per l'intero sistema nazionale<sup>321</sup>.

---

<sup>318</sup> P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione, Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, p. 290.

<sup>319</sup> Introdotta dall'art. 1 della legge n. 15/2005.

<sup>320</sup> Per una (ri)lettura critica del rapporto tra attività autoritativa e diritto privato alla luce dell'introduzione del comma 1-bis nella legge n. 241/1990 ad opera della legge n. 15/2005, v. M. C. CAVALLARO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove Autonomie* n. 1-2/2005, p. 39 ss. L'A., critica per diverse ragioni la disposizione contenuta nel comma 1-bis, sostenendo (p. 46) come sia: «criticabile nella parte in cui dispone che l'amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato al di fuori delle ipotesi in cui agisce in forma autoritativa, poiché (...) essa implica che l'amministrazione non possa ricorrere al diritto privato quando agisce in forma autoritativa. Ma preoccupa, altresì, la seconda parte della disposizione, che ammette la possibilità di un regime derogatorio, laddove l'ente pubblico agisca alla stregua di un soggetto privato dell'ordinamento. Secondo l'insegnamento della migliore dottrina, "non sussiste, infatti, alcuna ragione per ritenere che l'amministrazione pubblica parte di rapporto interprivato abbia una posizione giuridica diversa da quella che avrebbe un soggetto solo privato».

<sup>321</sup> Considerazioni interessanti, ai fini della comprensione delle intenzioni del legislatore, sono contenute nella relazione della 1<sup>a</sup> Commissione permanente, Affari costituzionali della Presidenza del consiglio e Interni, del 6 novembre 2003. La relazione, presentata alla Presidenza il 6 novembre 2003, concerneva il disegno di legge n. 3890 approvato dal Senato della Repubblica il 10 aprile 2003, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241 concernenti norme generali sull'azione amministrativa". Da questa relazione, in particolare, ecco alcuni punti significativi: «la disposizione consente alle amministrazioni pubbliche di

Eppure, (ri)considerando il passato, nonché la carica attrattiva che ha rappresentato il rapporto dicotomico pubblico-privato per gli studiosi<sup>322</sup>, principalmente della «categoria di diritto pubblico»<sup>323</sup>, è possibile poter

---

operare secondo le norme del diritto privato e, quindi, mediante moduli negoziali, anche per la realizzazione di propri compiti istituzionali. La norma (...) esprime un principio tendenziale dell'attuale ordinamento, in favore del superamento del vecchio dogma che attribuiva alla pubblica amministrazione, in generale, il dovere di agire mediante poteri di imperio ed attraverso atti unilaterali»; «la modifica si inquadra nelle moderne tendenze di privatizzazione volte a sottrarre parte delle connotazioni pubblicistiche tipiche dell'amministrare, si pensi alla trasformazione del rapporto di pubblico impiego in rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni disciplinato dal diritto comune, ed alla conseguente trasformazione degli atti amministrativi di gestione del rapporto in atti negoziali»; «la scelta operata non è soltanto una scelta tecnica ma è anche una scelta culturale e istituzionale perché tende a sostituire un rapporto paritario tra i cittadini e le amministrazioni, in luogo del vecchio rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica»; «la nuova disposizione non incide, pertanto, sulla natura della funzione amministrativa che rimane finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico, ma soltanto sulla sua forma».

<sup>322</sup> Per un'accurata ricostruzione storico-giuridica del complesso rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, v. ancora G. ALPA, *Diritto privato «e» diritto pubblico. Una questione aperta*, cit. L'A. analizza la dicotomica relazione tra le due branche del diritto attraverso la ricostruzione operata a mezzo delle pagine degli studiosi del diritto civile, prima e dopo l'adozione del Codice civile italiano del 1942 e così fino ad arrivare alla trattazione del problema nei termini del dibattito della fine degli anni '90. Afferma, in una nota di grande attualità, l'A. (p. 29): «Stiamo quindi vivendo una fase di transizione, che richiede un grande sforzo da parte del giurista nell'adattamento o nel ripudio della antica distinzione» tra diritto pubblico e diritto privato. Ancora (p. 30): «(...) sembra di assistere, oggi, alla rivincita del diritto privato, atteso lo smantellamento in atto dello Stato sociale, la vicenda delle c.d. privatizzazioni, l'introduzione delle autorità amministrative indipendenti, e così via. Certamente si sono estese le forme privatistiche di operare dei soggetti. Ma si è incentivato l'impiego delle regole di diritto privato per la soddisfazione degli interessi pubblici. Si riconosce che i principi privatistici dell'essere (persone), dell'avere (beni) dell'agire (attività) sono in rapporto costante con l'interesse generale; in altri termini, non coincidono con questo, né si contrappongono a questo, ma concorrono con questo (G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. Dir. Iv.*, 1994, I, p. 25 e ss). Di settore in settore si riscontra una immedesimazione o una limitazione o una funzionalizzazione; mai una neutralità o una indifferenza». D'altro canto, l'A. mette altresì in evidenza (p. 46) che: «la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ha dunque ancora largo seguito in giurisprudenza ed esplica effetti concreti; essa è collegata (...) alla natura del soggetto agente, piuttosto che non alle finalità perseguite».

<sup>323</sup> Afferma a tal proposito M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., p.394, che: «(...) i più coscienti cultori del diritto amministrativo hanno tratto interessanti osservazioni dalle conseguenze verificatesi in seguito all'uso sempre più imponente degli strumenti di diritto privato, da parte dei pubblici poteri. Cosicché dalla dottrina pubblicistica proviene frequentemente l'avvertimento che il diritto privato ha ampliato i suoi confini verso il diritto amministrativo e che la distinzione tra diritto amministrativo e diritto civile

affermare come, in fondo, l'ingresso dell'operatività del diritto privato nella sfera del diritto pubblico non rappresenti decisamente una novità assoluta<sup>324</sup>. Pertanto vi è poco da obiettare a chi ha sottolineato l'inevitabile «storicità»<sup>325</sup> della suddetta distinzione, invitando però a ricercare il suo «segreto» nelle origini della modernità, e non nel lontano passato della civiltà giuridica romana, in cui essa si nacque, ma «poté operare soltanto in forme anchilosate»<sup>326</sup>.

A fronte di questa consapevolezza, diviene più agevole, allora, concordare con l'autorevolezza di chi<sup>327</sup>, ragionatamente, riconosce nella «crisi» del

---

ha mutato il suo significato. (...) Né deve trascurarsi che la revisione dei criteri di distinzione tra diritto pubblico e diritto privato sia stata opera dei pubblicisti, mentre i civilisti spesso dimostrano, specie nella dottrina manualistica, di essere ancorati ai termini della distinzione, ormai da lungo tempo superati dalla dottrina pubblicistica». Dunque, «la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato si trova da tempo in «crisi» soprattutto nella dottrina giuspubblicistica. Se si volessero ricercare le ragioni per le quali i privatisti – ed in special modo i civilisti – abbiano scarsamente recepito quella «crisi», ovvero l'abbiano intesa quasi esclusivamente come “crisi” del diritto privato, esse dovrebbero essere forse individuate in una posizione mentale di «conservazione» nei confronti della propria disciplina».

<sup>324</sup> Ancora, A. AMORTH, *Osservazioni e limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in cit., p. 464 ss. L'Autore parte dall'assunto per il quale nello Stato moderno il significato dell'attività pubblica e privata sia solo “formale”, legato cioè solo al regime giuridico cui l'atto è soggetto (se, cioè, l'atto è soggetto alle norme di diritto pubblico o privato). Per questa ragione, Egli spiega come vi sia, da una parte, l'attività pubblica o anche l'attività amministrativa di diritto pubblico, e cioè «quella che le pubbliche amministrazioni pongono in essere per raggiungere e realizzare la loro destinazione fondamentale, ma che è retta da norme di diritto pubblico-amministrativo, norme cioè specifiche, esclusive, potremmo dire, agli enti pubblici. E questa è l'attività formalmente e sostanzialmente amministrativa, tipica insomma delle pubbliche amministrazioni». Dall'altro lato, formalmente distinta dalla prima, ma anch'essa sostanzialmente amministrativa, c'è l'attività amministrativa di diritto privato, la quale «sebbene venga esplicata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare la loro destinazione fondamentale e sia quindi l'attività amministrativa in senso proprio al pari dell'altra, non è però retta da norme esclusive agli enti pubblici, bensì da norme che valgono per i comuni soggetti giuridici: persone fisiche ed enti privati». Da quest'ultima, l'A. differenzia pure l'attività privata delle p.a., la quale è «puramente accessoria rispetto al raggiungimento delle finalità costitutive delle p.a. e si concreta soprattutto nella buona amministrazione del loro patrimonio, del complesso dei beni che esse posseggono a titolo privato».

<sup>325</sup> U. CERRONI, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in cit., p. 366.

<sup>326</sup> *Ibidem*.

<sup>327</sup> M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini*, II, Milano, 1973, pp. 179-274, il quale sostenne che «(...) verso il principio temporale di questo

sistema giuridico moderno la peculiare mutevolezza delle epoche, generatrici esse stesse di diritto.

Spiegava negli anni ottanta Riccardo Orestano<sup>328</sup> come i concetti fossero dei buoni servitori ma dei pessimi padroni: così, al fine di non farsi sopraffare da mistificate rappresentazioni, è anche oggi quanto mai doveroso conservare verso le (seppure argute ed autorevoli) teorizzazioni un approccio critico e concettuale che consenta di non tralasciare quell'evidente bisogno di completezza per le dinamiche giuridiche ( mai assestate), agevolato se non altro da quello che, in tempi meno recenti, veniva identificato con il «controllo della validità dei concetti tradizionali di fronte alla mutata realtà economica»<sup>329</sup>.

Passaggio, quest'ultimo, che trova oggi ispirazione e sostegno nell'attraversamento di quei «nuovi paradigmi per lo Stato»<sup>330</sup>, dove risulta

---

secolo, cominciò a parlarsi di una crisi del diritto. Ancora non si è d'accordo sul più preciso significato dell'espressione, né tantomeno sull'esattezza dell'idea in essa racchiusa: sotto un dato aspetto, non è un paradosso dire che se il diritto continuamente segue il trasformarsi della vita associata, esso deve sempre dirsi in crisi».

<sup>328</sup> R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, p. 54

<sup>329</sup> M. GIORGIANNI, *Op. Cit.*, p. 392. Si tenga presente che il quadro globale della Nazione andava nettamente mutando d'aspetto già sul finire degli Anni '50, quando – esaurito lo sforzo della ricostruzione post-bellica – in Italia si assiste ad una «intensa trasformazione del tessuto economico e sociale, con gli inevitabili riflessi sul piano delle idee, del costume, del modo di vita, dei miti più diffusi. La trasformazione è anzitutto strutturale: in questo periodo l'Italia accentua il processo di transizione, che era già in atto, da un'economia di tipo prevalentemente agricolo ad una di tipo prevalentemente industriale, fino a raggiungere il settimo posto nella graduatoria tra i Paesi più industrializzati del mondo. (...) Negli stessi anni gli indici della produzione industriale e del commercio estero risultano notevolmente superiori a quelli degli altri paesi del Mercato Comune Europeo, che è stato istituito a Roma nel 1956 e che costituisce un forte stimolo all'espansione delle esportazioni italiane. E' quello che i politici e gli economisti definiscono il "boom economico"», così S. GUGLIELMINO, *Guida al Novecento*, Milano, 1971 (agg. 1992), p. 340 ss.

<sup>330</sup> S. CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, n. 2/2001, pp. 601-650. L'A. fa più volte riferimento a un crescente fenomeno di «mercattizzazione dei poteri pubblici» che si svolgerebbe nell'ambito di una «arena pubblica», nella quale ormai, all'insegna della policentricità delle situazioni e degli interessi, vi è tra pubblico e privato non più la composizione entro un paradigma bipolare, ma una crescente interscambiabilità dei ruoli, favorita dal commercio delle regole e dei principi ordinatori.

possibile rilevare un diverso modo di stabilire le relazioni tra pubblico e privato, in quanto «Stato e mercato, pubblico e privato, là dove venivano considerati mondi separati e in opposizione, si presentano come entità interpenetrantesi»<sup>331</sup>.

Riguardato in questa ottica, dunque, il rapporto pubblico-privato si pone come apprezzabilmente innovato rispetto all'impostazione tradizionale; effetto di quella "collaborazione" presente nell'ordinamento fin dalle origini del diritto amministrativo<sup>332</sup>, ove si rinvencono altresì numerose figure che vedono soggetti privati coinvolti nello svolgimento di funzioni e compiti di rilevanza pubblica.

Ebbene, negli ultimi anni i fenomeni collaborativi tra il pubblico e il privato sono tornati di grande attualità: da un lato, perché il legislatore tende ad inserire nuovi strumenti di partenariato nei modelli innovativi di azione delle Pubbliche amministrazioni; dall'altro perché sempre più spesso le amministrazioni cercano il contributo del privato nella realizzazione dei compiti di loro esclusiva spettanza, trovando in esso un vero e proprio alleato per lo svolgimento dell'azione amministrativa.

---

<sup>331</sup>S. CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in cit., p. 649 ss. L'A. ribadisce come «i nuovi paradigmi dello Stato pongono in discussione tutte le nozioni, i temi e i problemi classici del diritto pubblico, della natura del potere pubblico e del suo agire legale - razionale, mosso dall'alto (dalla legge), al posto riservato alla legge e alle sue implicazioni (legalità e tipicità), alle relazioni pubblico-privato. E richiedono, altresì, un cambiamento dell'atteggiamento scientifico rispetto al diritto, perché la "dottrina" giuridica non può tenere fermi i propri codici di riferimento con un cambiamento tanto radicale del suo oggetto».

<sup>332</sup>Sul punto, cfr. F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2002, pp. 431-457, il quale mette in luce come l'amministrazione, anche prima della legge sul procedimento amministrativo, si sia sempre avvalsa di moduli consensuali (il contratto), oltre che autoritativi, per lo svolgimento dei propri compiti istituzionali. In particolare ritiene l'A. (p. 431) che: «non va dimenticato che atti autoritativi ed atti consensuali sono meri strumenti giuridici; i quali vanno esaminati in modo oggettivo, in relazione alla loro rispondenza alle finalità che all'amministrazione viene chiesto di raggiungere, tenendo conto dello statuto dell'azione amministrativa, che trae i suoi fondamenti dalla Costituzione».

L'attività amministrativa<sup>333</sup>, infatti, ritenuta per lungo tempo di appannaggio esclusivo dei pubblici poteri, nel corso del tempo «è andata perdendo il suo connotato tradizionale (connesso con l'idea di funzione sovrana) di essere esercizio dei poteri (autoritativi), mentre è andata assumendo sempre più chiaramente la fisionomia di attività diretta al conseguimento di interessi pubblici (delle collettività di riferimento)»<sup>334</sup>.

Di conseguenza, anche il novero complessivo dei soggetti deputati alla cura di interessi generali ha subito, per volontà esplicita del legislatore statale, un considerevole stravolgimento formale concretizzandosi in una progressiva ma costante diminuzione del numero degli enti pubblici tradizionali<sup>335</sup>,

---

<sup>333</sup> La bibliografia in tema di attività amministrativa è vastissima. Alla luce di ciò, qui si intendono richiamare esclusivamente i lavori che hanno influito in maniera maggiore sull'evoluzione dello studio: G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, (1924) ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955; M. S. GIANNINI, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 988-996; E. CASSETTA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, 1987, p. 521 ss; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999; F. G. COCA (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2002, p. 75 ss.

<sup>334</sup> F. G. COCA, voce *Attività amministrativa*, in *Op. cit.*, p. 89

<sup>335</sup> Il processo ha avuto inizio già dalla metà degli anni '70 del ventesimo secolo con l'art. 3 della legge n. 70 del 1975 («Il Governo della Repubblica entro tre anni dall'entrata in vigore della presente legge è delegato ad emanare decreti aventi valore di legge contenenti l'elenco degli enti ritenuti necessari ai fini dello sviluppo economico, civile, culturale e democratico del Paese che andranno ad integrare la tabella allegata alla presente legge. Con gli stessi decreti è disposta la eventuale ristrutturazione degli enti medesimi o la fusione degli enti che abbiano identiche o analoghe competenze. Il Governo della Repubblica è delegato ad emanare decreti aventi valore di legge anche prima della scadenza del triennio di cui al precedente articolo 2, per la soppressione degli enti non ritenuti necessari ...»), passando per l'art. 22 della legge n. 142/1990, per l'art. 15 del d.l. n. 333/1992, convertito in legge n. 359/1992 «L'istituto nazionale per la ricostruzione industriale – IRI, l'Ente nazionale idrocarburi – ENI, l'Istituto nazionale assicurazioni – INA e l'Ente nazionale energia elettrica – ENEL sono trasformati in società per azioni con effetto dalla entrata in vigore del presente decreto» e per l'art. 11, comma 1, lett. b), della legge n. 59/1997 con i relativi decreti legislativi di attuazione – si è intensificato con l'art. 28 della legge 28 dicembre 2001, n. 448. Quest'ultimo articolo (ad eccezione dei commi 7, 9, 10 e 11) è stato abrogato dall'art. 2, comma 640, della legge n. 244 del 2007 dopo che un cospicuo numero di interventi legislativi erano stati nel frattempo posti in essere esclusivamente al fine di spostare in avanti il termine per l'esecuzione della disposizione. La tendenza è, comunque, ancora pienamente in corso. A conferma di ciò, si veda l'art. 25 della legge n. 69/2009, recante «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile» che ha imposto la trasformazione nella «Fondazione MAXXI – Museo nazionale delle arti del XXI secolo» al Centro per la documentazione e valorizzazione delle arti contemporanee, istituito dall'art. 1

accompagnata dalla crescita esponenziale di soggetti dichiaratamente dotati di personalità giuridica di diritto privato.

Le figure organizzative di diritto comune sono oramai ampiamente presenti nell'organizzazione pubblica di talché si assisterebbe alla nascita di un «diritto privato dell'organizzazione pubblica»<sup>336</sup>; e ciò dal momento che accanto ad enti ed organizzazioni pubbliche operano persone giuridiche private di varie specie, il che fa registrare la presenza di organizzazioni *formalmente privatistiche*, tra quelle deputate all'esercizio della funzione di amministrazione ma che, *sostanzialmente*, sono organizzazioni *pubbliche* perché costituite per l'esercizio di compiti, di funzioni necessarie, di amministrazione pubblica<sup>337</sup>.

E', come detto poc'anzi, innegabile come anche il legislatore nazionale abbia preso atto di questa trasformazione: attraverso la l. n. 15/2005, modificativa della l. n. 241/1990, si prevede in via generale che anche i «soggetti privati» siano «preposti all'esercizio di attività amministrative».

Questo indurrebbe a ritenere, come anche sostiene parte della dottrina qualificata, sussistente e più incisiva la c.d. «privatizzazione» del diritto amministrativo<sup>338</sup>, quale conseguenza di una diversa e maggiormente

---

della legge 12 luglio 1999, n. 237. Tra i primi a soffermarsi sul fenomeno interpretato da molti alla stregua di un progressivo restringimento dell'area del diritto amministrativo, V. CERULLI-IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in AA. VV., *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, (a cura di) S. CASSESE e G. GUARINO, Milano, 2000, p. 25 ss.

<sup>336</sup> Così, V. CERULLI – IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, p. 2 ss.

<sup>337</sup> *Ibidem*.

<sup>338</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 78: «La privatizzazione del diritto amministrativo avviene in vari modi: può essere disposta dalla legge, direttamente o indirettamente; derivare da una decisione dell'amministrazione, autonoma o contemplata da specifiche disposizioni; conseguire a opzioni interpretative della giurisprudenza che applica automaticamente alcune norme civilistiche in virtù della loro specialità». Precedentemente, sul tema della privatizzazione del diritto amministrativo, v. C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, p. 393 ss. Ancora, sul tema, si veda, V. CERULLI – IRELLI, *Op. cit.*, 2008; e ancora, ID, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.



articolata evoluzione delle modalità di percezione del diritto privato e del diritto amministrativo rispetto alle diverse fattispecie concrete attraverso le quali si snoda l'attività amministrativa corrente.

Al momento, dunque, il dato oggettivo più evidente è il proliferare, nel nostro sistema organizzativo, di istituti e rapporti all'interno dei quali anche le amministrazioni pubbliche operano come veri e propri soggetti di diritto comune<sup>339</sup>, destinatari, quanto gli altri, delle norme (e dei principi) dell'ordinamento generale.

Ma se, da un lato, è vero che questo dato non rappresenti un tratto tipizzante il nostro tempo<sup>340</sup>, dall'altro lato è pur vero che, ineluttabilmente, questa situazione pone profondi dubbi rispetto ai limiti e all'estensione di queste capacità, di queste modalità di agire e di essere organizzati, dei pubblici poteri rispetto alla funzione di amministrazione; anche e soprattutto con riferimento ai principi costituzionali, segnatamente l'art. 97 Cost., impegnati

---

<sup>339</sup> Nell'ambito della produzione manualistica, a sviluppare il tema del diritto privato dell'amministrazione pubblica cominciò M. S. Giannini con l'ampia trattazione del *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, Milano, 1967, poi confluita nel *Diritto amministrativo* del 1970, che resta un paragrafo fermo segnatamente in materia di contrattazione pubblica. Ma sulle obbligazioni, il contributo del 1964 (*Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964) aveva posto un altro paragrafo fermo, nella fase moderna degli studi in materia, facendo emergere con forza la configurazione delle Amministrazioni pubbliche come soggetti di diritto comune. E da Giannini viene la limpida direttiva metodologica, che «l'attività amministrativa di diritto privato è attività amministrativa in senso proprio, cioè attiene alla cura degli interessi...della collettività; solo che si svolge mediante istituti del diritto privato, utilizzando la normazione interpretata» (*Corso, cit.*, pag. 2). In ciò è apparsa la rappresentazione della intercambiabilità degli strumenti giuridici, nei quali l'amministrazione può manifestarsi, e perciò del superamento dell'idea che l'amministrazione dovesse giuridicamente articolarsi nella strumentazione pubblicistica. In tal senso, V. CERULLI - IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., p. XVII.

<sup>340</sup> E' chiaro come le problematiche connesse con lo svolgimento di attività amministrativa da parte di soggetti privati siano ben più risalenti nel tempo e la loro nascita non può certamente essere fatta coincidere con l'ultimo decennio del ventesimo secolo. Sul tema, menzione particolare meritano, tra gli altri, G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V. E. Orlando, II, tomo 3, Milano, 1920, p. 380 ss.; M. S. GIANNINI, *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato e Diritto*, 1940, p. 128 ss; F. GALGANO, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, p. 279 ss.

a configurare piuttosto uno statuto organizzativo e funzionale dell'amministrazione pubblica improntato esclusivamente a moduli pubblicistici.

Di qui, ulteriori dubbi si alimentano attorno alla (quantomeno presunta) «riduzione della sfera pubblica»<sup>341</sup>, il che, inevitabilmente, indurrebbe (come, in realtà, induce) a «ripensare l'organizzazione»<sup>342</sup> dello Stato.

Tuttavia, a mitigare questi dubbi, la posizione sostenuta dalla dottrina, la quale in misura largamente maggioritaria nega che vi sia un effettivo arretramento del «pubblico»<sup>343</sup>.

E' evidente, allora, che bisogna prendere atto non solo della trasformazione dell'organizzazione amministrativa<sup>344</sup>, che abbisogna dell'efficienza operativa

---

<sup>341</sup> M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

<sup>342</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. 22 ss., secondo il quale «la riorganizzazione della sfera pubblica riguarda, oltre alle attività economiche, quelle sociali. Essa si traduce soprattutto nello sviluppo di forme di collaborazione tra pubblico e privato, con il ricorso a soluzioni di *welfare-mix*. Queste trasformazioni sono determinate, da un lato, dalla crisi fiscale dello Stato e dall'esigenza di ridurre il sovraccarico delle amministrazioni; dall'altro, dallo sviluppo di iniziative collettive di carattere solidaristico. In Italia, una recente riforma costituzionale invita i poteri pubblici a promuovere e coordinare il contributo dei cittadini, singoli e associati, al perseguimento degli interessi generali. L'amministrazione si apre così all'intervento dei privati e giunge ad affidare loro compiti e servizi pubblici: a volte, per proprie insufficienze o esigenze finanziarie; a volte, per un disegno di valorizzazione del "terzo settore". Tutto ciò determina una pluralizzazione delle forme giuridiche "utilizzate" dalla normazione amministrativa. La moltiplicazione delle soluzioni organizzative a disposizione e la possibilità di intrecciarne le diverse discipline segnano il definitivo mutamento della prospettiva tradizionale. In luogo di quella fondata sulla "grande dicotomia", e pertanto sulla ricerca di una linea netta di distinzione tra i due campi, si impone quella basata sulla fungibilità tra pubblico e privato, e dunque sulla individuazione dei criteri di scelta e sulle tecniche di scambio».

<sup>343</sup> Si v., fra i molti, C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, cit., p. 393; posizione particolare sul tema assume M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; su tale lavoro si v. in senso critico la posizione di M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 169 ss., il quale critica l'affermazione dell'arretramento della sfera pubblica rispetto a quella del diritto privato, sostenendo che «anzi, con riferimento al pubblico "regolatore" parrebbe vero il contrario. Il sorgere di nuovi interessi imputati alla collettività ha determinato l'espansione dell'attività pubblica diretta alla loro protezione. A volte, ciò ha addirittura indotto la creazione di nuovi enti esponenziali dei nuovi interessi ed ha determinato un aumento del pubblico come "soggetto"»

e gestionale di nuovi attori pubblici, i privati appunto; ma anche della nozione stessa di pubblica amministrazione, nel cui spettro d'indagine si sta facendo strada un nuovo modo di operare dei poteri pubblici.

E proprio il tema relativo alla (ri)organizzazione delle amministrazioni pubbliche risulta essere quanto mai di grande attualità: con l'approvazione della legge n. 124, del 07.08.2015 e la conseguente entrata in vigore dal giorno 28.08.2015, lo Stato ripropone una nuova "Riforma della Pubblica Amministrazione"<sup>345</sup>; mentre con la legge 6 agosto 2015, n. 125, di

---

<sup>344</sup> S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1985, p. 374 ss, il quale parla di uno Stato che «è diventato "multiorganizzativo"», in cui un ruolo nuovo viene affidato, accanto ai modelli organizzativi tradizionali, alle «forme collaborative pubblico-privato, che producono organismi ausiliari alla pubblica amministrazione». Secondo l'A., «si tratta di un fenomeno che non ha forme definite e di cui si possono solo descrivere i contorni. Si è infatti abituati a pensare alle amministrazioni pubbliche non solo come amministrazioni riferibili allo Stato, ma anche come qualcosa di separato dalle amministrazioni private. Questo non è più vero, ormai, da decenni. Vi sono frequenti fenomeni di surrogazione di strutture private in funzioni pubbliche. (...) le amministrazioni pubbliche, invece di organizzare nuovi uffici e di assumere altro personale, affidano propri compiti a privati che operano in funzione strumentale dell'amministrazione».

<sup>345</sup> La legge 7 agosto 2015, n. 124 sulla riforma della Pubblica Amministrazione, riguarda essenzialmente: la cittadinanza digitale, la dirigenza pubblica, l'anticorruzione, il lavoro pubblico, le camere di commercio, gli enti di ricerca, le società partecipate pubbliche, i servizi pubblici locali e nuove misure di semplificazione procedimentale. Tale legge, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 187 del 13 agosto 2015, è entrata in vigore il prossimo 28 agosto 2015 e si inserisce nella direzione già tracciata dal precedente decreto legge 24 giugno 2014, n.90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. Al fine di semplificare e rendere maggiormente trasparente l'azione amministrativa, sono state introdotte importanti modifiche ricadenti sia sulla disciplina dei procedimenti sia sull'organizzazione degli uffici delle pubbliche amministrazioni. Gli enti locali sono stati direttamente coinvolti da questo processo di riforma, che non ha risparmiato gli ordinamenti delle Regioni a Statuto Speciale, posto che tali misure devono ritenersi applicabili "compatibilmente con i rispettivi Statuti e le relative norme di attuazione, anche con riferimento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3" (cfr. art. 22 della l. 124/15). All'interno del novero delle misure di immediata attuazione si possono distinguere gli istituti di nuova introduzione dalle modifiche apportate alla disciplina già vigente, specie per quel riguarda la legge 7 agosto 1990, n. 241. L'art. 3 rappresenta una delle novità più significative poiché introduce il "Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici" all'art. 17-bis della legge 241/90. Si tratta di un istituto nuovo, che non deve essere confuso con il più risalente silenzio assenso previsto dall'art. 20 della legge 241/90, che – al contrario dell'istituto in commento – opera soltanto nei confronti dei privati. La finalità sottesa all'istituto consiste nella semplificazione delle procedure e nella riduzione dei tempi in relazione alla conclusione di procedimenti amministrativi che involgano atti di spettanza di

conversione del decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, recante “*Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali*”, si prevedono alcune apprezzabili novità per gli enti locali<sup>346</sup>.

---

altre pubbliche amministrazioni, quali assenti, concerti o nulla osta comunque denominati. L’art. 3 stabilisce un termine certo entro il quale debbano essere comunicati tali atti da parte delle pubbliche amministrazioni coinvolte, decorso il quale gli stessi si intendono acquisiti. Il termine – che può essere soggetto ad interruzione qualora vengano rappresentate esigenze istruttorie o richieste particolari da parte delle amministrazioni coinvolte – varia a seconda che il procedimento amministrativo abbia ad oggetto gli interessi sensibili della tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini. In questi casi, infatti, l’ordinario termine di 30 giorni viene sostituito dal più ampio termine di 90 giorni, sempre decorrente dal ricevimento della richiesta da parte dell’amministrazione precedente. Si tratta di una novità di prim’ordine, atteso il consueto atteggiamento di riguardo da parte del legislatore nei confronti dei settori sensibili dell’ordinamento, solitamente estranei alle misure di semplificazione amministrativa (si pensi, infatti, alle deroghe previste dalla SCIA). Un’altra novità saliente è data dalla previsione di un potere sostitutivo in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale è chiamato a decidere – previa deliberazione del Consiglio dei Ministri – in caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali. Si segnala, infine, che l’ultimo comma del neo art. 17-*bis* esclude l’applicazione di tale istituto “*nei casi in cui disposizioni del diritto dell’Unione europea richiedano l’adozione di provvedimenti espressi*”. Ferme restando le specifiche novità di immediata attuazione sopra delineate, la legge in commento prevede un più ampio progetto di riforma della Pubblica Amministrazione che si estrinseca essenzialmente nei decreti legislativi e nei regolamenti che dovranno essere emanati dal Governo entro i termini stabiliti. (cfr. *Iuris*, Note per la lettura delle disposizioni di interesse per gli enti locali. [www.celva.it](http://www.celva.it)).

<sup>346</sup> Tra le novità più importanti ai nostri fini, l’art. 16, comma 1, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi di Consip S.p.a. per le procedure di gara per l’affidamento in concessione dei servizi aggiuntivi presso gli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica. Il comma 1-*ter* prevede che anche la regione partecipi all’assunzione di determinazioni relative alla tutela del decoro dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolarmente rilevanti. Il comma 1-*quater* prevede che il Ministero dei beni e delle attività culturali adotti, con apposito decreto, un piano di razionalizzazione degli archivi e degli altri istituti della cultura delle province. Il comma 1-*quinquies* prevede, con riferimento alle province, un’apposita procedura di mobilità per le unità di personale nei profili professionali di funzionario archivista, funzionario bibliotecario, funzionario storico dell’arte e funzionario archeologo in servizio a tempo indeterminato. Altra disposizione è quella relativa all’art. 16-*bis*, che reca delle misure per favorire la rappresentanza territoriale negli organi di amministrazione di associazioni e fondazioni con finalità di gestione di beni del patrimonio mondiale dell’umanità (Unesco). (cfr. *Iuris*, Note per la lettura delle disposizioni di interesse per gli enti locali. [www.celva.it](http://www.celva.it)).

### 3. *Il Partenariato pubblico-privato.*

L'esigenza di un nuovo rapporto tra sfera pubblica e sfera privata ha trovato espressione nella formula, propria del diritto comunitario, di «Partenariato pubblico privato – PPP»<sup>347</sup>. Tale nozione, per lo più descrittiva<sup>348</sup>, è caratterizzata dal ricorrere di precisi elementi<sup>349</sup> che, tuttavia, non ne

---

<sup>347</sup> «La formula giuridica «Partenariato Pubblico Privato» non ha origine nel diritto nazionale, ma trae la sua formulazione corrente dalla elaborazione compiuta dall'esecutivo comunitario. Nell'arco di pochi anni la Commissione Europea ha introdotto, infatti, numerose comunicazioni interpretative in materia di partenariato pubblico privato. Merita prendere le mosse dal Libro Verde del 2004 perché in esso, pur non essendo fornita una definizione giuridica di partenariato, non soltanto sono descritti i tratti essenziali delle formule che ad esso si collegano, ma sono anche anticipati molti dei profili problematici relativi alla loro applicazione», così G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 8, p. 888.

<sup>348</sup> «Che il partenariato pubblico-privato non rappresenti un istituto e forse nemmeno una categoria giuridica è, più che tesi di chi scrive, un'oggettiva realtà. Almeno, volendo dare pregio e rigore all'analisi giuridica. Ad esso, innanzitutto, sono tradizionalmente ricondotte figure contrattuali tra loro così diverse per genesi, funzione e finalità, che, *in prima facie*, è forte la tentazione di considerarlo non tanto come l'insieme di quelle figure, quanto come un modo d'agire nella realizzazione di interessi (anche) pubblici; un modello d'organizzazione e d'azione amministrativa, in sostanza», così M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, pp. 55-69. Sul paragrafo, cfr. M. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Napoli, 2009, p. 5, secondo il quale «il PPP non rappresenta una categoria giuridica, comprensiva di istituti che, pur nella loro peculiarità, hanno tratti comuni; ma una nozione descrittiva con cui ci si riferisce, senza particolari conseguenze giuridiche, ad ogni tipo di situazioni – contrattuali o istituzionalizzate – che siano segnate dalla compresenza di soggetti pubblici e privati». Ancora, cfr. G. SCIULLO, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 23.

<sup>349</sup> Secondo quanto riportato nel Libro Verde del 2004 (relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni): «il termine partenariato pubblico-privato (“PPP”) non è definito a livello comunitario. Questo termine si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio. I seguenti elementi caratterizzano normalmente le operazioni di PPP: la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare; la modalità di finanziamento del

favoriscono una definizione<sup>350</sup> in termini generali<sup>351</sup> valevole sia a livello comunitario sia a livello nazionale<sup>352</sup>.

Certamente, però, è possibile affermare che il «fenomeno dei PPP»<sup>353</sup> risponda effettivamente alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico, nonché alla volontà di beneficiare maggiormente del “know-how” e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica.

---

progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati; il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi; La ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi». In particolare, sulla definizione comunitaria di partenariato, v. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 62, secondo il quale: «la definizione comunitaria dimostra che il partenariato ha una precisa valenza giuridica, con connotati prestabiliti, tanto da poter affermare che ci si trova dinanzi ad una nuova tipologia di contratti pubblici».

<sup>350</sup>La Commissione nel Libro Verde 2004 sui Partenariati pubblico privati, osserva che: «il termine Il termine partenariato pubblico-privato (“PPP”) non è definito a livello comunitario. Questo termine si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio».

<sup>351</sup> Sul paragrafo cfr. S. D’ANTONIO, *Il partenariato pubblico-privato nel processo di integrazione europea*, in G. MARAZZITA (a cura di), *Il processo di integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona. Dottorato di ricerca in Tutela dei diritti fondamentali. Diritto pubblico italiano ed europeo*, Roma, 2012 e pubblicato in *Diritto e processo amministrativo*, fascicolo 2/2011, pp. 503-526, la quale sottolinea come «il legislatore comunitario, a conclusione della riflessione avviata con il Libro Verde, ha preferito non dettare una disciplina unitaria per tutte le forme di PPP, ma occuparsi in maniera specifica solo dei partenariati istituzionalizzati da una parte e delle concessioni dall’altra»; ancora, G. F. CARTEI, *Op. cit.*.

<sup>352</sup> Sul paragrafo, S. D’ANTONIO, *Il partenariato pubblico-privato nel processo di integrazione europea*, in *Op. cit.*, p. 289, mette in luce come il Partenariato pubblico privato sia «un istituto (o almeno un fenomeno) comune ai due ordinamenti, quello europeo e quello nazionale, dunque un momento di forte interazione – se non di vera e propria fusione (...) – tra i due ordinamenti».

<sup>353</sup> Mutuando l’espressione del Libro Verde 2004, par. 3.

Più in generale, le motivazioni che inducono le amministrazioni a ricorrere al Partenariato Pubblico privato per la realizzazione di opere pubbliche e la gestione di servizi sono varie e abbracciano la possibilità di rispettare i vincoli di bilancio imposti da Maastricht (in quanto la spesa che viene generata da tali progetti non va a formare il monte di spesa che concorre alla determinazione dei parametri del patto di stabilità); la possibilità di incrementare la dotazione infrastrutturale e gli investimenti pubblici del Paese grazie all'apporto e al reperimento della relativa copertura con il ricorso a risorse private addizionali; il coinvolgimento di risorse e competenze private in tutte le fasi di gestione dell'opera nonché di erogazione dei servizi; l'ottimizzazione dell'uso di risorse pubbliche, con possibilità di ottenere servizi migliori a parità di spesa. Motivazioni, queste, certamente valide se non fosse che anche a fronte di tali vantaggi, l'esperienza ha anche messo in evidenza alcuni ostacoli al più efficiente ed efficace sviluppo del Partenariato Pubblico privato, essenzialmente dovuti alla mancanza di regole chiare e stabili; al frequente non adeguato *expertise* del settore pubblico; alla complessità delle procedure di gara; ai limiti del mercato degli operatori privati; nonché agli effetti della crisi finanziaria sul mercato del Partenariato Pubblico privato<sup>354</sup>.

E' evidente, dunque, che si tratta di una formula, in parte, ancora da affinare ma il cui rapido sviluppo è strettamente connesso ai vantaggi che le controparti ambiscono ad ottenere: il comparto pubblico mira alla realizzazione di un'opera di pubblica utilità, attraverso l'intervento dei privati, che consente una riduzione del carico di responsabilità finanziarie in capo allo stesso soggetto pubblico, sgravato anche, in alcuni casi, degli oneri di progettazione. Il privato, al contempo, può contare su una infrastruttura (o

---

<sup>354</sup> Cfr. UTFP "*Partenariato Pubblico Privato: stato dell'arte, futuro e proposte*", 2009, in [www.utfp.it](http://www.utfp.it)

un servizio) che, rispondendo ad una pubblica necessità, presenta già, di fatto, una domanda facilmente individuabile, e pertanto flussi di cassa prevedibili e stabili<sup>355</sup>.

Di fatto, quello che rileva maggiormente nelle operazioni di «PPP» è proprio il «coinvolgimento dei privati» nella produzione di servizi o nelle operazioni di finanza di progetto (*project financing*). Tuttavia, quando si cerca di definire l'espressione "coinvolgimento dei privati" «si scopre di avanzare in un luogo ove si incontrano concetti dai contorni sfumati e strutturalmente incerti, ove non vi sono definizioni chiare e accettate, proprio perché solo la mediazione politica può permettere di chiarire, se e quando questo chiarimento avviene, qual è la soluzione data alla composizione negoziale di interessi divergenti. Si rileva costantemente che non vi è concordia di programmi e di interessi, non vi è unicità di "buone ricette" anche perché non vi è omogeneità di problemi». <sup>356</sup>

Il Libro verde analizza i diversi fattori che hanno determinato lo sviluppo del fenomeno del PPP; tra questi assume particolare rilievo il mutato contesto storico che ha determinato il diffondersi di operazioni di partenariato pubblico privato in molti settori prima di esclusiva competenza pubblica.

La *ratio* del cambiamento può essere riscontrata nelle importanti restrizioni economiche che hanno interessato il bilancio degli Stati membri. Infatti il PPP permette, non solo l'ingresso dei capitali privati in settori prima esclusi, ma anche la possibilità di usufruire delle conoscenze tecniche del settore privato, superiori, più approfondite e attuali rispetto al pubblico. Con la

---

<sup>355</sup>Sul punto, v. lo studio condotto da FEDERCULTURE e dalla FONDAZIONE IFEL "Le forme di PPP e il fondo per la progettualità in campo culturale" (2013), reperibile in [www.federculture.it](http://www.federculture.it)

<sup>356</sup> G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, p. 86, citando un passo di A. CARZANIGA, *Aspetti generali del partenariato tra pubblico e privato*, in D. SPINELLI - P.L. VECCHIA, *Opere pubbliche: le nuove modalità di realizzazione*, Milano, 2007.



formula di collaborazione prevista dal partenariato è possibile, non solo l'ingresso delle nuove tecnologie, ma anche un nuovo ruolo della pubblica amministrazione che abbandona la veste di operatore diretto per ricoprire il ruolo di organizzatore, regolatore e controllore<sup>357</sup>.

Tre sono, dunque, le motivazioni importanti nell'affermazione di questo fenomeno: il ruolo paritario del privato nei confronti della pubblica amministrazione; l'affermazione della sussidiarietà orizzontale, di cui il PPP è considerato una delle varie espressioni; la centralità dell'economia sociale di mercato nel contesto della "costituzione economica" dell'Unione europea. Seppure convergenti, ancorché di per sé diverse, tali motivazioni hanno in questo modo favorito una rapidissima fortuna del Partenariato negli ultimi due decenni.

Di esso, in particolare, si conoscono due sotto-tipi<sup>358</sup>: il partenariato «contrattuale», in cui il rapporto di partenariato tra il settore pubblico e il settore privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali; il partenariato «istituzionalizzato»<sup>359</sup> che, invece, implica una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> Il riferimento normativo è il Libro Verde, paragrafo n. 1.1.3

<sup>358</sup> Secondo l'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 1 del 03 marzo 2008, che ha ripercorso le diverse declinazioni del PPP, «il partenariato pubblico privato di tipo "puramente contrattuale" è quello basato esclusivamente su legami contrattuali, quali l'appalto e la concessione, tra i vari soggetti e definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti, più o meno ampi - tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato mentre il partenariato pubblico privato di tipo "istituzionalizzato" implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta, quale una società mista, detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato e che ha la missione di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico». Osserva sul punto R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., p. 65, come «questa distinzione ha un valore meramente descrittivo e non ha alcuna valenza concreta. In entrambe le ipotesi, infatti, viene in rilievo una manifestazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione».

<sup>359</sup> Così, S. D'ANTONIO, in *Op. cit.*, p. 292, la quale aggiunge che «la differenza tra i due sotto-tipi sta nel fatto che mentre nel primo la collaborazione tra settore pubblico e settore privato

Le due figure che compongono il partenariato di tipo contrattuale sono l'appalto pubblico e la concessione.<sup>361</sup>

Per quanto riguarda, invece, il partenariato istituzionalizzato, la nuova entità che viene ad esistenza è dotata di personalità giuridica ed ha il precipuo compito di realizzare l'opera o la fornitura di un servizio di pubblico interesse. A questo risultato si può giungere sia con la creazione di una nuova persona giuridica detenuta congiuntamente da soggetto pubblico e soggetto privato, sia facendo acquisire ad un soggetto privato una partecipazione all'interno di un'impresa pubblica preesistente.<sup>362</sup>

Indubbiamente ricorrere al PPP offre vantaggi, ma ciò non è sufficiente a nascondere, anche alla dottrina più recente, le insidie insite nell'applicazione di questa formula, in quanto «la pubblica amministrazione e i soggetti

---

si fonda su legami esclusivamente convenzionali, nel secondo essa avviene all'interno di una persona giuridica nuova e distinta, investita del compito di realizzare l'opera o di fornire il servizio a favore del pubblico», così ricollegandosi ai contenuti del Libro Verde 2004. In tema di partenariato la bibliografia è molto vasta, tuttavia v. M. P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in cit.; cfr. altresì C. MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, ivi, p. 193 ss; T. PONTELLO, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, ivi, p. 317 ss.

<sup>360</sup> Sulla polemica sorta, a livello comunitario, relativamente alle forme del PPP contrattuale ed istituzionalizzato, così come previste nel Libro Verde 2004, cfr. M. P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, 21 gennaio 2015, in [www.studiolegalechiti.it](http://www.studiolegalechiti.it).

<sup>361</sup> S. D'ANTONIO, in *Op. cit.*, p. 292-293, precisa per l'appunto come «(...) in base al diritto comunitario derivato, «appalto pubblico» di lavori o di servizi è ogni contratto stipulato per iscritto a titolo oneroso tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la realizzazione di un'opera o la prestazione di un servizio; mentre per «concessione» si intende un contratto con le stesse caratteristiche dell'appalto pubblico ad eccezione del fatto che la contropartita dei lavori o dei servizi effettuati consiste soltanto nel diritto di sfruttare l'opera o il servizio, ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo. Inoltre, mentre nell'appalto l'operatore economico riceve dall'amministrazione il compenso per la sua prestazione, nella concessione riscuote il corrispettivo direttamente dagli utenti, salva l'eventuale aggiunta di una remunerazione da parte dell'amministrazione, accollandosi il rischio della gestione».

<sup>362</sup> Libro Verde, paragrafo n. 55

privati – fatti salvi (ma non sempre) i privati *non profit* – per lo più perseguono interessi divergenti»<sup>363</sup>.

In realtà, già durante lo scorso decennio le istituzioni comunitarie, nel Libro verde della Commissione del 2004, avevano evidenziato le difficoltà insite nell'uso di questi strumenti, rilevando in particolare che «il ricorso al PPP non può ... essere presentato come una soluzione “miracolo” per un settore pubblico confrontato a restrizioni di bilancio. L'esperienza mostra che, per ciascun progetto, occorre valutare se l'opzione del partenariato comporta una plusvalore reale rispetto ad altre opzioni ...»<sup>364</sup>.

Da un lato occorre dunque adottare cautele intese a far sì che gli interessi privati non vadano a scapito dell'interesse pubblico, mentre, dall'altro lato, bisogna evitare che queste cautele scoraggino i potenziali investitori. Sicché la disciplina degli interventi in partenariato spesso si risolve in un equilibrio tra le due esigenze contrapposte: e questo equilibrio non di rado è instabile, come dimostra l'evoluzione della disciplina di uno dei principali strumenti

---

<sup>363</sup> Sul paragrafo, v. G. MANFREDI, *La “Fondazione La Grande Brera”, il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon* n. 2-2014 (Rivista di arti e diritto *on line*), s.p., secondo il quale «si sa che negli ultimi anni il partenariato pubblico-privato nelle sue varie forme spesso è stato visto come una sorta di *brave new world* della realizzazione degli interventi pubblici. Il che pare dovuto in primo luogo alla consonanza di questo concetto rispetto al paradigma del *new public management*, per cui le pubbliche amministrazioni adottano modelli di organizzazione e di azione aziendalistici, perché mutuati dalle aziende private, e con quello della *governance theory*, per cui le amministrazioni dismettono la tradizionale posizione di separatezza e di sovra ordinazione nei confronti del mercato, con il quale anzi prendono a intrattenere relazioni di tipo collaborativo. In secondo luogo (e, forse, soprattutto) al fatto che il partenariato può recare sollievo al notorio problema della cosiddetta crisi fiscale dello Stato, ossia alla carenza di risorse finanziarie da destinare alle spese pubbliche, di recente aggravatasi in conseguenza di svariati fattori, tra cui si possono citare la globalizzazione (è quasi inutile ricordare che in un contesto economico globalizzato l'eccessivo inasprimento dei prelievi fiscali può provocare una delocalizzazione delle imprese), i vincoli comunitari che limitano il ricorso all'indebitamento e le notorie sollecitazioni dei mercati finanziari internazionali. Ma, come spesso accade, il fascino della novità (peraltro, decisamente relativa) talora ha fatto credere che gli strumenti di partenariato siano una vera e propria panacea per le manchevolezze e per i guasti dell'azione delle pubbliche amministrazioni».

<sup>364</sup> Libro Verde, paragrafo n. 5

di partenariato, la finanza di progetto, che nel corso degli ultimi due decenni ha continuato a oscillare tra l'una e l'altra esigenza»<sup>365</sup>.

### 3.1 *Il Partenariato pubblico-privato nel Codice dei contratti pubblici.*

A livello nazionale, il Partenariato pubblico privato è previsto nel Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture (d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i.), nella sua attuale formulazione<sup>366</sup>.

L'art. 3, comma 15 *ter* del Codice dei contratti pubblici, introdotto nell'ordinamento italiano con il d. lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. terzo decreto "correttivo") dispone che: « i "contratti di partenariato pubblico privato" sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti.

Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione

---

<sup>365</sup> Così G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera"*, in cit., s.p.

<sup>366</sup> Il Codice prevede espressamente i contratti di partenariato pubblico privato nell'articolo che definisce gli istituti previsti e disciplinati dal Codice stesso. Secondo il Tar Emilia Romagna Parma, Sez. I, n. 10 del 26.01.2011, i contratti di partenariato pubblico privato costituiscono forme di cooperazione tra Amministrazioni pubbliche e soggetti privati, motivate essenzialmente dalla difficoltà di reperimento delle risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività, onde il ricorso a capitali ed energie private diventa in tali situazioni un mezzo quasi irrinunciabile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità, anche ove si tratti solo di alleggerire gli oneri economico-finanziari delle casse pubbliche.

finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste».<sup>367</sup>

La definizione legislativa risulta essere ampia, se non addirittura «vaga»<sup>368</sup>, includendo nel concetto «contratto di partenariato pubblico privato» ipotesi diverse l'una dall'altra «accomunate dalla caratteristica di avere per oggetto una o più tra le prestazioni di progettazione, costruzione, gestione e manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio»<sup>369</sup>.

Ma al di là delle previsioni codicistiche, ciò che interessa rilevare è che «la citata previsione segnala di per sé il consolidarsi di una categoria europea che, senza passare per le fonti del diritto comunitario<sup>370</sup>, entra direttamente negli ordinamenti nazionali; vicenda che fa riflettere sui modi di produzione del diritto nell'era dell'integrazione europea»<sup>371</sup>.

---

<sup>367</sup> La disposizione normativa prosegue affermando: «Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat».

<sup>368</sup> Sul paragrafo *cfr.* S. D'ANTONIO, in *Op. cit.*, p. 298, secondo la quale: «l'oggetto è però definito in maniera estremamente ampia e generica, in modo da comprendere tutto l'ambito delle opere pubbliche e dei servizi; del finanziamento si dice che è posto a carico di privato, ma questo può avvenire anche solo in parte e comunque in forme diverse; per l'allocatione dei rischi si rimanda senz'altro alle prescrizioni e agli indirizzi comunitari. La definizione, data peraltro solo «ai fini del presente Codice» appare piuttosto vaga, né l'elenco che segue aiuta a precisarla, avendo solo carattere esemplificativo».

<sup>369</sup> G. RIZZO, *Op. cit.*, p. 89.

<sup>370</sup> S. D'ANTONIO, in *Op. cit.*, p. 297, la quale ribadisce come la disciplina relativa al PPP (nella fattispecie istituzionalizzato) sia stata introdotta con lo strumento della comunicazione interpretativa, la quale non è propriamente riconducibile nel novero delle fonti del diritto europeo e, malgrado questo, sia entrata nel circuito della produzione normativa.

<sup>371</sup> S. D'ANTONIO, in *Op. cit.*, p. 299

### 3.2 (segue) *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva 2014/23/UE.*

Nel diritto dell'Unione europea non esiste un riferimento generale, né una definizione di Partenariato pubblico-privato; ed è silente, in tal senso, anche la recente direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la n.2014/23/UE<sup>372</sup>, che tuttavia regola, per la prima volta in modo sistematico, uno degli istituti capisaldi del Partenariato<sup>373</sup>.

Le ragioni della mancata considerazione del PPP nelle direttive 2014 sui contratti pubblici risiedono, secondo parte della dottrina, nel fatto che, almeno per il momento, il legislatore europeo ha ritenuto non sussistenti le condizioni per una disciplina unitaria degli istituti giuridici riportabili al PPP; ma «neanche che ce ne sia bisogno, una volta che il cuore della tematica del Partenariato (le concessioni) trova una compiuta disciplina»<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> Sono state pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 28/3/2014, la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che dovranno essere recepite entro il 18/04/2016. I principali obiettivi perseguiti dalle direttive si possono così sintetizzare: A) uso più efficiente dei fondi pubblici. Le sfide sono quelle di realizzare maggiore semplificazione, maggiore flessibilità delle procedure, e attuare procedure corrette; B) mercato degli appalti aperto a livello dell'Unione. Le sfide sono quelle di realizzare un generalizzato *favor* verso le PMI e gli offerenti transfrontalieri; C) promuovere l'innovazione, comprensiva della cd. eco-innovazione – definita dalla Commissione (COM (2011) 899 definitivo) «qualsiasi forma d'innovazione che riduce impatti negativi per l'ambiente, aumenta la resistenza alle pressioni ambientali e consente un uso più efficace e responsabile delle risorse naturali»- e la tutela ambientale e la responsabilità sociale. Le sfide sono quelle di realizzare un più vantaggioso rapporto qualità/prezzo nelle acquisizioni pubbliche e maggiori benefici economici ambientali e per la società.

<sup>373</sup> M. P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, 21 gennaio 2015, in [www.studiolegalechiti.it](http://www.studiolegalechiti.it). Secondo l'A., la motivazione starebbe nel fatto che l'U.E. stia abbandonando l'idea di coniare una definizione unitaria di PPP, per «sviluppare una politica del diritto incentrata sulla definizione di alcuni dei maggiori istituti del Partenariato». Cfr. G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 1, 2015, p. 101 ss. L'A. parla, in tal senso, di una vera e propria «implementazione del diritto comunitario».

<sup>374</sup> M. P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., s.p.

Ad onore del vero, la nuova direttiva concessioni 2014/23/UE, seppure indirettamente <sup>375</sup>, disciplina le sole concessioni c.d. «di rischio» (o «dinamiche») <sup>376</sup>, in cui, cioè, è il «rischio» <sup>377</sup> a connotare il rapporto di partenariato.

In questa maniera, la direttiva 2014/23/UE rappresenta un'importante novità anche per il nostro diritto dato che «il *genus* delle concessioni va ormai scisso per *species*, ciascuna con una propria distinta caratterizzazione» <sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> La direttiva 2014/23/UE specifica al comma 1 dell'art. 5 che: «L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

<sup>376</sup> Il punto ricorre in modo puntuale nell'intera direttiva 23; specialmente nei Considerando da 11 a 20 e negli artt. 1 e 3. Afferma, in proposito, M. P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., s.p., che: «si tratta di una delimitazione quanto mai opportuna anche nella prospettiva nazionale. Infatti, se la direttiva chiarisce che per il diritto dell'Unione è rilevante solo questa specie di concessioni è perché solo esse sono istituti in cui il rischio connota il rapporto di partenariato».

<sup>377</sup> Sul punto, cfr. M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 7/2014, pp. 741-757. Rileva l'A. che: «La novità rispetto al Codice, portatrice di future necessità di adeguamento, sempre inserita nel comma 1 dell'art. 5 della Direttiva, riguarda la puntualizzazione di cosa comporta l'aggiudicazione di una concessione, in altre parole quale sia il contenuto necessario di un contratto di concessione: i.e. il trasferimento al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi. (...) Con la Direttiva in esame il vuoto sulla previsione sostanziale di rischio a livello comunitario è stata colmata, ed è una definizione compiuta perché non consente ai concessionari e agli istituti finanziatori di introdurre in modo strisciante forme di attenuazione o eliminazione del proprio rischio, restituendolo alla p.a. (...) In primo luogo nella Direttiva viene identificato il rischio operativo che deve sostenere il concessionario, sgombrando il campo dai tentativi di assimilazione del rischio operativo alle conseguenze derivanti dalla cattiva gestione, inadempimenti o cause di forza maggiore: giustamente tutte queste evenienze sono comuni anche ai contratti di appalto e non possono valere a qualificare il rischio operativo nei contratti di concessione. (...) La Direttiva precisa, dunque, il valore potenziale della perdita economica associata al rischio operativo: fino ad oggi l'indeterminatezza di questo valore ha consentito nella prassi l'elusione delle prescrizioni comunitarie». Ancora sull'incidenza del rischio, G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in cit., p. 101 ss.

<sup>378</sup> M. P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., s.p.

E' evidente che l'Unione europea, avendo disciplinato solamente la figura delle concessioni «dinamiche», pur se senza chiarire se in questa figura si esaurisca o meno la rilevanza giuridica del PPP, inevitabilmente è portato ad influenzare anche il diritto interno<sup>379</sup>. Nello specifico, infatti, è stato rilevato come «accettando la tesi che il PPP di matrice europea si esaurisce nelle concessioni di cui alla direttiva 23/2014/UE, una serie di contratti pubblici che il d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i. considera esempi, tipici e atipici, di PPP rimarrebbero privi di ancoraggio nel diritto dell'Unione».<sup>380</sup>

La nota interessante di questa situazione, tuttavia, risiede nel fatto che mancando una chiara disposizione europea sul PPP, il diritto europeo non può delegittimare le disposizioni nazionali che si richiamano al PPP. Di conseguenza, siamo, almeno attualmente, di fronte ad una situazione di «duplice regime di PPP, nazionale ed europeo, in cui il primo si può svolgere autonomamente, almeno sino al punto in cui si determinino incompatibilità con principi generali di diritto europeo, rilevanti in tali fattispecie».<sup>381</sup>

Tra le novità più importanti della direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, va segnalata l'introduzione del c.d. principio della libertà procedurale delle amministrazioni concedenti nell'ambito delle procedura di

---

<sup>379</sup> M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in cit., pp. 741-757. Secondo l'A.: «La definizione di concessione di lavori e di servizi delineata nella nuova direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (...) è quanto mai innovativa per l'impatto che avrà sulla scrittura delle nuove concessioni e sull'interpretazione di quelle esistenti al momento del recepimento nell'ordinamento interno. Con riguardo alle concessioni in essere ci si dovrà domandare quali siano gli esiti dell'analisi di una loro "resistenza" alla luce delle puntualizzazioni delineate nella nuova definizione. In altre parole occorre verificare se i contratti esistenti possano ancora qualificarsi come concessioni e se, in difetto, ci sia la possibilità di modificarli durante il periodo di vigenza per renderli coerenti con la nuova definizione. »

<sup>380</sup> M. P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., s.p., il quale aggiunge: «è il caso, ad esempio, dei contratti di sponsorizzazione (art. 26), della locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità (art. 160 bis) e dei contratti di disponibilità (art. 160 ter)».

<sup>381</sup> M. P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., s.p.



aggiudicazione. L'introduzione di tale principio, che pone come ineludibile la questione della "libertà delle procedure", avrà chiaramente ricadute anche nel diritto interno, il quale, in sede di recepimento della direttiva, non potrà sottrarsi dal prevederlo nella normativa nazionale<sup>382</sup>.

#### 4. *Il Partenariato pubblico-privato per i beni culturali e le «forme di gestione».*

Con riferimento allo specifico settore dei beni culturali, i contratti di Partenariato Pubblico Privato possono essere utili strumenti nelle mani della P.A. per lo svolgimento delle attività di tutela, valorizzazione e gestione dei beni culturali.

Tali contratti costituiscono, infatti, «forme» di (attuazione della) gestione «indiretta» delle attività di valorizzazione dei beni culturali, di cui all'art. 115 del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei Beni culturali).

In via generale, quando parliamo di «forme di gestione» facciamo riferimento a quel «complesso di misure (organizzative, procedurali e, per taluni aspetti, finanziarie) tramite le quali i soggetti, pubblici e privati, dei beni culturali pongono in essere, o collaborano all'esercizio, di attività volte alla loro valorizzazione»<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> Cfr. G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in cit., p. 101 ss. L'A., relativamente al recepimento della nuova direttiva da attuarsi entro il mese di marzo 2016, afferma che: «In particolare per la direttiva concessioni, non si tratterà di un mero aggiornamento della disciplina previgente ma del necessario recepimento del nuovo testo comunitario in un apposito testo che potrà confluire nel Codice dei contratti pubblici ovvero costituire un separato corpo normativo. Ciò induce a riflettere sulla stessa filosofia di tale recepimento, per non ripetere gli errori del passato».

<sup>383</sup> C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, pp. 219-223. Cfr. C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003, pp. 173-196. L'A. ivi definisce le «forme di gestione» come «soluzioni organizzative, procedurali ed economiche cui le amministrazioni possono ricorrere per l'esercizio delle attività di loro competenza in materia di beni culturali, diverse da quelle riconducibili al nucleo tipico della tutela come funzione pubblicistica, a carattere autoritativo». Più in generale sulle forme di gestione, cfr. S. D'ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza*

La valorizzazione si pone, rispetto al paradigma gestionale, quale attività - funzione «oggetto» di queste misure, la quale definisce la propria configurazione sulla base dell'utilizzo e delle potenzialità di due linee direttrici, tra loro connesse, e che qui trovano uno dei loro più significativi punti di intersezione: quella della sussidiarietà verticale (decentramento) e quella della sussidiarietà orizzontale (apertura al privato)<sup>384</sup>.

Come più volte ribadito, è dal principio di "sussidiarietà orizzontale" che deriva la possibilità di coinvolgere soggetti esterni nella gestione e nella valorizzazione dei beni culturali, rispondendo così alla necessità delle amministrazioni statali di recuperare risorse (umane, economiche, organizzative, conoscitive) per un più efficace esercizio dell'attività di tutela dei beni culturali (in proprietà pubblica o privata).

Tante sono state (e sono) le disposizioni con le quali il legislatore è intervenuto in materia di *gestione dei beni culturali statali* da parte dei privati, secondo una linea di preferenza della sussidiarietà orizzontale rispetto alla sussidiarietà verticale<sup>385</sup>.

In particolare, gli interventi nel settore dei beni culturali a mezzo di soggetti privati, che danno luogo a forme di gestione «esternalizzata»<sup>386</sup> dei beni

---

*economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 110, secondo cui: «sembra utile soffermarsi sulla locuzione "forme di gestione", con la quale si indica il complesso degli strumenti giuridici attraverso i quali l'ente locale provvede ad organizzare il servizio, facendosi direttamente carico delle relative attività ovvero affidandole in tutto o in parte ad altri soggetti, al fine di assicurare l'erogazione del servizio all'utenza secondo parametri che ne garantiscano il più possibile la rispondenza ai bisogni della collettività».

<sup>384</sup> C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 174.

<sup>385</sup> Cfr. C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon*, n. 3/2001 (Rivista di arti e diritto *on line*), s.p. Afferma l'A che « l'amministrazione statale dei beni culturali sembra aver preferito aprire la gestione dei beni culturali al privato, anziché alle autonomie locali».

<sup>386</sup> Cfr. C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e , gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 203: «il termine esternalizzazione (o outsourcing) descrive l'insieme degli strumenti, fra loro anche molto diversi, per il cui tramite le amministrazioni pubbliche scelgono di assolvere i propri compiti, e così erogare le proprie attività e i propri servizi, ricorrendo a risorse esterne, in particolare, avvalendosi

culturali pubblici, sono, pertanto, riconducibili alla funzione di «gestione» dell'attività di «valorizzazione» dei beni culturali stessi.

Nel Codice dei beni culturali<sup>387</sup>, le «forme di gestione» trovano collocazione nel Capo II del Titolo II della Parte seconda dedicato alla valorizzazione; in particolare, sono gli articoli da 115 a 117 ad occuparsene nello specifico<sup>388</sup>.

Fermo restando il principio in base al quale il bene culturale possa essere oggetto solo di conferimento d'uso, non di trasferimento in titolarità, in via generale nella disciplina codicistica rifluiscono<sup>389</sup> sia le disposizioni già contenute nell'articolo 10 del d. lgs. n. 368 del 1998<sup>390</sup>, sia quelle relative ai c.d. «servizi aggiuntivi» (oggi «servizi per il pubblico») già introdotte dalla legge «Ronchey» del 1992<sup>391</sup> e dalla legge n. 85 del 22 marzo 1995<sup>392</sup>.

---

dell'apporto organizzativo, conoscitivo, umano e finanziario di soggetti terzi, privati, anziché utilizzare mezzi e strutture proprie».

<sup>387</sup> D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 recante «Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137».

<sup>388</sup> Per un commento, M. A. SANDULLI (a cura di), *Artt. 115-117*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, p. 876 ss. Cfr. C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 201: «l'art. 115 è, infatti, la disposizione con cui il legislatore statale definisce le «forme» in cui possono essere gestite le «attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica», poste in essere dalle stesse amministrazioni (Stato, Regioni e altri enti pubblici territoriali) che hanno la disponibilità dei beni e che, perciò, si qualificano, anche, come valorizzazioni «a iniziativa pubblica». Disposizione, di per sé, centrale, per le fattispecie considerate, ma che descrive solo uno fra i possibili sistemi di scelte e di soluzioni che compongono il quadro, articolato ed eterogeneo, delle forme di gestione dei beni culturali».

<sup>389</sup> In merito, cfr. lo studio relativo alla *Gestione dei beni culturali di proprietà pubblica*, reperibile al sito <http://patrimonioculturale.net>

<sup>390</sup> D. lgs. 20 ottobre 1998, n. 368 recante "Istituzione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 250 del 26 ottobre 1998

<sup>391</sup> Legge 14 gennaio 1993, n. 4 (c.d. Legge Ronchey), recante «Misure urgenti per il funzionamento dei musei statali e disposizioni in materia di biblioteche statali e archivi di Stato».

<sup>392</sup> Conversione in legge, con modificazioni, del d. l. 23 febbraio 1995, n. 41, recante misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica e per l'occupazione nelle aree depresse. Sul punto, S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., p. 312. L'A. rileva sul punto che: «prima della emanazione del d. m. 24 marzo 1997, n. 139, regolamento di attuazione della Legge Ronchey, l'art. 47 *quater*, legge 22 marzo 1995, n. 85, di conversione del d. l. 23 febbraio 1995, n. 41, aveva accresciuto il novero dei servizi affidabili in gestione a privati, prevedendo i punti

Sebbene si tratti di disposizioni ben localizzate nel *corpus* del Codice, è pur vero che, per essere adeguatamente valutate ed interpretate, esse necessitano di una vera e propria contestualizzazione nel complesso normativo avente ad oggetto la «valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica», in quanto «è l'insieme di queste previsioni che contribuisce a definire il contesto entro il quale si collocano, e con il quale si confrontano, le fattispecie delineate dall'art. 115»<sup>393</sup>.

Nel dettaglio, la lettera dell'art. 115, comma 1, del Codice dei beni culturali individua due possibili «forme di gestione» delle attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica: quella «diretta» e quella «indiretta»<sup>394</sup>.

Per quanto concerne la gestione in forma «diretta», il Codice all'art. 115, comma 2, dispone che essa «è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico»; relativamente a quella «indiretta», invece, l'art. 115, comma 3, del Codice prevede che essa sia «attuata tramite concessione a terzi delle attività

---

vendita dei biglietti d'ingresso e soprattutto l'organizzazione delle mostre e delle altre iniziative promozionali "utili alla migliore valorizzazione del patrimonio culturale e alla diffusione della conoscenza dello stesso».

<sup>393</sup> Così, C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 201.

<sup>394</sup> Sul dettato originario dell'art. 115 (d. lgs. n. 42/2004), cfr. A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, in cit., p. 127 ss. L'A. sottolinea come: «nell'originaria formulazione dell'art. 115 Codice, il legislatore delegato distingue opportunamente tra iniziativa e gestione degli interventi di valorizzazione. Ciò perché le attività di valorizzazione dei beni culturali, ancorché ad iniziativa pubblica, possono essere gestite direttamente dall'ente interessato, "attraverso strutture amministrative interne alle amministrazioni" (art. 115, comma 2) oppure indirettamente, per mezzo di concessioni a terzi (*contracting out*: art. 115, comma 3, lett. b)) ovvero "affidamento diretto a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono" (gestione in house: art. 115, comma 3, lett. a)); la scelta tra le due forme di gestione indiretta (e, si badi, non tra la gestione diretta ed indiretta) avviene attraverso una valutazione comparativa denominata comunemente *best value*».

di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti».

La scelta fra le due forme di gestione (diretta o indiretta)<sup>395</sup> è disciplinata dall'art. 115, comma 4, del Codice dei beni culturali a tenore del quale: «la scelta tra le due forme di gestione indicate ai commi 2 e 3 è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti»<sup>396</sup>, premurandosi di

---

<sup>395</sup> Relativamente al problema della scelta tra gestione diretta e indiretta nella versione dell'art. 115 (d. lgs. n. 42/2004) precedente al d. lgs. 156/2006, v. ancora A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, in cit., p. 137 ss. L'A. afferma che: «in pratica, uno dei problemi lasciato irrisolto dal legislatore delegato del 2004 era rappresentato dalla prevalenza della gestione indiretta o diretta e, dunque, dalla priorità logico-giuridica dell'una e dell'altra tipologia gestoria».

<sup>396</sup> Per procedere ad un corretta individuazione della forma più idonea di gestione dei beni culturali il documento principale da redigere è lo studio di fattibilità (SdF). Esso dovrà prevedere, tra l'altro, l'oggetto del contratto (gestione dei servizi, manutenzione, eventuali lavori, forniture, ecc.), l'analisi della sostenibilità economico-finanziaria e giuridico - amministrativa; il c.d. PPP test; il livello degli *standard* qualitativi e quantitativi dei servizi; un'attenta analisi dei rischi di progetto. Lo scopo dello SdF, pertanto, è quello di analizzare le esigenze informative connesse allo sviluppo di un nuovo progetto definito in linea di massima nella fase di pianificazione, e giungere alla individuazione di una o più alternative atte a cogliere modalità diverse di realizzazione dell'idea originaria; a fornire all'organo decisore gli elementi di valutazione necessari per prendere una decisione riguardo alla realizzazione operativa del progetto; a proporre la soluzione tecnico organizzativa e finanziaria attraverso la valutazione di costi delle soluzioni, benefici ottenibili nel tempo, rischi legati alla realizzazione e le conseguenze del mancato raggiungimento degli obiettivi progettuali; a fornire indicazioni in merito alla scelta tra le forme tradizionali di appalto pubblico e il PPP utilizzando la predisposizione di un *PPP test*. In particolare, tra i contenuti che lo SdF deve prevedere, il *PPP test* si può definire come l'insieme di una serie di analisi volte ad individuare la possibilità e il vantaggio per la PA di realizzare un progetto pubblico con schemi di PPP. Sulla base degli esiti dello SdF l'amministrazione dovrebbe avere a disposizione tutti gli elementi necessari per poter decidere la forma di PPP più adeguata per la gestione dei servizi culturali oggetto d'indagine, scegliere la procedura di gara più idonea al caso concreto e pubblicare il bando per l'affidamento del contratto prescelto. All'amministrazione spetterà comunque il compito di vigilare sulla corretta esecuzione delle obbligazioni contrattuali da parte dei soggetti privati. Lo SdF ha la finalità di orientare le amministrazioni verso la modalità realizzativa del progetto più idonea al singolo caso

aggiungere che: «Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali».

In questo sistema, se la gestione «diretta», peraltro attuabile dalle amministrazioni «anche in forma consortile pubblica», si pone quale «modalità tipica, e perciò anche risalente, tramite la quale si effettua il c.d. intervento diretto di un ente pubblico nella gestione di attività e/o di servizi di sua spettanza»<sup>397</sup>; la gestione «indiretta», sebbene affermata quale strumento di contribuzione allo snellimento dell'azione e dell'organizzazione amministrativa a mezzo dell'esternalizzazione dei compiti pubblici, di fatto non rappresenta secondo parte della dottrina una «soluzione miracolo»<sup>398</sup>,

---

concreto: appalto tradizionale o contratto di PPP. Nell'ipotesi in cui si riveli concretamente possibile adottare una forma di PPP lo SdF indicherà la modalità finanziaria e contrattuale più corretta per il buon fine dell'operazione e per la riduzione del rischio di fallimento della stessa. Sarà il contratto di PPP a disciplinare, nel dettaglio, diritti ed obblighi delle parti nel caso di eventuale fallimento dell'operazione e a disciplinare i casi di riequilibrio del piano economico-finanziario e di aggiornamento del contratto al verificarsi di un evento di forza maggiore o di altri rischi che dovranno essere attentamente gestiti nel contratto. Per approfondimento sui contenuti degli SdF, Cfr.: art.14 ("studio di fattibilità") del d. P.R. n. 207/2010 recante «Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici e Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici n. 1/2009» - *"Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo"* che, nella seconda parte, contiene: *"Linee guida per la compilazione degli studi di fattibilità"*.

<sup>397</sup> C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 202, la quale aggiunge che: «(...) si è sempre definita come forma gestionale alla quale ricorrere nel caso in cui il servizio o l'attività da rendere abbiano dimensioni limitate, tali da renderne inidonea una gestione secondo logiche diverse, economicamente rilevanti»

<sup>398</sup> v. Libro Verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2004), par. 1.1.5: «Se è vero che la cooperazione tra pubblico e privato può offrire vantaggi microeconomici, consentendo di realizzare un progetto con il miglior rapporto qualità/prezzo, mantenendo al contempo gli obiettivi di pubblico interesse, il ricorso al PPP non può tuttavia essere presentato come una *soluzione "miracolo"* per un settore pubblico confrontato a restrizioni di bilancio». Sul punto, cfr. C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 204; ancora, G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in cit., s.p.

dal momento che è sempre necessario valutarne il «reale plusvalore» rispetto ad altre soluzioni percorribili<sup>399</sup>.

La scelta evidentemente «discrezionale»<sup>400</sup> tra le forme di gestione previste dal Codice, per il perseguimento dei fini stabiliti dalla legge deve essere opportunamente motivata<sup>401</sup> «in termini di proporzionalità rispetto ai fini da perseguire, senza presunzioni *ex lege* sulla idoneità di alcuni modelli rispetto ad altri, che assicurino un migliore livello di fruizione pubblica o un più adeguato livello di valorizzazione»<sup>402</sup>.

Va da sé che il rapporto tra amministrazione e gestore viene comunque regolato da un *contratto di servizio*, dal quale si evincono sia i livelli qualitativi

---

<sup>399</sup> Libro Verde 2004, par. 1.1.5. Sul punto, *cfr.* M. A. SANDULLI, *Artt. 115-117*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, p. 876 ss. L'A. ribadisce come: «in riferimento alle non lievi modificazioni che i decreti correttivi (e in particolare, quello del 2006) hanno apportato al riguardo. Si prevede ora che lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali "ricorrono alla gestione indiretta" (e ciò «al fine di assicurare un miglior livello» della valorizzazione). Lo stesso comma 4 dell'art. 115, come riformulato, stabilisce però che lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali sono tenuti ad attuare la scelta tra la gestione diretta e quella indiretta attraverso una valutazione comparativa, sia in termini di «sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia», sia «sulla base di obiettivi previamente definiti». Il punto rimane oscuro e di difficile interpretazione e ci si duole che l'intervento correttivo del 2008 non abbia recato chiarezza al riguardo. La gestione indiretta deve comunque svolgersi nel rispetto dei livelli minimi della valorizzazione fissati dal precedente art. 114». In senso critico si pone A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, in *cit.*, p. 163, in quanto: «il problema della priorità delle due forme di gestione e dei connessi criteri di scelta risulta essere stato risolto solo apparentemente con la riforma del 2006, anche perché, dietro la formale apertura contenuta nel comma 4 dell'art. 115 Codice, vi è da registrare la mancata previsione nel Codice, tanto nel 2004 quanto nel 2006, sia di un'Autorità indipendente (*lato sensu*) deputata a verificare il possesso da parte delle strutture amministrative interne di requisiti tali da giustificare l'assunzione diretta del servizio pubblico di valorizzazione, che di un sistema di verifiche periodiche per controllare che i requisiti suddetti siano mantenuti nel tempo».

<sup>400</sup> S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, *cit.*, p. 328 ss.

<sup>401</sup> E' utile ricordare, infatti, che «ogni provvedimento delle pubbliche amministrazioni deve essere motivato, con espressa indicazione delle ragioni di fatto e di diritto che hanno portato alla decisione (art. 3, legge n. 241/1990)». E' questa una regola di carattere generale, a cui non fanno eccezione le decisioni di carattere organizzativo. *Cfr.* il citato art. 3, l. n. 241/1990: «ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa.... deve essere motivato». Per alcuni approfondimenti sulla motivazione, in dottrina v. A. ROMANO TASSONE, (voce) *Motivazione (Dir. Amm.)*, in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3741-3748.

<sup>402</sup> S. GALLETTI, *Le fondazioni e le attività museali*, in *Gazzetta ambiente*, n. 4/2005, p. 129.

di erogazione e di professionalità degli addetti, sia i poteri di indirizzo e controllo spettanti al titolare.

Per quanto riguarda, invece, la gestione dei beni culturali di interesse nazionale, l'art. 10 del d. lgs n. 368/1998 attribuisce al Ministero tre diverse forme di gestione: la possibilità di stipulare accordi con amministrazioni pubbliche e privati; costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società, secondo modalità e criteri definiti con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400; dare in concessione a soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale.

Orbene, laddove nel precedente capitolo si è cercato, peraltro senza pretesa di esaustività, di dare valore al ruolo della «gestione» rispetto alla «tutela» ed alla «valorizzazione», a chiusura di questo capitolo l'attenzione si sposta necessariamente sull' «oggetto» della gestione che, come rilevato<sup>403</sup>, può ben riguardare: a) il servizio pubblico di valorizzazione dei beni culturali; b) il bene culturale senza il servizio pubblico (in modo tale che la gestione risulta strumentale alla tutela, in quanto serve solo a mantenere il “carattere culturale” del bene); c) le attività strumentali di carattere non culturale, quali i c.d. servizi accessori.

E' necessario, quindi, predisporre un breve inquadramento del c.d. «servizio culturale», in particolare stabilendo se tale servizio afferisca o meno alla categoria dei servizi pubblici locali e se, tra questi, faccia capo ai servizi di tipo «economico» o «non economico»<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> *Ibidem*.

<sup>404</sup> Per una ricostruzione sulla nota distinzione, cfr. W. GIULIETTI, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, pp. 83-106. L'A., a p. 86, trattando dei servizi a rilevanza economico-imprenditoriale e dei servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale nell'art. 22 della l. n. 142/1990, afferma: «la distinzione era rivolta a differenziare, non lo statuto giuridico del servizio, quanto lo



Aspetto dal quale non si può prescindere e dal quale discende, evidentemente, la disciplina ad essi applicabile.

5. *Il «servizio culturale».*

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio non definisce espressamente il concetto di «servizio culturale»<sup>405</sup>; tuttavia, parte della dottrina ritiene che «dal combinato disposto degli artt. 111 e 115 si desume come esso sia riconducibile all'attività di valorizzazione dei beni culturali ad iniziativa pubblica»<sup>406</sup>.

---

strumento (il soggetto: azienda speciale, società di capitali a partecipazione pubblica o istituzione) deputato alla gestione».

<sup>405</sup> Cfr. in merito anche S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001. Sulla nozione, v. A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2005, pp. 567-574. L'A., ripercorrendo la distinzione tra le "attività culturali" e i "beni culturali" («Le attività culturali, si distinguerebbero dai beni culturali, in quanto rivolte al futuro e quindi espressione di una cultura contemporanea, in divenire»), evidenzia come l'estrema ampiezza dei concetti di bene e di attività culturale si riverberi inevitabilmente anche sul concetto di «servizio culturale locale, quale attività assunta ed organizzata dagli enti locali, a beneficio della collettività di residenza. Ne consegue, non solo l'impossibilità di elaborare un concetto di servizio culturale locale valido in ogni realtà, territoriale o temporale, ma anche la difficoltà di distinguere tale nozione da compiti affini, come le attività denominate del tempo libero», 568. Altresi, l'A. aggiunge: «anche la natura del servizio culturale non è definibile "a priori", posto che – salva contraria disposizione normativa di settore – contribuisce alla sua connotazione la scelta adottata dall'ente locale di come organizzarne l'esercizio».

<sup>406</sup> A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in cit., p. 569. L'A. sottolinea, tuttavia, come la nozione di servizio culturale come *species* del *genus* servizio pubblico, non si esaurisca solo nell'attività di valorizzazione così come definita dall'art. 111 del d. lgs. n. 42/2004. Infatti, aggiunge, «se si confronta la definizione dell'attività di valorizzazione oggetto degli artt. 111 e 115 con la nozione contenuta nell'art. 6 del d. lgs. n. 42/2004, può notarsi come quest'ultima ne accolga un significato più ampio, includendo in essa l'esercizio delle funzioni e la disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso». In definitiva, secondo l'A., «l'ampia previsione contenuta nell'art. 6 ed il tenore dell'art. 117 (che elenca i servizi aggiuntivi) inducono a ritenere come il codice dei beni culturali e del paesaggio abbia accolto una nozione ampia di servizio culturale, in grado di abbracciare le diverse espressioni dell'attività di fruizione, tra cui deve annoverarsi la stessa attività di conservazione. In tale nozione è destinata a confluire l'attività di valorizzazione prevista nell'art. 111».

Il «servizio culturale» viene tradizionalmente ricondotto nell'alveo dei servizi pubblici locali<sup>407</sup> «privi di rilevanza economica»<sup>408</sup>, ma può essere altresì collocato fra i servizi «a rilevanza economica», in ragione della scelta della «forma di gestione»<sup>409</sup> operata a livello locale.

---

<sup>407</sup> Come si evince dall'art. 103, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, l'attività svolta dagli istituti e luoghi della cultura sono qualificati come "servizio pubblico". In generale, per un inquadramento sul servizio pubblico locale, v. A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, pp. 65-82. L'A. afferma che: «il tentativo di prospettare una precisa definizione di servizio pubblico locale costituisce un'operazione particolarmente complessa e tuttavia indispensabile» ed aggiunge come: «il legislatore, al riguardo, pur prevedendo la disciplina per il servizio pubblico locale, non ha mai offerto una definizione di tale nozione (e neppure quella, più generale, di servizio pubblico), né ha fornito elementi formali o contenutistici per una sua qualificazione. Anzi, la mancanza di un quadro di riferimento sistematico nelle disposizioni legislative ha reso sempre più incerto il fondamento delle definizioni elaborate dalla dottrina», facendo sul punto riferimento alla nota n. 2 a E. MAGGIORA, *La gestione comunale dei pubblici servizi*, in *Tar*, 1986, p. 113; C. FRESA, *Servizio pubblico*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1983, p. 1346.

<sup>408</sup> Sul punto, A. SERRA, *Gestione dei servizi*, parte II, in *Aedon*, n. 2/2006, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*), sottolinea come: «l'individuazione della nozione di "rilevanza economica" è lasciata all'interprete; proprio con riguardo ai servizi culturali è stato individuato come la distinzione in parola abbia un "carattere dinamico ed evolutivo: non sarebbe cioè possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica". Anche secondo l'impostazione contenuta nel Libro Verde sui servizi di interesse generale della Commissione europea del 21 maggio 2003, i servizi culturali vengono orientativamente inquadrati nei servizi non economici, ma si rileva come la definizione di tale categoria non possa essere netta e definitiva, bensì presenti appunto "carattere dinamico ed evolutivo"; la Commissione ritiene poi che servizi economici e non possano coesistere nell'ambito di un medesimo settore ed essere erogati dallo stesso soggetto»; cfr. W. GIULIETTI, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in cit., p. 99 ss. Afferma l'A. che: «le richiamate difficoltà interpretative intorno alla nozione di rilevanza economica sembrano, inoltre, trovare conferma in ambito comunitario, laddove si pone il problema di definire la distinzione fra servizi di natura economica o no, ai fini della corretta applicazione delle norme del trattato. La questione ha trovato, da ultimo, un espresso richiamo nel «Libro verde sui servizi di interesse generale», presentato dalla Commissione il 21 maggio 2003, dalla lettura del quale appare confermata la difficoltà di immaginare un criterio obiettivo di distinzione». Sul punto, altresì, cfr. S. D'ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, pp. 109-186; cfr. G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lg. 156/2006?*, in *Aedon*, n. 2/2006, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>409</sup> W. GIULIETTI, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in cit., p. 101. L'A. afferma: «sembra, pertanto, doversi sostenere che a fronte della valutazione obiettiva del carattere economico di un servizio, a cui è legata una specifica disciplina a tutela della concorrenza, anche ai c.d. servizi sociali o culturali può essere conferita – come è conferita

In via generale, e coerentemente con quella parte della dottrina che ritiene superata la concezione della improduttività del patrimonio culturale<sup>410</sup>, infatti, «è oramai pacifico che il settore dei beni culturali possa essere gestito in maniera imprenditoriale, poiché potenzialmente in grado di generare flussi di cassa e di creare occupazione»<sup>411</sup>.

Tuttavia, per quanto sia questo l'orientamento più accreditato al momento, va pur detto che, sebbene le previsioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio beneficiano del regime della «specialità», resta fermo che laddove gli enti locali intervengano nella gestione/valorizzazione dei beni culturali, le attività assegnate alla loro competenza si configurano anche come «servizi pubblici locali» e, di conseguenza, si confrontano anche con la disciplina per essi prevista<sup>412</sup>. E' così che, a seconda delle condizioni di contesto, i servizi stessi saranno gestibili come «servizi di rilevanza economica», oppure come «servizi privi di rilevanza economica»<sup>413</sup>.

---

dalle predette normative di settore – una rilevanza economica in ragione della forma di gestione che preveda l'affidamento ad operatori privati, siano essi anche operatori no profit». In senso conforme, A. SERRA, *Gestione dei servizi*, parte II, in *Aedon*, n. 2/2006, s.p., secondo la quale: «i servizi di gestione di beni culturali si possono astrattamente configurare come servizi pubblici locali aventi “rilevanza economica”, oltre che come servizi privi di tale “rilevanza”. La teorica possibilità che i servizi culturali si configurino secondo entrambe queste modalità e la distinzione tra esse assume un ruolo centrale sul piano della disciplina applicabile, ma prima ancora per stabilire chi sia titolare della relativa potestà normativa; dall'inquadramento nell'una o nell'altra categoria discende infatti una differente spettanza della potestà legislativa».

<sup>410</sup> L'idea che per lungo tempo si è perpetrata in dottrina è stata quella per la quale era necessario mantenere «puri» i servizi culturali dalle implicazioni di carattere economico e patrimoniale. Sul punto, v. A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e patrimonio culturale*, in cit., p. 21 ss.

<sup>411</sup> Così, R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., p. 20. In senso conforme, A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, 2006. *Contra*, A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2005, p. 568, secondo la quale: «le attività ed i servizi culturali, per “loro natura”, difficilmente si prestano ad uno “sfruttamento” di carattere economico».

<sup>412</sup> Sul punto, *cfr.* C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 210.

<sup>413</sup> Più di recente, per una (non agevole) distinzione tra i “servizi di rilevanza economica” ed i “servizi privi di rilevanza economica”, v. D. D'ORSOGNA- M. OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociale: un bilancio*, in *Munus*, n. 2/2013, pp. 321-335. Saggio di notevole

---

rilevanza per l'economia del presente scritto e di cui, pertanto, si riproduce in nota uno stralcio: «E' utile ricordare che la locuzione "rilevanza economica" era già presente nell'art. 90 del Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea (1957), poi divenuto art. 86 a seguito del Trattato di Amsterdam (1997) e oggi trasfuso nell'art. 106 del Trattato di Lisbona (del 2007, ma entrato in vigore nel 2009). Quanto all'ordinamento interno, la locuzione è stata prevista soltanto nel 2003, in radicale riforma della previgente distinzione tra servizi pubblici locali "di rilevanza industriale" (art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali") e servizi pubblici locali "privi di rilevanza industriale" (art. 113-bis, t.u. cit.), introdotta dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002). Sollecitato dai rilievi mossi dalla Commissione delle Comunità europee con l'atto di messa in mora del 26 giugno 2002, prima con l'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla l. 24 novembre 2003, n. 326 e poi con l'art. 4, comma 234, l. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004), il legislatore italiano sostituì le suddette categorie con quelle dei servizi pubblici "di rilevanza economica" e dei servizi pubblici "privi di rilevanza economica" modificando, rispettivamente, gli artt. 113 e 113-bis testé citati. La nuova denominazione comportava diversità di disciplina quanto alle modalità di gestione, che doveva avvenire ricorrendo a formule organizzative tipiche, nonché quanto alle modalità di affidamento. In particolare, solo per i servizi di rilevanza economica erano previste forme di conferimento della titolarità del servizio ispirate ai principi della concorrenza (sostanzialmente: affidamento mediante gara), mentre per quelli privi di rilevanza economica si stabiliva che l'affidamento avvenisse in modo diretto (ossia senza gara). Queste disposizioni hanno subito vorticose vicende modificative che qui è utile ricordare perché alcune forniscono importanti spunti per rintracciare i tratti peculiari della rilevanza economica di un servizio. Dapprima la Corte costituzionale (Corte cost. 27 luglio 2004 n.272) ha dichiarato incostituzionale l'art. 113-bis, TUEL, sopra citato, perché, non esistendo in punto di servizi privi di rilevanza economica un mercato concorrenziale, essi non rientrano nella materia della "tutela della concorrenza", attribuita dall'art. 117, comma 2, lett. E, Cost., alla legislazione esclusiva dello Stato, che dunque non ha il potere di stabilire la disciplina sulla gestione di tali servizi. In pratica, la competenza legislativa sui servizi carenti di rilevanza economica spetta alle Regioni (ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost.) ed esito della sentenza è anche *"il venir meno del principio di tipicità delle formule organizzative gestionali e la possibilità, per gli Enti locali, di ricorrere, anche in analogia con soluzioni già introdotte nell'ordinamento dalla normativa relativa a settori specifici..., a svariate possibili formule gestionali"* (così Corte dei conti, sez. contr. Sardegna, 18 giugno 2007. n.9). Dopo è intervenuto il legislatore: con l'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, poi integrato dall'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in l. 20 novembre 2009, n. 166, e con il d.p.r. 7 settembre 2010, n. 168, è stata prevista una nuova disciplina volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di gestione in house e mediante società mista dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Quindi tale assetto è stato sovvertito a seguito del referendum del 12-13 giugno 2011 che ha abrogato l'art. 23-bis, cit., così determinando l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente (cfr. Corte cost. 26 gennaio 2011, n.24) tra cui spiccano le norme che consentono l'affidamento dei servizi a società in house. Successivamente, sono stati approvati gli artt. 3-bis e 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011, n. 148, così come integrato dall'art. 9, l. 12 novembre 2011, n. 183 e modificato dall'art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con l. 24 marzo 2012, n. 27. Specialmente l'art. 4, d.l. 138/2011, cit., ha di fatto disatteso la volontà referendaria, stabilendo una disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica identica per ratio

---

a quella abrogata e riproducendo altresì buona parte del dettato posto dal sopra citato art. 23-bis, e dal relativo regolamento attuativo approvato con d.p.r. 168/2010. È poi nuovamente intervenuta la Corte costituzionale, che con sentenza 20 luglio 2012, n. 199 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il citato art. 4, d.l. 138/2011, provocando una nuova reviviscenza dei principi e delle regole europei che consentono alle amministrazioni la gestione in proprio dei servizi di interesse generale, sia mediante società in house, sia ricorrendo a società miste con socio operativo. Successivamente sulla disciplina così come risultante dal descritto lungo processo normativo e interpretativo si è innestato l'art. 34, commi da 20 a 25, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, che ha stabilito che i servizi pubblici locali di rilevanza economica devono essere affidati sulla base di apposita relazione dell'ente, pubblicata su internet. Tale relazione deve motivare sull'esistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, nonché definire i contenuti degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le eventuali compensazioni economiche. La norma prevede anche disposizioni specifiche per gli affidamenti in corso (con obblighi conformativi alla nuova disciplina e scadenze), riservando inoltre i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, chiamati a organizzare il servizio, determinare le tariffe e scegliere la tipologia di gestione, affidamento e controllo della gestione. Dal tormentato quadro di cui si è dato conto si ricava l'indubbia importanza della categoria dei servizi pubblici di rilevanza economica trattandosi, in estrema sintesi, di quei servizi per la cui gestione deve essere assicurato il rispetto della disciplina comunitaria sulla concorrenza. *Ciò detto, si pone il problema della definizione, tutt'altro che semplice, così da distinguerli rispetto agli altri servizi, ovvero quelli privi di rilevanza economica.* Posto che la legge non dà nessuna indicazione nozionistica sul punto, occorre riferirsi alla giurisprudenza, che fornisce fondamentali indicazioni. Al riguardo, occorre innanzitutto prendere le mosse dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 272/2004, già menzionata, da cui è possibile trarre il canone interpretativo a contrario per cui in riferimento ai servizi "di rilevanza economica" (e cioè quelli correlati alla "tutela della concorrenza") esiste un mercato concorrenziale in virtù dello scopo precipuamente lucrativo dello svolgimento della relativa prestazione e dell'assunzione dei rischi connessi a tale attività, anche in considerazione della mancanza di finanziamenti pubblici dell'attività medesima. Con l'andare del tempo, però, l'interpretazione giurisprudenziale è evoluta nel senso di non assumere quale discriminante della rilevanza economica la mera applicabilità dell'astratto criterio sostanzialistico del carattere remunerativo, o meno, dell'erogazione di un determinato servizio pubblico, capace di produrre utili e di generare un tendenziale margine. Ciò in quanto, come precisato dal Consiglio di Stato, "qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata da enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica - attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale, gestiti in funzione di mera copertura delle spese sostenute, anziché del perseguimento di profitto d'impresa, le cui spese per lo più fanno carico alla finanza pubblica e la cui disciplina è normalmente diversa da quella dei servizi a rilevanza economica -, può essere svolta in forma d'impresa, purché vi sia un soggetto (in questi casi, un'istituzione pubblica) disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni" (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529). Pertanto, per discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame la sentenza suggerisce di applicare "un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina

Certo è che, qualunque sia la sua declinazione, il «servizio pubblico locale rappresenta una categoria unitaria, contenente una pluralità di attività la cui rilevanza economica o meno è la semplice conseguenza della scelta discrezionale operata dall'amministrazione locale con riferimento all'organizzazione del servizio. Inoltre, una tale ricostruzione valorizzerebbe l'autonomia, in primo luogo organizzativa, degli enti locali, considerato che la distinzione in concreto tra le due categorie di servizi spetterebbe a questi ultimi caso per caso a seconda della scelta discrezionale del modello gestionale che si intende dare ad una particolare attività di servizio pubblico»<sup>414</sup>.

Per questa ragione, laddove gli enti territoriali scegliessero di gestire i propri interventi per la valorizzazione dei beni culturali come «servizi di rilevanza economica», la disciplina applicabile sarebbe principalmente quella dettata dal legislatore statale (il d. lgs. n. 267/2000 e *s.m.i.*, nota come T.U.E.L.)<sup>415</sup>;

---

*normativa del servizio*». Rispetto a questo orientamento che, di fatto, richiede che il carattere dell'economicità di un servizio sia verificato in concreto, si è significativamente staccata la Corte costituzionale nella sentenza 17 novembre 2010, n. 325. Evidenziata l'omologia tra tale categoria e quella comunitaria di "interesse economico generale" supra menzionata, la Consulta ha osservato che quest'ultimo è inteso alla stregua di "interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una 'qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato', anche potenziale (richiamandosi a Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44.) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi. Si fa riferimento dunque di una nozione oggettiva di interesse generale».

<sup>414</sup>Così, G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, n. 3/2003, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*). Nello stesso senso, G. SCIULLO, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia n. 272 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Aedon*, n. 3/2004, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>415</sup>A. SERRA, *Gestione dei servizi*, parte II, in *Aedon*, n. 2/2006, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*), afferma sul punto che: «nel caso il servizio culturale sia organizzato nelle forme del servizio a rilevanza economica è giustificato l'intervento statale in base alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza; tale competenza coesiste con il potere dello Stato di dettare i principi fondamentali in materia di valorizzazione dei beni culturali delle regioni e degli enti locali. La disciplina allora dovrà

laddove, invece, gli enti territoriali decidessero di gestire la valorizzazione attraverso le forme organizzative previste per i «servizi privi di rilevanza economica», la disciplina applicabile sarebbe quella «di settore» (l'art. 115 e le altre norme che il Codice dei beni culturali e del paesaggio dedicano alla valorizzazione)<sup>416</sup>. Il che non potrebbe essere diversamente, in quanto i servizi «privi di rilevanza economica» non potrebbero essere oggetto di disposizioni legislative statali proprio in quanto «servizi pubblici locali»<sup>417</sup>.

L'obiezione che è stata sollevata sul punto è che «la mancata definizione della rilevanza economica del servizio da parte del legislatore farà dipendere la qualificazione del servizio dalla scelta organizzativa operata in concreto dall'ente locale. E' evidente che una soluzione interpretativa di tale portata avrà l'effetto di determinare situazioni di difformità, nel senso che un medesimo servizio pubblico locale potrà rientrare nella categoria dei servizi di rilevanza economica in un contesto territoriale e, viceversa, in quella priva di tale rilevanza in altri contesti»<sup>418</sup>. Ebbene, secondo la dottrina, pare che questo sia un «falso problema»<sup>419</sup> dal momento che le attività legate al servizio culturale «possono essere definite in chiave di servizio pubblico solo

---

rinvenirsi nell'art. 113 del Tuel, norma generale, unitamente alla disciplina speciale dettata dall'art. 115 del Codice dei beni culturali, nelle sole parti di principio».

<sup>416</sup> A. SERRA, *Gestione dei servizi*, cit, s.p.; A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in cit., p. 572.

<sup>417</sup> «La riconduzione degli interventi in materia di beni culturali nel genus dei servizi pubblici locali si ritiene trovi fondamento nella definizione che, di essi, già aveva dato la l. 8 giugno 1990, n. 142, poi confermata dall'art. 112, comma 1, Tuel, ove si legge che: "Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"», così C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 210. Cfr., A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in cit., p. 572.

<sup>418</sup> G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, n. 3/2003, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>419</sup> G. PIPERATA, *Op. cit.*, s.p.

di volta in volta ed in concreto, in particolare avendo presente il contesto economico, sociale e territoriale di riferimento»<sup>420</sup>.

Notoriamente i servizi «privi di rilevanza economica» venivano disciplinati dall'art. 113-bis del TUEL, rubricato «*Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*» e che, al comma 3, statuiva: «Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate».

Tale articolo è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 272/2004<sup>421</sup>: a seguito della sua soppressione, tuttavia, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere che ciò che è stato espunto dall'ordinamento è il solo principio della tipicità<sup>422</sup> delle figure organizzative utilizzabili dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici locali «privi di rilevanza economica»; dunque, al momento nulla sembra impedire agli stessi enti di utilizzare ugualmente le «formule» di cui all'art. 113-bis del TUEL<sup>423</sup>.

---

<sup>420</sup> G. PIPERATA, *Op. cit.*, s.p. il quale (nella nota n. 22) rinvia obbligatoriamente a M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001, spec. p. 55 ss.

<sup>421</sup> La sentenza n. 272/2004 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di questa norma per l'indebita compressione che realizzava delle autonomie regionale e locale. Così, C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 212 ss.; cfr. A. SERRA, *Gestione dei servizi*, parte II, in cit., s.p., la quale, in merito, afferma che: «è caduto l'unico appiglio normativo che inquadrava i servizi culturali tra quelli privi di rilevanza economica. Non si può quindi escludere a priori che i servizi culturali possano assumere connotazioni economiche; tale circostanza deve dunque essere valutata caso per caso».

<sup>422</sup> A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in cit., p. 572. L'A. afferma che: «venuto meno il principio di tassatività delle forme di gestione dei servizi non economici, una volta abrogato l'art. 113-bis, potranno essere utilizzate le forme organizzative individuabili all'interno del d. lgs. n. 267/2000, ovvero nel codice civile, purché il modello prescelto si configuri come forma di gestione diretta del servizio».

<sup>423</sup> A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in cit., p. 571, afferma che: «Quanto ai servizi culturali non disciplinati da normative di settore, venuto meno l'art. 113-bis e quindi ogni relativo riferimento nel d. lgs. n. 267/2000. Ci si chiede secondo quali forme organizzative gli enti locali siano legittimati ad organizzare ed esercitare i servizi di pertinenza. La risposta al quesito presuppone il preliminare chiarimento della natura, economica o non economica, del servizio gestito. In merito, si ritiene che con l'avvenuto riconoscimento costituzionale dell'autonomia organizzativa degli enti locali, prevista negli artt. 114 e 117, comma 6, Cost., sia stata rimessa alla discrezionalità locale la scelta, prima ancora della forma di gestione, della finalità economica o non economica da conferire al



Ad avallare l'orientamento per il quale la scelta della forma di gestione dei servizi pubblici è lasciata in capo agli enti locali anziché essere "imposta" dal legislatore, accorrono pure alcune previsioni del c.d. «Decreto Sviluppo» (d.l. n. 179/2012 conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221, recante «*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*»), che all'art. 34, comma 20, prevede: «per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio e' effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta ...».

Con la norma sopraindicata il legislatore nazionale ha rinunciato ad imporre una regolamentazione nazionale che disciplini l'affidamento dei servizi pubblici, rimandando alle disposizioni ricavabili dall'ordinamento europeo.

Il rispetto della disciplina europea deve essere, pertanto, "dimostrato" da una apposita relazione da pubblicarsi sul sito internet dell'ente affidante, il che va a riprova della libertà degli enti locali di effettuare una scelta discrezionale<sup>424</sup> tra le forme di gestione, pur se nel rispetto e nei limiti delle immanenti regole comunitarie.

---

servizio culturale o, comunque, la decisione di gestire lo stesso in modo che venga assicurata o meno la copertura dei costi di produzione. Inoltre, sulla base di questa ricostruzione, il servizio culturale assumerebbe rilevanza economica, secondo l'accezione comunemente accolta ai sensi dell'art. 2082 c.c., nel caso in cui l'ente locale, organizzandone la gestione, scelga un modello giuridico che consenta almeno in astratto, di ottenere entrate con cui coprire i costi di produzione. In tal caso il servizio risulterebbe economico, se e in quanto "auto-sufficiente", fatta salva la possibilità di ottenere eventuali ausili pubblici per la copertura dei costi derivanti dagli obblighi di servizio universale».

<sup>424</sup> Afferma, altresì, G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in cit., s.p., come: «tale scelta, pur essendo discrezionale, deve comunque trovare il proprio fondamento in precisi elementi di fatto idonei a giustificare la decisione compiuta e

## 6. I c.d. «servizi aggiuntivi»

Nel novero delle attività di valorizzazione si collocano anche i c.d. «servizi per il pubblico»<sup>425</sup>, in origine «servizi aggiuntivi», disciplinati dall'art. 117<sup>426</sup> del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

I servizi aggiuntivi sono stati introdotti nell'ordinamento italiano dalla legge n. 4/1993 (c.d. Legge Ronchey)<sup>427</sup> e «benché oggetto di apposita disposizione,

---

non deve, invece, apparire il frutto di una mera e arbitraria preferenza da parte dell'ente su singole opzioni organizzative».

<sup>425</sup> Art. 117 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), così come modificato dal d. lgs. n. 62/2008 che definisce in rubrica, servizi per il pubblico e, nel comma 1, descrive, meglio, come «servizi di assistenza culturale e di ospitalità negli istituti e nei luoghi della cultura indicati all'art. 101» (ossia, nei musei, biblioteche, archivi, aree e parchi archeologici, complessi monumentali). Sul punto, v. C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 217 ss.

<sup>426</sup> L'art. 117 del Codice dei beni culturali in via esemplificativa prevede come servizi per il pubblico: «a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali; b) i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario; c) la gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali; d) la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni; e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro; f) i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba; g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali. 3. I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria»

<sup>427</sup> Per una ulteriore riflessione sull'apporto che la Legge Ronchey ha dato al sistema dei servizi aggiuntivi, v. P. VOLONTÉ, *Le imprese sociali e i beni culturali*, Milano, 2001, p. 62 ss. L'A., in particolare, sebbene ritenga la medesima legge quale «momento di svolta, almeno da un punto di vista simbolico» per il mondo dei beni culturali, dall'altro ritiene come tuttavia la Legge Ronchey non vada «sopravalutata» e ciò per diverse ragioni: «anzitutto essa riguarda solo gli istituti dipendenti dall'allora Ministero per i beni culturali e ambientali, dunque musei e biblioteche, mentre non si applica ai teatri, agli enti lirici, alle orchestre sinfoniche. In secondo luogo, essa ha valore giuridico solo per gli enti statali, quali musei e biblioteche nazionali, cioè per un numero di organizzazioni abbastanza limitato, anche se includente molte istituzioni di grandi dimensioni e di forte visibilità (...). In terzo luogo, essa dà una definizione molto stretta dei servizi aggiuntivi, comprendente esclusivamente tre categorie: servizio editoriale e di vendita di cataloghi e riproduzioni; servizio di fotocopie e consegna a domicilio; servizio di ristorazione, guardaroba e vendita di gadget. Attraverso tale elencazione si finisce per escludere una serie di potenziali servizi aggiuntivi meno tradizionali (si pensi per esempio al servizio di *nursery* per il pubblico) ma non per questo inutili o inattuabili», 63. A fronte di queste considerazioni, pertanto, l'A. sostiene come «la Legge Ronchey è di conseguenza più importante per il significato culturale e di indirizzo che ha avuto, che non per la sua applicazione giuridica immediata», 64.

gli interventi, così identificati, non sono sottoposti ad una disciplina distinta. Se si escludono alcune indicazioni a essi destinate, l'art. 117 Cod. si limita a rinviare a quanto l'art. 115 Cod. stabilisce, con riguardo alle forme in cui gestire il complesso delle attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica»<sup>428</sup>.

La Legge Ronchey, nella sua versione originaria, prendeva in considerazione come servizi aggiuntivi una pluralità di attività, che avevano come comune denominatore il fatto di essere tutte offerte al pubblico e dietro corrispettivo. Ciò, secondo la dottrina<sup>429</sup>, giustificava anche la qualificazione di «servizi aggiuntivi» data all'istituto in questione, considerato che si trattava (e, comunque, ancora si tratta) di prestazioni a pagamento fornite da un concessionario all'interno di un luogo di cultura e aggiuntive rispetto all'offerta culturale istituzionalmente garantita.

Successivamente, la categoria dei servizi aggiuntivi è stata ampliata dall'art. 47-quater, decreto legislativo 23 febbraio 1995, n. 41, conv. in legge 22 marzo 1995, n. 85, con l'obiettivo di estendere la disciplina concessoria anche ad altre prestazioni di accoglienza, mentre l'emanazione del d. m. 24 marzo 1997, n. 139, contenente le norme sugli indirizzi, criteri e modalità di istituzione e gestione dei servizi aggiuntivi nei musei e negli altri istituti del ministero, ha permesso l'attivazione delle prime gestioni<sup>430</sup>.

Anche il c.d. Codice Urbani (decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42) ha rivisto la disciplina dei servizi aggiuntivi, ancorandoli al sistema della valorizzazione dei beni culturali con l'intento di rafforzare la reale funzione dell'istituto in questione e di consentirne un idoneo utilizzo con lo scopo di

---

<sup>428</sup> Così, C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 217.

<sup>429</sup> G. PIPERATA, *La nuova disciplina dei servizi aggiuntivi dei musei statali*, in *Aedon*, n. 2/2008, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>430</sup> G. PIPERATA, *La nuova disciplina dei servizi aggiuntivi dei musei statali*, in cit., s.p. Cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, p. 102 ss.

«promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e [di] assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura»<sup>431</sup>.

Si tratta, in via generale, di quei servizi «accessori» alla fruizione dei beni culturali e «volti a valorizzare i beni culturali mediante il *merchandising* e l'attività di ospitalità e ristorazione»<sup>432</sup>.

Relativamente ad essi, e rispetto al servizio culturale, in letteratura si è più propensi a qualificarli come servizi pubblici con rilevanza economica<sup>433</sup>. Infatti, pur essendo entrambi «servizi pubblici»<sup>434</sup>, vi sono anche notevoli differenze: «difatti, nel caso del servizio di fruizione dei beni culturali l'erogazione è globale, poiché la gestione del servizio non riguarda solamente quelli a valore aggiunto (cioè, i servizi al pubblico), ma anche attività meno remunerative attinenti per lo più all'attività di conservazione dei beni (manutenzione ordinaria e straordinaria), nonché tutte le attività riguardanti l'attuazione degli eventuali piani strategici di sviluppo culturale. Inoltre il servizio di fruizione dei beni culturali è più ampio, poiché può riguardare anche beni culturali non facenti parte di istituti e luoghi di cultura, ma pure singoli beni culturali (si pensi ai cosiddetti musei all'aperto o ai musei

---

<sup>431</sup> G. PIPERATA, *Op. cit.*, s.p.

<sup>432</sup> Così, A. BARTOLINI, (voce) *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in cit., p. 120, il quale definisce tali servizi come «servizi per il pubblico o servizi di assistenza culturale e di ospitalità».

<sup>433</sup> G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lg. 156/2006?*, in *Aedon*, n. 2/2006, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*). Cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, p. 99 ss.

<sup>434</sup> Secondo l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 27 maggio 2009, n. 12252, (reperibile su *Aedon*, n. 1/2010), i servizi per il pubblico sono un «servizio pubblico», per cui le relative controversie sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, di conseguenza, il loro affidamento a terzi rientra nella «concessione di pubblico servizio», indipendentemente dal regime individuato per disciplinare il procedimento di scelta del contraente. Sul punto, v. C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 219.

diffusi). Invece i servizi per il pubblico sono istituiti solo all'interno degli istituti e luoghi di cultura»<sup>435</sup>.

Quanto all'organizzazione dei servizi per il pubblico, l'art. 117, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio stabilisce che i servizi, elencati nei precedenti commi, «possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria».

Sul punto la dottrina è concorde nel ritenere che «in tal modo, il Codice conferma la disponibilità di un'altra opzione, già contemplata nel T. U. del 1999, qual è la gestione integrata, pensata, qui, come modello organizzativo capace di agevolare, unificandolo e, perciò, semplificandolo, il processo di esternalizzazione di questi servizi»<sup>436</sup>.

Sui servizi aggiuntivi, una nota di attualità: l'art. 16 (*Istituti e luoghi della cultura*) della legge 6 agosto 2015, n. 125<sup>437</sup>, prevede, al comma 1, che le amministrazioni aggiudicatrici possano avvalersi di Consip S.p.A. per le procedure di gara per l'affidamento in concessione dei servizi aggiuntivi presso gli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica.

Ciò, ragionevolmente, per consentire alle pubbliche amministrazioni di acquistare in maniera rapida ed efficiente quanto occorre per realizzare un progetto di valorizzazione dei beni culturali che fanno parte del loro patrimonio, attraverso lo strumento della concessione.

L'obiettivo, coerentemente con le scelte del Mibact<sup>438</sup>, è quello di aumentare la fruizione dei beni culturali – in particolare quelli meno noti e non adeguatamente valorizzati - attraverso forme avanzate e innovative di

---

<sup>435</sup> A. BARTOLINI, (voce) *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in cit., p. 120.

<sup>436</sup> Così, C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in cit., p. 219.

<sup>437</sup> Legge 6 agosto 2015, n. 125 di conversione del decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, recante "Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali".

<sup>438</sup> Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo.

gestione dei siti e di valorizzazione dei beni stessi. Con lo strumento che Consip metterà a disposizione, ciascuna pubblica amministrazione titolare di beni culturali (MIBACT, Regioni, Comuni ed enti controllati) potrà realizzare il proprio progetto di valorizzazione, disegnato sulle proprie specifiche esigenze, con tutti gli strumenti per migliorare la fruizione del bene medesimo. Tale miglioramento potrà avvenire anche attraverso la creazione di aggregazioni di beni minori, finalizzata alla costituzione di circuiti turistico - culturali da valorizzare attraverso progetti unitari, aumentando il numero dei visitatori e la qualità della fruizione<sup>439</sup>.

Va da sé che in un quadro tanto articolato, in cui i principi nazionali e i principi comunitari si canalizzano verso la compartecipazione sociale a tutti i livelli, le forme di gestione<sup>440</sup> dei beni culturali assumono allora il ruolo

---

<sup>439</sup> Cfr. Il comunicato Consip del 16/07/2014 relativo al bando per i servizi di gestione integrata e valorizzazione dei luoghi di cultura. Obiettivo: aumentare i visitatori, migliorare la qualità della fruizione e la gestione, reperibile al sito [www.consip.it](http://www.consip.it).

<sup>440</sup> Scendendo nel dettaglio e approcciando le singole forme di gestione che il nostro ordinamento mette a disposizione per gestire i beni culturali, è possibile tracciarne qui una sommaria elencazione di quelli maggiormente diffusi in ambito: a) la sponsorizzazione (art. 120 d. lgs. n. 42/2004 e s.m.i.), contratto attraverso il quale l'amministrazione (*sponsee*) offre ad un terzo (*sponsor*) la possibilità di pubblicizzare nome, logo, marchio o prodotti in appositi determinati spazi, dietro un corrispettivo consistente in beni, servizi o altre utilità. Nella fattispecie è disciplinata dall'art. 26 del Codice il contratto di sponsorizzazione ed ha per oggetto l'esecuzione di lavori, servizi e forniture pubblici. In base all'art. 26 del Codice dei contratti pubblici, al contratto di sponsorizzazione che abbia per oggetto la realizzazione di lavori pubblici, ovvero interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), ovvero servizi o forniture, si applicano le disposizioni in materia di requisiti soggettivi dei progettisti e degli esecutori del contratto. L'amministrazione aggiudicatrice è, inoltre, tenuta ad impartire le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto. (Per alcuni approfondimenti sul tema delle sponsorizzazioni, v. M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico - privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 521, che riprende le tesi di M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; G. MANFREDI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali ed il mercato*, in *Aedon*, n. 1/2014, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*); G. PIPERATA, *Sponsorizzazioni ed interventi di restauro dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2005, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*); M. VERONELLI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, p. 887; R. DIPACE,

---

*Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 33 ss; R. DIPACE, *Le sponsorizzazioni di beni culturali*, in *Nuove Alleanze, Diritto ed economia per la cultura e l'arte*. Supplemento al n. 80/81 di *Arte e Critica*, pp. 47-51); b) la concessione di servizi, definita dall'art. 3, comma 12, del Codice dei contratti pubblici come un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo. L'art. 30 del Codice stabilisce una disciplina di ordine generale rispetto alle concessioni di servizi, per il resto non soggette all'applicazione delle disposizioni dello stesso Codice. In particolare, l'art. 30, comma 3, stabilisce che la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri di selezione. Il medesimo art. 30 stabilisce, inoltre, che in sede di gara venga stabilito un prezzo, qualora al concessionario sia imposto di adottare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare; c) la concessione di lavori pubblici (affidate ai sensi dell'art. 144 del Codice dei contratti o con affidamento in finanza di progetto, ai sensi dell'art. 153 del Codice dei contratti pubblici); d) le società a capitale misto pubblico – privato (Per un approccio comparatistico al tema delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, v. S. D'ANTONIO, *Il partenariato pubblico-privato nel processo di integrazione europea*, in cit., pp. 503-526); e) l'associazione; f) le aziende consortili; g) l'istituzione; e) la fondazione (Un esempio di fondazione di partecipazione per la gestione di un museo statale è la fondazione Museo egizio di Torino mentre il Museo della città di Cortona è una fondazione museale di partecipazione tra enti locali e privati. Sul tema, cfr. F. PERRINI - E. TETI, *Project financing per l'arte e la cultura*, Milano, 2004, p. 339 ss.). Si tratta, a ben vedere, di forme tutte afferenti alla formula del Partenariato pubblico privato, che, in campo culturale, è stato sostanzialmente polarizzato tra due modalità o interpretazioni principali: da una parte le esternalizzazioni (Sulla nozione di esternalizzazione applicata alle funzioni relative ai beni culturali, cfr. A. LEO TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e patrimonio culturale*, in cit., p. 110 ss. In via generale, tuttavia, l'A., pur nell'assenza di una definizione normativa di "esternalizzazione", ritiene che essa consista «nel trasferimento di attività e/o servizi riconducibili al soggetto esternalizzante in favore di altra unità istituzionale formalmente organizzata e distinta da quella "concedente", e non appartenente all'insieme delle pubbliche amministrazioni (in questo senso vi è esternalizzazione anche nel caso di istituzioni non profit, pubbliche o private). Per la configurabilità dell'esternalizzazione, dunque, si prescinde dal tipo di strumento giuridico utilizzato per disciplinare il trasferimento di attività e/o servizi (che può consistere tanto in un affidamento diretto quanto in una concessione a terzi) ... L'esternalizzazione si caratterizza, quindi, per l'attivazione di una *partnership* cliente (P.A.) – fornitore (esterno) nel *medio termine*, ispirata ad una logica di condivisione degli obiettivi e di cooperazione; in essa, l'impresa privata diventa un partner dell'amministrazione esternalizzante e non un mero fornitore di servizi, ancorché, poi, lo strumento giuridico concretamente utilizzato per la scelta del terzo coincida con una gara di appalto per la fornitura di servizi. L'amministrazione pubblica assume il ruolo di centro di acquisto responsabile della verifica di qualità delle prestazioni, del

151

GIOVANNA ROMANO

*Fondazioni di partecipazione e gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*

Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

decisivo del più classico “banco di prova” per scelte gestionali che siano le più rispettose del principio di buon andamento dell’attività amministrativa, stigmatizzato, a sua volta, nei principi della efficienza, dell’efficacia e dell’economicità<sup>441</sup>.

---

controllo strategico e della valutazione della performance; nel contempo, al fornitore viene riconosciuta autonomia imprenditoriale per l’individuazione delle modalità più opportune di offerta e di introduzione di innovazioni. Il processo di esternalizzazione, perciò, rappresenta una scelta strategica, con rilevanti implicazioni di carattere gestionale, che la pubblica amministrazione assume in relazione alla necessità di rideterminare il proprio ruolo e il proprio rapporto con i fornitori esterni»; ancora, C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del Codice Urbani)*, in *Riv. Giur. Edilizia*, fasc. 4-5, 2006, p. 159 ss. L’A. sostiene che: «pochi ambiti, come quello dei beni culturali, hanno imposto e, per certi aspetti, contrapposto le loro “ragioni” alle “ragioni delle esternalizzazioni”, sino a generare incertezze in merito alla stessa ammissibilità di questi processi, quando fossero ad essi riferiti, o, comunque, inducendo il legislatore a tentare, in più occasioni, una sorta di “tipizzazione” delle condizioni non solo procedurali, ma anche organizzative e di oggetto, che avrebbero dovuto accompagnare il ricorso all’outsourcing»; ancora, M. CAMMELLI, *Decentramento ed outsourcing nel settore della cultura*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 261 ss. L’A. sostiene che una amministrazione aperta all’outsourcing non può mantenere il proprio assetto organizzativo immutato. Perciò, la via per esternalizzare presuppone la messa a punto di più elementi e sul piano dell’impostazione concettuale della materia e sul piano della organizzazione e delle regole) dei servizi al pubblico, avviate con la Legge Ronchey nel 1993 (Legge 14 gennaio 1993, n. 4 (c.d. Legge Ronchey), recante *Misure urgenti per il funzionamento dei musei statali e disposizioni in materia di biblioteche statali e archivi di Stato*. La legge ha impropriamente indotto a parlare di “privatizzazione” dei musei con particolare riguardo all’affidamento ai privati dei c.d. servizi aggiuntivi offerti al pubblico a pagamento. Sul punto, S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., p. 307 ss) e dall’altra, la costituzione di soggetti giuridici (pubblici e misti pubblico-privati) costituiti su apposita iniziativa degli enti locali (Cfr. Studio FEDERCULTURE e FONDAZIONE IFEL “*Le forme di PPP e il fondo per la progettualità in campo culturale*”(2013), reperibile in [www.federculture.it](http://www.federculture.it)). Ciò conferma come vi sia «una mancata neutralità dei modelli giuridici» (Così, G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in *Aedon*, n. 3/2000, s.p. (Rivista di arti e diritto on line)) nonché «la conseguente offerta all’operatore pubblico locale di percorsi gestionali fortemente differenziati» (Così, G. FRANCHI SCARSELLI, *Op. cit.*, s.p.)

<sup>441</sup> A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F. G. COCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, pp. 189-211: «che il buon andamento costituisca ora anche un principio dell’attività amministrativa e che in tal modo debba orientare anche l’esercizio dei pubblici poteri, non è più dato di dubitare, atteso che i criteri della efficienza e della economicità sono stati assunti dallo stesso legislatore come canoni di condotta per l’Amministrazione e traducono nell’attività amministrativa quel principio di buon andamento normalmente interpretato dai più in dottrina, utile soltanto ai fini della organizzazione delle pubbliche amministrazioni».



## 7. *La scelta del modello gestionale.*

Dal punto di vista più squisitamente pratico, tre sono le fasi che – dopo la «pressoché totale riscrittura degli artt. 112 e 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio»<sup>442</sup> - ad opera del d. lgs. n. 156/2006 - «scandiscono idealmente il passaggio dall' indirizzo politico alla gestione operativa nel campo della valorizzazione dei beni culturali»<sup>443</sup> : si definiscono le strategie e gli obiettivi comuni della valorizzazione; si elabora e si sviluppa la programmazione degli interventi; infine, si erogano i servizi culturali<sup>444</sup>.

Nel rispetto di questa sequela procedimentale, variano di volta in volta i soggetti coinvolti<sup>445</sup>, per cui ci sarà una prima fase riservata agli enti pubblici territoriali, titolari dei beni da valorizzare; una seconda fase in cui è possibile assistere al concorso eventuale di soggetti privati *non profit*; infine, una terza fase rimessa agli enti pubblici proprietari (gestione diretta, eventualmente anche in forma consortile pubblica, attraverso strutture dotate di autonomia) ovvero a un terzo concessionario dei servizi, scelto attraverso una procedura di evidenza pubblica (gestione indiretta)<sup>446</sup>.

Sebbene la suddivisione, così come prospettata, non assume i caratteri di una formula rigida, tali momenti spesso danno vita ad un «assetto circolare»<sup>447</sup>, in cui «l'enunciazione degli indirizzi, le direttive programmatiche e le opzioni relative alla forma gestionale del servizio culturale sono oggetto di

---

<sup>442</sup> G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lgs. 156/2006?*, in cit., s.p., riferendosi a tale novità introdotte in materia dal d. lgs. n. 156/2006.

<sup>443</sup> *Ibidem*.

<sup>444</sup> Q. CAMERLENGO, *Analisi del quadro normativo - istituzionale per i distretti culturali*, in A. FRANCESCONI – G. CIOCCARELLI (a cura di), *Organizzare i distretti culturali evoluti*, Milano, 2013, pp. 169-240.

<sup>445</sup> Ancora, Q. CAMERLENGO, *Op. cit.*, p. 221 ss.

<sup>446</sup> Cfr. G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lgs. 156/2006?*, in cit., s.p.

<sup>447</sup> Q. CAMERLENGO, *Op. cit.*, p. 222.

negoziante, quantomeno per i punti essenziali, in un unico “tavolo”, i cui partecipanti finiscono con l’esaurire la platea dei soggetti che verranno coinvolti nel processo»<sup>448</sup>.

8. (segue) *Il d.lgs. n. 156/2006 e la questione della «fondazione di partecipazione» come “apposito soggetto giuridico” per la gestione dei servizi culturali: cenni di rinvio.*

Orbene, anche sulla scorta delle argomentazioni precedenti, la dottrina più recente, guardando alla valorizzazione prima della riforma del 2006, sottolinea come «nella precedente versione del Codice dei beni culturali, il complessivo sistema di valorizzazione era incentrato su una programmazione, a più livelli, definita da accordi stipulati dagli enti pubblici territoriali, anche con la partecipazione dei privati, con cui venivano fissati obiettivi, tempi e modalità di attuazione dei programmi»<sup>449</sup>, dando in questo modo rilievo al *principio di consensualità*, inteso quale «strumento attraverso cui assicurare il coordinamento, l’armonizzazione e l’integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici»<sup>450</sup>.

Questo stato di cose, tuttavia, pare determinasse «profonde incertezze sia sul contenuto dell’azione amministrativa, sia sulla partecipazione dei soggetti privati da coinvolgere»<sup>451</sup> nella gestione-erogazione dei servizi culturali.

Solo con l’avvento del d. lgs. n. 156/2006<sup>452</sup>, recante «*Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni*

---

<sup>448</sup> *Ibidem.*

<sup>449</sup> Così, P. G. RINALDI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali dopo il d. lgs. n. 156/2006. Una rilettura critica*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, pp. 203-237.

<sup>450</sup> Così, P. G. RINALDI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali dopo il d. lgs. n. 156/2006*, in cit., p. 212.

<sup>451</sup> *Ibidem.*

*culturali*», le disposizioni in materia di valorizzazione sono state «riviste ed ulteriormente modificate»<sup>453</sup> e ciò «al fine di delineare più chiaramente la distinzione tra il momento delle scelte strategiche e della programmazione, da un lato, e la fase della gestione, attuativa della valorizzazione, dall'altro, e al fine di assicurare, ad un tempo, l'adeguamento dei sistemi di affidamento della gestione dei servizi alle regole dell'evidenza pubblica e ai principi di concorrenza già affermati in ambito comunitario»<sup>454</sup>.

Così, se da un lato gli «accordi» continuavano ad essere previsti<sup>455</sup>, ma come strumento di raccordo tra Stato, Regioni e Autonomie locali; dall'altro, sono stati previsti altresì «programmi»<sup>456</sup> e «piani strategici»<sup>457</sup> di sviluppo della cultura, rimessa agli enti pubblici territoriali o «ad appositi soggetti giuridici»<sup>458</sup> misti pubblico-privati.

---

<sup>452</sup> Decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 156, entrato in vigore il 12/5/2006.

<sup>453</sup> P. G. RINALDI, *Op. cit.*, 212.

<sup>454</sup> Così, P. G. RINALDI, *Op. cit.*, 212, il quale, nella sua nota n. 25, fa a Sua volta richiamo alla *Relazione integrativa al testo del decreto legislativo*, recante disposizioni integrative e correttive al d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali) licenziato dal Consiglio dei Ministri del 18 novembre 2005, a seguito dei pareri resi, rispettivamente, dalla Conferenza unificata nella seduta del 26 gennaio 2006, dalla Commissione VII (Istruzione pubblica, beni culturali, etc.) del Senato in data 7 febbraio 2006 e dalla Commissione VII (Cultura, scienza, istruzione) della Camera in data 22 febbraio, in G. N. CARUGNO, W. MAZZITTI, C. ZUCHELLI, *Codice dei beni culturali annotato con la giurisprudenza*, (II ed.), Milano, 2006, pp. 184-185.

<sup>455</sup> Sottolinea, sul punto, G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lgs. 156/2006?*, in cit., s.p., che «la possibilità di concludere accordi pubblico/pubblico e pubblico/privato era già contenuta nel precedente art. 112, commi 4 e 7. Nuova è la specificazione nell'ambito (anche sub regionale) e dei contenuti (di integrazione, ad es., in tema di circuiti turistici, fil production, ecc). Quanto ora espressamente consentito era peraltro praticabile anche in precedenza».

<sup>456</sup> Cfr. art. 112, comma 4, del Codice dei beni culturali.

<sup>457</sup> *Ibidem*.

<sup>458</sup> Cfr. art. 112, commi 5 e 8 del Codice dei beni culturali. Sul punto sottolinea P.G. RINALDI, *Op. cit.*, p. 213, che agli «appositi soggetti giuridici» «può essere affidata «l'elaborazione e lo sviluppo» dei c.d. «piani strategici» culturali» e che «il codice individua selettivamente i partners di tali organismi misti, prevedendo che a questi possano partecipare i proprietari dei beni suscettibili di essere oggetto di valorizzazione e/o persone giuridiche private senza fine di lucro ove l'intervento, in tale settore di attività, sia previsto dalla legge o dallo statuto». Relativamente all'istituzione di tali soggetti, cfr. ancora G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lgs. 156/2006?*, in cit., s.p., il

Stante il giudizio della dottrina sul punto, pare che il legislatore abbia impiegato «volutamente una formula generica, così da consentire anche l'utilizzo dei modelli atipici (ulteriori rispetto a quelli tipici previsti nel Libro I del codice civile) come quello della "fondazione di partecipazione", che si è affermato nella prassi nel campo dei beni culturali»<sup>459</sup>.

Orbene, prima di passare alla trattazione (nel prossimo capitolo) dell'istituto atipico della fondazione di partecipazione ed agli aspetti applicativi e problematici più recenti in tema di beni e servizi culturali, di fatto risulta quanto mai opportuno anticipare sin d'ora quello che sarà l'argomento decisivo sviluppato nel prossimo capitolo e che trova il suo fulcro in una probabile omissione del legislatore: questi, se da un lato ritiene che tali soggetti misti possano partecipare alla programmazione strategica (v. art. 112, comma 4, del Codice beni culturali), dall'altro non chiarisce se detto organismi, «ove conferitari in uso dei beni culturali da parte delle amministrazioni (v. e cfr. l'art. 112, comma 8), debbano limitare il proprio contributo alla sola elaborazione della pianificazione strategica o se possano, per converso, svolgere un ruolo anche in sede di concreta gestione dei servizi. Così come, del pari, nulla è detto in ordine alle modalità di scelta dei partners ed alla possibilità che tali soggetti siano scelti in via fiduciaria o alternativamente selezionati attraverso una procedura concorsuale»<sup>460</sup>.

Tanto più che, ribadiscono gli studiosi, «il codice non risponde a questi interrogativi ma si limita a rinviare alla fonte regolamentare la definizione

---

quale ribadisce che «anche queste previsioni non rappresentano una novità in assoluto: la possibilità di costituire o di partecipare ad appositi organismi era prevista (per il Mibac cfr. art. 10 decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 638) o comunque implicitamente consentita dalla normativa previgente (precedente art. 112, commi 4 e 7). Nuova è, semmai, la perimetrazione dei partner privati (proprietari di beni coinvolti, soggetti no profit)».

<sup>459</sup> Così, P. G. RINALDI, *Op. cit.*, p. 213.

<sup>460</sup> Così, P. G. RINALDI, *Op. cit.*, p. 214 ss.

delle modalità e dei criteri in base ai quali il Ministero costituisce tali soggetti (v. art. 112, comma 7)»<sup>461</sup>.

Ed è appunto sulla scorta di detta dottrina, nonché in riferimento alla possibilità che vi sia una soluzione a tali interrogativi, che si rinvia alle argomentazioni del capitolo successivo.

---

<sup>461</sup> Così, P. G. RINALDI, *Op. cit.*, p. 214 ss.

## CAP. 3

### LE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE IN AMBITO CULTURALE

#### 1. La «fondazione»: crisi del modello dogmatico.

Tra gli «appositi soggetti giuridici», deputati alla valorizzazione e gestione di beni e servizi culturali, un posto di rilievo viene occupato dalle «fondazioni»<sup>462</sup>.

---

<sup>462</sup> La letteratura, sul tema è piuttosto ampia; v. tra gli altri: F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Napoli - Torino, 1915; V. M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, I, Napoli, 1935; R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, 1959; P. RESCIGNO, (voce) *Fondazioni (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 811 ss; ID., *Persona e comunità*, in *Saggi di diritto privato*, II, (1967-1987), Padova, 1988; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Cod. civ.*, (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1969 (seconda edizione 2006); ID., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, II ed., Milano, 1996; G. ALPA, *Le fondazioni. Tradizione e modernità. Materiali raccolti da Guido Alpa*, in *Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1988; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1975, pp. 298-348; G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. Dir. civ.*, I, Padova, 1979, pp. 23-64; ID., (voce) *Fondazione in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civile)*, VIII, Torino, 1992, 367-369; ID., *Fondazioni, «non profit» e attività d'impresa: un decennio di successi*, in *Riv. Dir. priv.*, n. 2/1999, 185-193; ID., *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, II ed., Torino, 2000; A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2005, pp. 473-486; A. FUSARO, (voce) *Fondazione*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civile)*, VIII, Torino, 1992, pp. 359-365; P. RUSSO – S. GHINASSI, *Linee evolutive del trattamento fiscale delle fondazioni con particolare riferimento alle fondazioni culturali*, in *Rivista del notariato*, Milano, 1998, pp. 625-639; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in *Biblioteca di diritto privato*, (diretta da) P. RESCIGNO, Napoli, 1995; G. IORIO, *Le fondazioni*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 1997; ID., *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, 2010; D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell’interpretazione*, in (studi diretti da) F. G. SCOCA, *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Torino, 2012; S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011; A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in (a cura di) F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, pp. 393-412; S. DE MARCO, *Le fondazioni culturali. Profili di un modello in evoluzione*, in (collana diretta da) G. ALPA, E. CUOZZO, A. FANTOZZI, M.M. FRACANZANI, M. SAITTA, G. SPANGHER, S. D’ACUNTO, *Collana della facoltà di giurisprudenza, sezione monografie, Università telematica Giustino Fortunato*, Torino, 2012; C. IBBA- F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione per la gestione di prodotti e servizi turistici*, in *Riv. It. di Dir. Tur.*, n. 2/2011, pp. 171-184. Per una lettura in chiave comparata, v. A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sul*

Si tratta essenzialmente di «una delle più importanti manifestazioni del potere di autonomia privata»<sup>463</sup>, anche nota come «destinazione di un patrimonio allo scopo di pubblica utilità»<sup>464</sup>, riconducibile solitamente all'art. 12 del Codice civile (oggi rifluito nel d. P. R. 361/2000, all'art. 1).

Secondo la letteratura tradizionale, il cui orientamento ancora oggi sembra essere il più accreditato, tra le caratteristiche fondamentali relative alla fondazione vi è, oltre alla componente patrimoniale, il distacco tra ente e

---

*diritto delle fondazioni*, in *N.G.C.C.*, II, 2012, pp. 327-337. Nella letteratura straniera, cfr. M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, Barcelona, 2009.

<sup>463</sup> Così, S. DE MARCO, *Le fondazioni culturali. Profili di un modello in evoluzione*, in cit., p. 2. In particolare, l'A. ribadisce come «nel momento costitutivo, l'autonomia privata rileva sia come libertà di costituzione sia come libertà di scegliere genere e specie dell'ente che si intende creare. A quest'ultimo proposito, in particolare, si discute se il potere di scelta riguardi solo i modelli legislativamente previsti o possa essere esteso anche a figure soggettive non contemplate da disposizioni normative e, quindi, atipiche», 10. Relativamente al limite posto all'autonomia privata nella conformazione dell'ente, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in cit., p.87 ss, ritiene come i privati, non potendo di fatto stabilire cosa sia un "centro di imputazione" di interessi, di fatto posseggono solo la libertà di scegliere tra i "tipi" previsti dall'ordinamento. Infatti, sostiene l'A., (p. 88) che:«la creazione di un centro unitario d'imputazione rilevante per la generalità pertiene esclusivamente all'ordinamento ed è predisposto attraverso un sistema di fattispecie tipiche». Sul punto, cfr. F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, cit., p. 375.

<sup>464</sup> Secondo A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in cit., p. 87, il contenuto della fondazione andrebbe identificato piuttosto che nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo, nella destinazione di un'attività al conseguimento di uno scopo. Sul punto, cfr. F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, cit., pp. 388-389: «Nel suo assetto complessivo, l'atto di fondazione si presenta dunque come l'atto unilaterale mediante il quale il fondatore enuncia un determinato scopo, predisporre la struttura organizzativa che dovrà provvedere alla sua realizzazione e, quindi, la fornisce dei mezzi patrimoniali necessari». Sul punto, in tempi meno recenti, cfr. A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. Trim. di Dir. e proc. civ.*, 1969, pp. 1117-1198. L'A. definisce in questo saggio di metà anni Sessanta le fondazioni come «quella specie di persone giuridiche di diritto privato caratterizzate dall'essenziale elemento di un patrimonio destinato ad uno scopo predeterminato», 1118-1119. Ed è dello stesso periodo anche il rilievo di chi considera le fondazioni come «centri di riferimento di interessi privati ma è di interesse generale e quindi pubblico il loro esserci nell'ordinamento. Cioè, le fondazioni prevalentemente sono enti che curano interessi privati. Ma a volte è di interesse pubblico che quegli interessi siano curati. Quindi esse diventano uno degli strumenti attraverso i quali la collettività si garantisce che essi non siano lasciati senza cura». Così, G. AURISICCHIO, *Verso una tipologia delle fondazioni italiane*, in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, pp. 81-92. Atti del convegno tenutosi a Roma nei giorni 12-14 maggio 1966, promosso dalla Fondazione Olivetti, dalla Fondazione Cini e dall'Istituto Accademico di Roma.

fondatore ed il perseguimento dello scopo<sup>465</sup> di pubblica utilità<sup>466</sup>, punto cardine per favorire il contatto tra l'aspetto privatistico e quello pubblicistico del modello fondazionale.

Alla finalità di pubblica utilità viene, infatti, affidato, da una parte della dottrina, un ruolo «essenzialmente politico»<sup>467</sup>, in quanto tale carattere va identificato come «il vero artefice del processo di laicizzazione della fondazione, in quanto ne ha legato inscindibilmente la vicenda agli interessi della collettività generale»<sup>468</sup>.

---

<sup>465</sup> Sul punto, v. V. M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, cit., p. 57 ss, il quale, relativamente all'individuazione degli scopi perseguibili a mezzo di fondazioni private, vigente il vecchio codice civile del 1865, afferma come: «l'unica norma espressa che stabilisca l'istituzione di fondazioni private (...) è sempre quella dell'art. 902 cod. civ. Da essa si rileva una limitazione ai soli fini riflettenti il soccorso all'indigenza, il premio alla virtù o al merito, oppure ad altro scopo di pubblica utilità. Soltanto entro questi limiti, generali ed astratti, espressi dalla formola legislativa, ci sembra che la volontà privata possa determinare i vari fini specifici e concreti da porre come scopi permanenti di una fondazione privata». In tempi ancora precedenti dava particolare risalto al ruolo dello «scopo» nella costituzione della persona giuridica, F. FILOMUSI – GUELFI, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, Napoli, 1873, p. 38 ss. Egli affermava: «il diritto protegge la volontà e l'azione dell'uomo nell'attuazione di speciali scopi. Lo scopo raggiunto dalla volontà nell'azione etica ponesi come scopo di un tutto, allorquando una quantità di persone o di beni si organizzano per raggiungerlo. Il riconoscimento di un tale scopo costituisce la *persona giuridica*. La persona giuridica nel senso del diritto privato rappresentasi come il subietto di diritto, del quale lo scopo è per così dire l'anima, e l'elemento fisico la quantità delle persone o dei beni. La persona giuridica rivela nel suo scopo una volontà sociale e determinata. Se nel diritto positivo si considera come una finzione l'attribuzione del carattere di persona ad un subietto ideale, è a riconoscere che la vera natura della finzione sta nel rapporto di analogia, che fisiologicamente è razionale e giusto. La volontà di un tutto, come l'espressione della volontà della comunanza (la famiglia, la Chiesa, lo Stato) rappresenta una persona ideale in tutti i rapporti della vita, ma nel campo del diritto privato è persona giuridica un subietto ideale, come complesso di persone o di beni, destinati ad uno scopo (...) L'idea dello scopo è il vero subietto di diritto, e le persone organizzate ed i beni non sono, che gli esterni mezzi pei quali essa viene realizzata».

<sup>466</sup> A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in cit., p. 43.

<sup>467</sup> *Ibidem*.

<sup>468</sup> A. ZOPPINI, *Op. cit.*, p. 43. Aggiunge ancora l'A., citando esemplarmente (alla nota 83) M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. del dir.*, 1975, p. 597, che: «la concezione che ha garantito ai poteri pubblici la titolarità esclusiva della funzione sociale ravvisa negli enti non destinati alla produzione di un lucro individuale, oltre che un momento dialettico nell'azione auto-regolatrice del mercato, un impaccio, se non una iattura, rispetto all'azione pubblica. E, in questa prospettiva, «l'interesse generale costituisce la bussola di orientamento dei pubblici poteri e la diga che contiene nel loro ambito "privato"»



Dunque la fondazione, come «fenomeno»<sup>469</sup> a lungo indagato, assume un vero e proprio ruolo sociale, tutelato dall'ordinamento<sup>470</sup>, solo laddove «esso realizzi non già l'interesse del privato fondatore (...), ma direttamente un interesse pubblico»<sup>471</sup>.

Anche per questa ragione, sebbene l'istituto della «fondazione», peraltro antichissimo<sup>472</sup>, abbia origini privatistiche<sup>473</sup>, di fatto, è soprattutto negli ultimi anni che ha fatto il suo ingresso nell'ambito del diritto pubblico<sup>474</sup>,

---

le formazioni sociali», relegate in un ruolo del tutto marginale, tanto da condizionare la legittimità dell'iniziativa dei privati – e le fondazioni che di essa sono strumento – all'assunzione di una connotazione pubblicistica».

<sup>469</sup> A. R. TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2005, p. 476.

<sup>470</sup> Cfr. art. 2 Cost.

<sup>471</sup> Così, A. R. TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in cit., p. 476. In senso conforme, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in cit., p. 19: «(...) la fondazione – diversamente dalle altre Rechtsformen di cui i privati possono avvalersi – solo geneticamente appartiene al diritto privato, perché nel momento stesso in cui viene ad esistenza tradisce la sua origine per assumere una connotazione rigorosamente pubblicistica. Non possono esserci dubbi sul fatto che, quando il legislatore corporativo ha pensato alla fondazione, ha avuto come unico modello la fondazione di erogazione che opera secondo criteri ritenuti – alla stregua della ideologia del tempo – conformi all'interesse generale».

<sup>472</sup> Nel diritto romano, quelle che oggi vengono chiamate «fondazioni» erano considerate dei «soggetti giuridici immateriali (o incorporali)», tali in quanto distinti dai soggetti giuridici dotati di fisicità corporea. Sul punto, cfr., A. GUARINO, *Diritto privato romano*, ed. XI, Napoli, 1997, pp. 335-342, il quale, relativamente alle «fondazioni» sottolinea: «è assai discusso che i Romani, privi come erano di tendenze all'astrazione, abbiano mai riconosciuto la soggettività giuridica ai patrimoni speciali privi di titolari, e per conseguenza titolari di se stessi (o, in altre parole, autonomi), che fossero destinati a beneficio di una categoria di persone o comunque alla realizzazione di un certo scopo (es.: assistenza ai malati, lavori di bonifica, ecc.). I casi che solitamente si adducono sono quelli delle *piae causae* e dell'*hereditas iacens*: in ordine ai quali, peraltro, quanto meno il diritto classico non giunse a ravvisare la soggettività giuridica». Per uno sguardo d'insieme alle origini dell'istituto, v. di recente D. GUZZI, *Le fondazioni. Nascita e gestione*, Milano, 2006, p. 20 ss.

<sup>473</sup> G. IORIO, *Fondazioni*, Milano, 1997, p. 24: «La disciplina della fondazione di diritto privato è contenuta nel Titolo II del Libro Primo del Codice civile. Il Capo II di questo titolo regola sia l'associazione che la fondazione»

<sup>474</sup> Sul punto, v. G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa. Atti del convegno – Palermo, 13 maggio 2005, Torino 2006*, p. 91 ss e reperibile anche sul sito [www.olodev.com](http://www.olodev.com). In particolare, l'A. sottolinea quanto segue: «non vi è dubbio che le fondazioni siano una *new entry* del diritto amministrativo. Se si vanno a consultare i manuali di pochi anni fa, il termine fondazione non appare neppure nell'indice analitico». Tuttavia, già a metà degli anni Trenta gli studiosi

attestandosi quale strumento largamente impiegato soprattutto per il perseguimento di scopi sociali<sup>475</sup>.

Questo ha tuttavia determinato nella prassi un vero e proprio proliferante «abuso della forma giuridica»<sup>476</sup> fondazionale che, anziché favorirne il «rafforzamento dell'identità tipologica»<sup>477</sup> (anche e soprattutto da un punto di vista della disciplina)<sup>478</sup>, di fatto, secondo alcuni studiosi, ne avrebbe limato talmente tanto i contorni da determinare, addirittura, la stessa «crisi

---

più attenti studiavano il fenomeno fondazionale sia in relazione alla sfera privatistica sia a quella pubblicistica. Sul punto, in particolare, V. M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, I, Napoli, 1935. In particolare (p. 16), l'A. sottolinea come: «in questo lavoro, a differenza della dottrina tedesca che limita l'esame del fenomeno soltanto al campo privatistico, ci occuperemo dei negozi di fondazione aventi origine dalla volontà di privati, si indirizzi questa nella sfera privatistica o si elevi a quella pubblicistica».

<sup>475</sup>Si pensi, in particolare, alla diffusione del modello fondazionale in settori che includono l'ambiente, i servizi sociali, la sanità, l'educazione, la scienza la ricerca, l'arte e la cultura. Sul punto, cfr. di recente, S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, p. 61, secondo il quale: «una decisa denuncia dell'avvenuta "esplosione" della figura della fondazione, e della difficoltà di seguitare a considerarla in modo unitario, a seguito delle particolarità di regime giuridico introdotte dalla legislazione o dalla prassi si deve anche alla dottrina pubblicistica, la quale, nel suo complesso, si rivela sempre attenta alla figura della fondazione, come strumento per perseguire interessi generali».

<sup>476</sup> A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in cit., p. 64 ss. In particolare (pag. 68-69), l'A. denuncia come: «il problema dell'abuso – ossia la sconfessione nella situazione concreta del/i tratto/i qualificante/i la forma giuridica – è in particolare emerso quando il fondatore tragga un vantaggio patrimoniale diretto dalla gestione della fondazione, realizzandosi la violazione dell'obbligo di non distribuire utili; così come abusive possono indubbiamente essere le ingerenze del fondatore nell'amministrazione, tanto da sollecitare (...) il problema della "tutela" della fondazione dal soverchiante influsso del fondatore "vivente"». A rendere bene l'idea del fenomeno, già in espansione a metà degli anni Sessanta, la metafora secondo cui: «il fenomeno straripava al di là degli argini della ipotesi normativa», così D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1975, p. 299.

<sup>477</sup> A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in cit., p. 70.

<sup>478</sup> La necessità di ammodernare la disciplina delle fondazioni è risalente. Sul punto, A. PREDIERI, *Proposte per una nuova disciplina legislativa delle fondazioni e degli istituti privati di cultura in Italia*, in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, pp. 113-180. Successivamente, cfr. A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. Trim. di Dir. e proc. civ.*, 1969, pp. 1117-1198.

del modello dogmatico»<sup>479</sup>, rendendolo, così, un modello «debole»<sup>480</sup>, le cui note caratterizzanti sembrano esaurirsi nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo non lucrativo e relativamente immutabile<sup>481</sup> e, come tale, suscettibile di essere «dimensionato in concreto secondo ampie variabili – strutturali gestionali funzionali – tutte astrattamente compatibili col “tipo”»<sup>482</sup>.

Sul punto, diversi gli studiosi<sup>483</sup> che si sono posti l’obiettivo di verificare se le varie tipologie fondazionali oggi diffuse possano effettivamente essere ricondotte a quel «*numerus clausus*»<sup>484</sup> delle forme giuridiche che il nostro

---

<sup>479</sup> Così, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in cit., p. 13; sul punto, cfr. G. IORIO, *Fondazioni*, Milano, 1997, p. 17. Ad onore del vero, era a già a metà degli anni Sessanta che si profilava l’idea della “crisi” della nozione tradizionale di fondazione, messa in luce nel corso di un ampio dibattito tenutosi a Roma in occasione di un Convegno del 1966, i cui Atti sono raccolti nel volume *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967. Particolarmente apprezzabile, tra le altre, anche la relazione di E. MONTALE, *Le fondazioni e la vita della cultura italiana* (in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, pp. 25 - 33), che non da giurista ma «da uomo di lettere», come Egli stesso si definisce, sulle fondazioni afferma: «il loro problema più urgente è di favorire la libertà massima di crearne altre. Non è affatto disastroso che esistano fondazioni le quali incoraggiano fenomeni di decadenza; lo è semmai che scarseggino fondazioni che si propongono fini più rispettosi della tradizione. Il denaro può incoraggiare qualsiasi cosa, persino il bene. La libertà di creare nuove fondazioni e di dotarle liberamente è l’unico rimedio ai mali che emergono dal regime delle fondazioni». Sul punto, cfr. anche D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1975, che a pag. 301 parla di: «una crisi, ormai da tempo e da più parti denunciata, dei caratteri peculiari dell’istituto in discorso».

<sup>480</sup> Così, A. R. TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in cit., p. 485.

<sup>481</sup> Ancora sul punto, A. R. TASSONE, *Op. cit.*, p. 485.

<sup>482</sup> A. R. TASSONE, *Op. cit.*, p. 485.

<sup>483</sup> Secondo A. R. TASSONE, *Op. cit.*, p. 473, in via generale «le tematiche emerse nel dibattito (tutt’altro che esaurito) sulle fondazioni previste e talvolta create legislativamente dal 1990 in poi, ruotino immediatamente intorno al problema della consistenza tipologica del modello codicistico, ed in via meno diretta, ma non certo di minore rilevanza, intorno al problema della consistenza tipologica della dicotomia ente pubblico-ente privato».

<sup>484</sup> In particolare, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in cit., p. 87. In particolare, l’A. mette in luce come (p. 90): «identificato il contenuto della fondazione nella destinazione di un patrimonio e più specificamente d’un’attività al conseguimento di uno scopo, deve valutarsi quale sia stata sul piano della tecnica legislativa la *Typusfixierung* che individua, in rapporto alle altre forme giuridiche la fondazione; e, in particolare, deve considerarsi se la disciplina riferibile a quel *nomen juris* si applichi in ogni caso, oppure solo quando si riscontri la coincidenza con il tipo che a quella disciplina è sotteso». Altresì

ordinamento conosce<sup>485</sup> e ciò senza incorrere nella lesione del c.d. principio della tipicità degli enti.

Secondo l'orientamento più conservatore, poiché le uniche figure riconducibili agli enti del Libro I del Codice civile sarebbero soltanto l'associazione e la fondazione (tradizionalmente intesa), sarebbe inammissibile accettare la presenza di nuove figure partecipate in quanto *tertium non datur*.

Così, se da un lato c'è chi sostiene che l'istituto fondazionale abbia subito negli anni un processo di «metamorfosi»<sup>486</sup> tale per cui si è giunti allo

---

aggiunge: «il numero chiuso delle forme è, invece, in apparenza smentito dall'art. 12 c.c., che a fianco delle associazioni e delle fondazioni prevede che anche "altre istituzioni di carattere privato" possano acquistare la personalità giuridica. E' fuori dubbio che i tipi nominati concettualmente siano sussunti al genere "istituzione"; è, invece, un problema aperto se il sistema riconosca a tale lemma una unzione normativa e non puramente classificatoria, e in concreto se esistano e quali siano le istituzioni di carattere privato irriducibili alle forme tipiche».

<sup>485</sup> Secondo la fotografia che ne fa A. PREDIERI, *Proposte per una nuova disciplina legislativa delle fondazioni e degli istituti privati di cultura in Italia*, in cit., pp. 113–180, «la grande varietà di denominazione e di tipologia delle fondazioni e degli enti privati di cultura si somma alla notevole varietà di forme organizzative e di modi di esplicazione di attività», 119. Interessante, a tal proposito, anche il rilievo operato all'epoca da P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. Società*, 1967, p. 815 (ripreso e citato in D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in cit., p. 302, nota n. 10) secondo il quale «la fondazione conosciuta dal legislatore del '42 è la fondazione sviluppatasi dalla pia causa, con scopi prevalentemente, anche se non esclusivamente, di carattere caritatevole e assistenziale. (...) era quindi sostanzialmente ignoto ai redattori del codice vigente, il tipo fondazionale oggi più ricorrente, la fondazione culturale o scientifica. Il legislatore, invero, si limitava correttamente a fissare negli artt. 11 sgg. del codice civile, una "disciplina" della fondazione, non pretendendo di riassumerne il senso in esplicite formule definitorie. Era invece la dottrina ad elaborare, sulla base delle norme del codice e della tradizione storica, una qualificazione concettuale dell'istituto. Ciò che stupisce è che ancora oggi, pur nella consapevolezza della complessità tipologica acquisita dall'istituto fondazionale si sottolineano nella definizione di questo i connotati strutturali della sua matrice storica e cioè della pia causa».

<sup>486</sup> Così, D. VITTORIA, *Op. cit.*, p. 321. In particolare l'A. sottolinea come: «la modalità di composizione del patrimonio della fondazione, il prevalere dell'ipotesi del negozio di creazione *inter vivos* su quello *mortis causa*, il carattere collettivo e non più individuale dell'iniziativa da cui trae vita la persona giuridica, sono tutti elementi che cospirano ad accelerare il compimento di una metamorfosi nell'istituto: si scolorano così progressivamente le note caratteriali della fondazione, tradizionalmente identificate nel

«scompaginarsi della struttura istituzionale»<sup>487</sup>, dall'altro c'è chi, ripercorrendo i tratti salienti dei vari istituti che nella prassi vengono fatti convergere nel modello qui in esame, ha preferito piuttosto parlare di «ibridazione»<sup>488</sup> delle forme giuridiche.

Pertanto ancora oggi siamo di fronte a quella che, già quarant'anni fa, veniva siglata come una «trasformazione irreversibile dell'istituto»<sup>489</sup>, meglio rappresentata come «evaporazione della figura fondazionale», la quale «segnerebbe infatti, in maniera incontrovertibile, un momento di regresso nella evoluzione della persona giuridica; questa si è venuta nel tempo a diversificare in numerosi tipi – ciascuno individuabile in base a precise

---

“distacco” dell'ente dal fondatore e nella posizione “servente” dell'organo amministrativo. Il fondo non è esso in posizione sovrana sulle persone che lo gestiscono, ma scade ad una funzione puramente secondaria e strumentale. Lo scopo si diluisce in indicazioni onnicomprensive e perde ogni forza coesiva delle attività istituzionali; la stessa definizione dell'ente, come fondazione culturale muove dalla considerazione di uno dei diversi settori in cui opera l'organizzazione, ma essa abbraccia anche attività assistenziali e di beneficenza, non sempre rigorosamente pertinenti alla funzione promozionale della cultura. Da qui l'originarsi di una confusa situazione d'incertezza nei rapporti tra fondazioni e ministero vigilante, risultando difficile, per non dire impossibile, rinvenire l'aggancio per un coerente collegamento tra il campo di attività dell'ente e la competenza del ministero destinato alla sorveglianza».

<sup>487</sup> Ancora, D. VITTORIA, *Op. cit.*, p. 322.

<sup>488</sup> A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *cit.*, p. 1125, il quale rileva come: «talvolta vi sono strutture ibride che incrociano elementi del tipo fondazione con quello del tipo associazione», richiamando l'A. sul punto anche la pronuncia del *Consiglio di Stato*, I sez., 30 maggio 1961, p. 874 (in *Cons. Stato*, 1962, I, p. 638) che ha ritenuto «che una persona giuridica non possa essere riconosciuta se non sia chiara la sua natura di fondazione o di associazione». Più di recente, cfr. S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, *cit.*, p. 56 ss. L'A., affrontando l'esame trasversale delle fattispecie di “fondazioni legali”, o fondazioni “legalmente menzionate” da normativa statale derogatoria o integrativa delle disposizioni del codice civile, rimarca per alcune di esse come la «“disciplina ibrida” richiede di ricostruire un tratteggio degli aspetti salienti della figura della fondazione di diritto comune, così come si sono delineati nell'intenso sviluppo che hanno avuto, nella giurisprudenza e nella prassi»; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, n. 1-2/2014, p. 54 ss, il quale definisce la fondazione di partecipazione un istituto «dalla natura molto incerta».

<sup>489</sup> D. VITTORIA, *Op. cit.*, p. 333.

caratteristiche strutturali o funzionali – offrendo agli operatori del diritto un panorama sempre più ricco di tecniche giuridiche da impiegare»<sup>490</sup>.

Per la dottrina più moderna, questo processo convoglia nell'immagine di una vera e propria «torsione»<sup>491</sup>, che avrebbe posto «i modelli codicistici degli enti di cui al Libro I e, in particolare, le fondazioni (...) al centro di fenomeni economico-giuridici di rilevante interesse sociale; sono state elaborate numerose *regulae iuris* in via giurisprudenziale, verificato che tali enti avevano l'idoneità a diversi impieghi, del tutto al di fuori delle funzioni per le quali erano stati originariamente previsti»<sup>492</sup>.

A questo punto, come rilevato, «si tratta in fondo di vedere se la consistenza sistematica del tipo “fondazione” costituisca un limite logico allo stesso potere del legislatore, cui pur compete la disciplina delle forme giuridiche della soggettività degli enti immateriali. Questo limite ovviamente, in regime di Costituzione rigida, può ritenersi operante in un duplice senso: sia, cioè, nel senso di impedire che le “pseudo - fondazioni” costituite e regolate secondo moduli del tutto eccentrici al “tipo” possano aspirare ad essere riconosciute come vere e proprie fondazioni (...); sia nel senso di affermare l'incostituzionalità delle discipline che si tengano all'interno dello schema tipologico fondazionale, alterandolo tuttavia in maniera al tempo stesso significativa ed ingiustificata. Premesso che il legislatore (al contrario dei privati) può liberamente creare forme atipiche dei soggetti immateriali, resta da vedere se ed a quali condizioni esso possa costituire soggetti qualificabili come “fondazioni”, e se ed a quali condizioni possa costituire fondazioni “di diritto speciale” in termini costituzionalmente corretti»<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> D. VITTORIA, *Op. cit.*, p. 334 ss.

<sup>491</sup> Così, S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali”*, cit., p. 58.

<sup>492</sup> *Ibidem*.

<sup>493</sup> Così, A. R. TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in cit., p. 474.

Di fatto, ciò che oggi risulta di innegabile evidenza è che «dietro la forma giuridica della fondazione si celano organizzazioni molto diverse tra loro per le dimensioni, le funzioni svolte, le modalità operative adottate, l'origine del patrimonio e le strutture di governo che le caratterizzano»<sup>494</sup>.

Sicché si va inevitabilmente a condividere l'orientamento dottrinale maggioritario secondo il quale si assiste alla «impossibilità di concepire un tipo unitario di fondazione, potendosi individuare semmai diverse tipologie»<sup>495</sup>.

Allo stato attuale è, dunque, possibile stilare una sorta di classificazione delle tipologie fondazionali esistenti, la cui varietà ha richiamato, tra gli altri<sup>496</sup>, anche la letteratura spagnola, che così le sintetizza: «podrían distinguirse tres modelos de creación y articulación de la fórmula fundacional en el ámbito público. Son: 1) el retorno a la fundación originaria; 2) la conversión de entes públicos en fundaciones; y 3) la creación ex novo de fundaciones públicas. Cada uno de estos procesos dio lugar a un tipo concreto de fundaciones que bien podrían clasificarse a su vez en los siguientes grupos: a) fundaciones privadas reguladas en toda su extensión por el Código civil; b) fundaciones privadas sometidas a un regime mixto público-privado; y c) creación de entes públicos con forma fundacional»<sup>497</sup>.

---

<sup>494</sup> Così, G. P. BARBETTA, *Le fondazioni. Il motore finanziario del terzo settore*, Bologna, 2013, p. 50.

<sup>495</sup> Ancora, S. DE GÖTZEN, *Op. cit.*, p. 60 ss. In termini pressoché conformi, cfr. A. R. TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in cit., p. 479, il quale, richiamando lo scritto di A. ZOPPINI (*Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995) afferma come: «nell'esperienza contemporanea la fondazione passa così dalla tipicità alle tipologie: non più, dunque, una sola e rigida formula disciplinare, ma forme disciplinari diverse ed articolate, naturalmente "elastiche". L'autonomia privata, a questo punto, si riappropria dell'istituto, come naturale conseguenza della "nuova" elasticità del modello». Questo per ribadire (p. 480 ss), la «detipizzazione del modello», cioè, la «tendenziale plurifunzionalità dello schema fondazionale».

<sup>496</sup> Sul punto, ad es., cfr. G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in cit., p. 573 ss.; A. R. TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in cit., pp. 473-486.

<sup>497</sup> Così, M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administración Pública*, cit., p. 214.

## 2. La fondazione di partecipazione: «simbolo» del Partenariato c.d. istituzionalizzato.

La «fondazione di partecipazione» si colloca in questa eterogeneità di modelli quale emblema delle «nuove forme di partenariato pubblico-privato finalizzate, da un lato, a contenere la spesa pubblica, dall'altro, a perseguire obiettivi di managerializzazione, anche tramite l'introduzione di innovazioni gestionali e di offerta dei servizi...»<sup>498</sup>.

Attingendo per un istante dal lessico filosofico, per "fenomenologia" (dal greco *τά φαινόμενα*, le cose che si mostrano), si è soliti intendere la scienza che ha come scopo precipuo la descrizione di ciò che appare<sup>499</sup>.

Nell'accezione comune, la stessa espressione sta ad indicare quel complesso di fenomeni, e quindi anche di fatti, rilevabili con la pura e semplice osservazione della realtà.

Ebbene, per approcciare adeguatamente il «fenomeno» fondazione di partecipazione ci si deve necessariamente affidare ad una sorta di capovolgimento della impostazione metodologica tradizionale: dalla specialità si risale alla generalità, secondo un procedimento induttivo che non è usuale nella scienza giuridica e che segna, in estrema sintesi,

---

<sup>498</sup>Così A. WIZEMANN, F. G. ALBERTI, *L'assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, in *Liuc Papers*, n. 175/2005 – *Management ed economia della cultura*, 1, p. 1ss. Sul tema cfr. A. POLICE, "Le fondazioni di partecipazione" in cit., p. 393 e ss; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico – privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in cit., p. 55 e ss.

<sup>499</sup>N. ABBAGNANO, *Voce Fenomenologia*, in *Dizionario di Filosofia*, Torino, 1971-1993, pp.387-389. E. Husserl così la definisce: «La f. della conoscenza è scienza dei fenomeni di conoscenza nel doppio senso, da una parte delle conoscenze come apparenze, rappresentazioni, atti di coscienza, in cui si presentano queste o quelle oggettualità e se ne diviene consapevoli (passivamente o attivamente); e dall'altra parte è scienza di queste oggettualità stesse in quanto in tali forme si presentano. La parola fenomeno ha un doppio senso per via dell' essenziale correlazione fra l'apparire e ciò che appare», così E. HUSSERL, *L'idea della fenomenologia - Die Idee der Phänomenologie. Fünf Vorlesungen*, 1907; (tr. it. a cura di) C. SINI, Laterza, Roma - Bari 1992.



l'evoluzione empirica che ha subito questo modello nel passaggio dalla prassi alla teoria, grazie ad alcune riflessioni ed intuizioni.

Il riconoscimento della legittimità della «fondazione di partecipazione», nel nostro ordinamento, è dovuto principalmente alla prassi notarile.

Il merito va, tra gli altri, al notaio Enrico Bellezza, il quale «raccolgendo le istanze civili e studiando le soluzioni adottate già in altri Paesi (...)»<sup>500</sup> ha concepito le prime «fondazioni di partecipazione»<sup>501</sup> come luogo ideale dove «la Fondazione tradizionale, ottocentesca, e l'Associazione si incontrano, si uniscono per dare vita a quella terza figura, forse già intuita dal Legislatore ma mai espressa, che, assomigliando molto al *charitable trust*<sup>502</sup> anglosassone, può essere strumento valido per le istanze di cui ci occupiamo»<sup>503</sup>.

La fondazione di partecipazione è un istituto definito quale «patrimonio a struttura aperta, a formazione progressiva, nel quale l'elemento personale e

---

<sup>500</sup> E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze, 1998, p. 34 ss, secondo cui «questo libro vuole raccontare la storia, le motivazioni e le basi giuridiche che hanno portato alla creazione della Fondazioni di partecipazione (...)».

<sup>501</sup> Come lo stesso E. BELLEZZA spiega nel suo *Le Fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 34 ss, sin dal 1996 si è cominciato a prendere atto della sostanziale evoluzione dell'istituto fondazionale verso forme più elastiche e duttili da poter essere utilizzate per le varie necessità, aggiungendo come sia stato egli stesso a studiare e realizzare oltre 550 fondazioni di partecipazione nello scorso decennio, la prima delle quali fu la "Pier Lombardo" di Milano, costituita il 7 dicembre 1996.

<sup>502</sup> «Il Trust è uno dei prodotti più caratteristici dell'esperienza giuridica inglese, si ricollega e si spiega con il dualismo tra *Common Law* ed *Equity*, dualismo del resto non meno peculiare. Benché in passato il Trust sia stato considerato dai giuristi continentali un istituto stranissimo ed inesplicabile esso in realtà è nella sua struttura assai semplice. Trust significa fiducia. Come nel negozio fiduciario ben noto nell'area romanistica anche in Inghilterra alcuni soggetti furono indotti a trasferire ad altri i propri beni *fiduciae causa*. Il trasferimento avveniva quindi non per causa di prezzo o per l'adempimento di un obbligo, ma per la fiducia che il *tradens* nutriva verso l'*accipiens* il quale avrebbe dovuto bene amministrare i beni per un certo tempo e poi ritrasferirli gratuitamente al suo dante causa. (...) la chiave di volta dell'istituto del Trust sia stata identificata nella doppia proprietà che esso consente e che pertanto esso sia stato considerato inassimilabile dalle esperienze giuridiche romanistiche che invece hanno elevato a dogma l'idea della unicità del dominio», così C. A. CANNATA – A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della Giurisprudenza europea*, IV ed., II, Torino, 1989, p. 76 ss.

<sup>503</sup> Ancora, E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Op. cit.*, p. 34 e ss.

quello più propriamente patrimoniale confluiscono dando vita ad un *unicum* operativo che si caratterizza (o può caratterizzarsi) anche per la larga base associativa su cui può poggiare ed a cui si lega»<sup>504</sup>.

Essa si pone come modello «innovativo»<sup>505</sup> rispetto alla fondazione tradizionalmente intesa, diventando uno strumento (a)tipico<sup>506</sup> di gestione dei beni culturali, il cui successo è principalmente dovuto alla duttilità del modello caratterizzato, tra l'altro, dalla compartecipazione di aspetti privatistici e di aspetti pubblicistici.

Il tutto in un'ottica di ottimizzazione delle risorse orientate al soddisfacimento del pubblico interesse: non dimentichiamo, infatti, che il panorama entro il quale opera tale modello fondazionale resta pur sempre quello dell'apparato pubblico, in cui il rispetto del «vincolo del fine»<sup>507</sup>

---

<sup>504</sup> Così, E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Op. cit.*, p. 40.

<sup>505</sup> Cfr. F. SUCCI, *Profili operativi e gestionali della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione dei servizi culturali alla luce della vigente situazione socio-economica*, in *Notariato*, 2014, 6, p. 627, il quale sottolinea come «la fondazione di partecipazione (...) nasce dall'intento di ovviare ad alcuni limiti propri delle fondazioni di stampo "tradizionale", quali la sottopatrimonializzazione determinata dalla vigente situazione economica e l'eccessivo distacco tra ente e fondatore, foriero di una spiccata autoreferenzialità da parte degli amministratori».

<sup>506</sup> Sul presunto carattere dell' «atipicità», cfr. M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazione italiana del notariato. Rivista on line*, reperibile al sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it/approfondimento.asp?app=06/bibliografia/bibliografia&mn=3&tipo=4&qn=1>. Secondo l'A., la fondazione di partecipazione non sarebbe qualificabile come «atipica», essendo piuttosto «una delle possibili tipologie di fondazione». Conformemente, R. DE ROSA, *Tipicità delle persone giuridiche e fondazioni di partecipazione*, in *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, pp. 323-365. Secondo l'A., infatti (p. 353 ss), «pare sia possibile escludere che la fondazione di partecipazione costituisca un nuovo ente personificato, cioè una di quelle «altre istituzioni di carattere privato» che l'art. 12 c.c (ora art. 1, d.P.R. n. 361/2000) sembra consentire», laddove «il carattere partecipativo, introducendo nel tipo- fondazione un aspetto personalistico accanto a quello patrimoniale, renderebbe la fondazione di partecipazione simile a un'associazione, ma non ne farebbe un ente innominato». L'A. sostiene, infatti, che «sussiste, nel nostro sistema giuridico privatistico, un principio di tipicità delle persone giuridiche».

<sup>507</sup> Per una sintetica ricostruzione, v. V. CERULLI – IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 252 ss: «Il principio del vincolo del fine comporta necessariamente che ogni scelta che l'amministrazione adotti nell'ambito della sua discrezionalità debba essere sempre

permane indiscusso anche nell'approccio ai nuovi paradigmi organizzativi, quale interna articolazione del più ampio *principio di legalità*, assieme al principio della predeterminazione normativa del potere e delle modalità del suo esercizio, rientrando questo in uno di quei casi.

D'altro canto, poiché i moduli giuridici dell'azione amministrativa possono essere sia di diritto pubblico sia di diritto privato, e ciò secondo le scelte dell'ordinamento positivo, non sorprende sicuramente la circostanza, peraltro già accennata<sup>508</sup>, che della correlazione tra diritto pubblico e diritto privato si siano occupati studiosi ed interpreti di ogni tempo, interessati non solo alla modalità di compenetrazione di questi due rami del diritto, ma anche agli stessi limiti in essa connaturati.

Ed è questa una circostanza che torna di grande attualità anche relativamente alla fondazione di partecipazione.

Ricordando brevemente, e per un mero scopo iconografico, che il Partenariato pubblico-privato di tipo «istituzionalizzato» configura l'ipotesi della possibile «cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta»<sup>509</sup>, cioè «detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato (...) con la missione di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico»<sup>510</sup>, di fatto, la fondazione di partecipazione è modello ad esso riconducibile; e, stante lo scopo che qui

---

correlata al fine che ad essa è imposto; e che perciò di ogni scelta debbano essere evidenziate le ragioni circa la necessità e opportunità di essa in relazione a quel fine».

<sup>508</sup> v. Cap. II, paragrafo 2, del presente elaborato.

<sup>509</sup>v. Libro Verde 2004, al punto 1.3.20.

<sup>510</sup> Cfr. al riguardo il Libro Verde 2004, par. 20, nonché i paragrafi 53 ss; si veda anche l'ampia definizione di PPP di cui alla Relazione del Parlamento europeo sui *Partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni* del 16 ottobre 2006 (A6-0363/2006), secondo la quale: «i PPP possono essere descritti come una forma di cooperazione a lungo termine disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto».

si persegue, l'attenzione si sposta conseguentemente sul tipo della fondazione c.d. "culturale"<sup>511</sup>, costituita e finalizzata per la gestione e la tutela di beni culturali, riconducibile, secondo la dottrina, alla figura della fondazione di partecipazione proprio per la «particolare configurazione strutturale e funzionale dell'istituto giuridico in esame»<sup>512</sup>.

Pare, infatti, che, tra tutti i settori quello dei beni culturali sia quello in cui «le difficoltà nell'impiego del partenariato si atteggiano in modo parzialmente diverso, ma, forse, sono ancora maggiori»<sup>513</sup>, in quanto «in concreto la gestione dei beni culturali è un'attività che allo Stato risulta produttiva di reddito solo con notevoli difficoltà»<sup>514</sup>.

E' anche per queste ragioni, dunque, che si rinviene la necessità di esaminare, viepiù a livello locale, quale sia, o possa essere, il valore operativo e gestionale che la fondazione di partecipazione riveste attualmente, anche alla luce del momento contingente di "Spending review".

Ma prima di procedere in tal senso, nasce qui forte l'esigenza di recuperare una efficace metafora, frutto della riflessione di attenta dottrina, che definisce il partenariato pubblico privato quale «cavallo di Troia attraverso il quale l'atipicità negoziale entra nella cittadella dell'azione amministrativa, fino a questo momento regolata da rigidi principi, quali quello della legalità, della tipicità e della nominatività, scompaginandone le tradizionali formulazioni.

---

<sup>511</sup> Sul punto, v. T. PONTELLO, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in cit., p. 317 ss, il quale sostiene che: «la comparsa e lo sviluppo della particolare figura giuridica della fondazione c.d. "culturale" è infatti riconducibile al recente affermarsi dell'istituto fondazionale quale soggetto giuridico finalizzato alla cura e al perseguimento di interessi pubblici».

<sup>512</sup> Così, T. PONTIELLO, *Op. cit.*, p. 336. Cfr. A. ANGIULI, *Le fondazioni culturali: prospettive e problemi*, in G. RESTA (a cura di) *Le fondazioni: prospettive italiane ed europee*, Napoli, 2014, p. 175 ss.

<sup>513</sup> G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera"*, il partenariato e la panacea di tutti i mali, in *Aedon*, n. 2/2014, s.p., (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>514</sup> G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera"*, cit., s.p.

Ciò comporta che anche il contratto atipico si pone come normale alternativa al provvedimento per realizzare i fini istituzionali delle pubbliche amministrazioni»<sup>515</sup>.

Questa immagine cede, a sua volta, il passo ad un'ulteriore riflessione dottrinale, quella per la quale «ricostruire la fondazione quale “strumento privatistico di perseguimento dell'utilità sociale, ovvero dell'interesse pubblico” costituisce (...) un invito a “prendere sul serio” il legislatore e il processo che ha condotto alla moltiplicazione delle fondazioni di “origine pubblica”»<sup>516</sup>.

### 3. *Natura e caratteri del modello fondazionale.*

Anticipando sin d'ora che il profilo della attuale utilizzabilità dell'istituto della fondazione di partecipazione verrà esaminato più avanti, ciò che preme rilevare ora è il profilo inerente l'adeguatezza della forma qui in esame, perciò avviando l'analisi da un inquadramento di carattere generale dedicato alla natura e alle caratteristiche del modello.

Seguendo l'orientamento maggioritario, la fondazione di partecipazione è qualificabile come «un'istituzione di diritto privato senza scopo di lucro ascrivibile al *genus* delle fondazioni quale sua variante atipica»<sup>517</sup>.

Pertanto, essendo noto che «il Codice civile disciplina gli enti senza scopo di lucro nel Libro primo, senza fornire per essi specifiche definizioni (...), stando al contenuto della normativa codicistica, è evidente che mentre

---

<sup>515</sup> R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., p. 94.

<sup>516</sup> In questo senso, G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in cit., p. 574, il quale, specificando l'espressione “fondazioni di origine pubblica”, aggiunge che: «con tale espressione si intende segnalare la particolare genesi delle fondazioni derivanti dalla trasformazione di precedenti enti pubblici, ovvero istituite per legge o da amministrazioni e enti pubblici, sulla base di una disciplina speciale; ciò senza impegnarsi in una aprioristica qualificazione della natura giuridica dei soggetti in questione».

<sup>517</sup> A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in cit., p. 393 ss.

l'elemento che caratterizza l'associazione consiste nell'aggregazione di più persone per la soddisfazione di uno scopo comune interno ai loro interessi, ciò che caratterizza la fondazione è la destinazione di un patrimonio alla soddisfazione della volontà esterna del fondatore. Si tratta di un insieme di beni vincolati ad uno scopo, le cui rendite sono utilizzate dall'ente medesimo per perseguire detto fine»<sup>518</sup>.

Il regime giuridico del patrimonio della fondazione costituisce il contenuto precettivo minimo (il cui rispetto garantisce l' ascrivibilità al *genus*) e consiste, evidentemente, «nella destinazione di un patrimonio allo scopo»<sup>519</sup>.

Caratteristica essenziale delle fondazioni di partecipazione è la rilevanza attribuita, mediante opportune previsioni statutarie sull'organizzazione dell'ente, non solo all'elemento patrimoniale, ma anche - in senso differenziale rispetto allo schema classico - all'elemento personale<sup>520</sup>.

Con l'espressione «fondazione di partecipazione» si allude, pertanto, all'assunzione, da parte di una fondazione, di una struttura corporativa (ossia, in senso lato, associativa).

Per alcuni<sup>521</sup> tale assunzione è legittimata dall'art. 12 del Codice civile (oggi rifluito nel d. P. R. 361/2000, all'art. 1)<sup>522</sup>, dedicato alle persone giuridiche,

---

<sup>518</sup> *Ibidem*.

<sup>519</sup> In generale, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995. Per alcuni approfondimenti di stampo societario, cfr. L. NONNE, *Autodestinazione e separazione patrimoniale negli enti non profit dopo la riforma del diritto societario*, in *Diritto e Storia*, n. 6/2007 reperibile al sito [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it)

<sup>520</sup> Cfr. il volume di A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2006.

<sup>521</sup> E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Op. cit.*, p. 66. Ivi si legge: «(...) non si può certo negare la possibilità di individuare nella Fondazione di partecipazione un tipo di "altra istituzione di diritto privato", quale legittima sintesi delle due figure tipiche (associazione e fondazione, n. d. R.), una volta che quest'ultima sia calibrata sui principi di cui agli articoli 12 e ss del codice civile».

<sup>522</sup> Secondo l'orientamento maggioritario, le fondazioni di partecipazione sarebbero legittimate all'interno del sistema giuridico nazionale - senza peraltro - intaccare il principio della tipicità degli enti, per il solo fatto che l'art. 12 c.c. godrebbe di un'ampia portata applicativa, Infatti, l'art. 12 c.c. sarebbe riferibile non solo alle figure giuridiche "tipiche", ma anche a tutte quelle "atipiche"; il che è supportato anche dalla scelta linguistica del

dove si stabilisce che viene attribuita, per il tramite del relativo riconoscimento da parte dell’Autorità competente, concesso su istanza di parte, la personalità giuridica alle associazioni, fondazioni ed «altre istituzioni di diritto privato».

Tale articolo, presentando «una struttura sintattica espressiva di una concezione normativo - giuridica elastica»<sup>523</sup>, di fatto consentirebbe il concepimento di «nuovi istituti giuridici»<sup>524</sup>.

Ulteriore fondamento giuridico, stante la dottrina ideatrice dell’istituto, lo si rintraccia nell’art. 1332 c.c., norma che riguarda i c.d. «contratti aperti»<sup>525</sup>, dal

---

legislatore che non pare aver dimenticato le conformazioni miste. A tale proposito si faccia riferimento anche alla «Relazione n. 26 a S. M. il Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Solmi) presentata in udienza il 12 dicembre 1938 per l’approvazione del testo sulle disposizioni delle leggi in generale e del primo libro del Codice civile», che – in riferimento all’art. 12 c.c., al § 26 riporta: «Quanto al contenuto della disposizione, ho creduto di aggiungere accanto alla menzione dei due tipi tradizionali, associazioni e fondazioni, l’accento alle altre istituzioni di carattere privato, che non sono né fondazioni (tradizionali, n.d.r.) né associazioni (tradizionali, n.d.r.) e che sono contraddistinte per la loro destinazione ad uno scopo. A parte che, nella nostra tradizione scientifica, specialmente canonistica, ha posto anche questo terzo tipo di persona giuridica privata, e che, nello stesso testo del codice, si contemplano altre forme di possibili persone giuridiche (...), non si poteva non tener conto, nella varietà della vita moderna, di altre creazioni giuridiche non perfettamente aderenti né alle associazioni, né alle fondazioni. Quanto alla regolamentazione di queste istituzioni, è ovvio che sarà applicabile la disciplina delle associazioni ovvero delle fondazioni, secondo che la loro natura si avvicini prevalentemente a quella dell’uno o dell’altro tipo di enti». Pare che quanto riportato fughi almeno due dubbi. In primo luogo, è ben possibile riconoscere la personalità giuridica a istituzioni atipiche, non violandosi il principio di tipicità delle persone giuridiche, in quanto quella testé descritta pare essere più una atipicità di struttura che di figura o personalità giuridica; in secondo luogo, dirimente è l’accento alla “regolamentazione da applicarsi”: sarà compito dell’interprete verificare di volta in volta, sulla base della volontà negoziale espressa in applicazione del principio di autonomia privata, quale sia la disciplina più aderente alla fattispecie. Così in «*Le fondazioni quali modelli innovativi di gestione e sviluppo: la situazione in Italia tra tradizione e sperimentazione*», saggio elaborato c/o Studio notarile Bellezza, p. 11, reperibile su l sito [www.orpheon.org](http://www.orpheon.org)

<sup>523</sup> E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 61.

<sup>524</sup> *Ibidem*.

<sup>525</sup> E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 64. Spiegano gli AA. che i contratti atipici sono «contratti in cui, successivamente alla loro conclusione, può verificarsi una modificazione dei soggetti, nel senso che agli originari contraenti se ne possono aggiungere uno o più. Tali contratti sono, perciò, plurilaterali con comunione di scopo». Ivi si precisa che non è possibile confondere questi contratti con quelli «per adesione», laddove

momento che «non si può tacere, in questa sede, la possibile classificazione dell'Atto costitutivo quale contratto che può ricevere l'adesione di altre parti oltre a quelle originarie»<sup>526</sup> e ciò «senza che si renda necessaria una modifica»<sup>527</sup>.

Per ciò che concerne, invece, la copertura costituzionale, il riferimento va anzitutto all'art. 2 Cost, che si occupa delle «formazioni sociali» nelle quali si svolge la personalità dell'uomo<sup>528</sup>, ma soprattutto «è necessario (...) ricondursi all'art. 45 della Costituzione, ai sensi del quale *“la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità”*»<sup>529</sup>. Qui, infatti, «la seconda parte del primo comma dell'art. 45 fa carico al legislatore ordinario ed in sua assenza all'interprete, di promuovere lo sviluppo della cooperazione senza fine speculativo con i mezzi più idonei, impegnandolo ad una costante e progressiva ricerca di soluzioni normative sempre più efficaci e moderne»<sup>530</sup>.

Sembra pertanto «indiscutibile» che una fondazione di partecipazione sia «lo strumento giuridico idoneo» allo scopo delineato dal Costituente in questa norma<sup>531</sup>.

---

si vuole indicare il «diverso fenomeno dei contratti in cui vi è una parte che predispone l'intero regolamento contrattuale ed un'altra che può accettarlo ovvero rifiutarlo in toto, senza poterlo modificare».

<sup>526</sup> E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 64.

<sup>527</sup> *Ibidem*.

<sup>528</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. Dir. civ.*, I, Padova, 1979, p. 25.; P. RESCIGNO, (voce) *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. Del dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 790 ss.

<sup>529</sup> E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>530</sup> *Ibidem*.

<sup>531</sup> Ancora, E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Op. Cit.*, p. 67, ove si aggiunge che «si badi che la testè delineata copertura costituzionale può considerarsi speciale e ciò dal momento che continuano ad operare anche per la fondazione di partecipazione i precetti costituzionali



Altra parte della dottrina<sup>532</sup> argomenta, invece, la legittimazione della fondazione di partecipazione dall'evoluzione del concetto stesso di fondazione – non più circoscritto alle fondazioni di mera erogazione istituite di solito nella forma del lascito testamentario – ed all'autonomia statutaria di cui, nei limiti di legge, questo istituto può godere.

Secondo alcuni studiosi «si tratta in ogni caso di enti privati privi di finalità lucrative»<sup>533</sup>, «il che non esclude, ricorrendone i presupposti, la soggezione alla disciplina comunitaria propria degli organismi di diritto pubblico»<sup>534</sup>.

Questo non è certamente un aspetto secondario se solo si pensa che, rispetto a tale modello fondazionale, si pone il problema se esso rientri nell'alveo dei cosiddetti «organismi partecipati» e se, di conseguenza, alla stesso modello si applichino le norme finanziarie che pongono limiti, divieti e restrizioni di spesa dell'ente pubblico aderente<sup>535</sup>.

---

tradizionalmente posti a garanzia di fondazioni e associazioni (artt. 2, 3, 17, 19, cui vanno aggiunte tutte quelle norme specificatamente afferenti al settore in cui la Fondazione opera».

<sup>532</sup> A. ZOPPINI – M. MALTONI (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*, in *Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2007.

<sup>533</sup> M. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazione italiana per il notariato*, on line su [www.fondazione-notariato.it](http://www.fondazione-notariato.it)

<sup>534</sup> M. CHITI, *Op. cit.*, s.p.

<sup>535</sup> *Cfr.*, sul punto, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *cit.*, p. 45 ss, per il quale questo problema si riconnette a quello di stampo più generico, inerente alcuni problemi irrisolti del rapporto pubblico-privato all'interno dei quali si colloca la stessa definizione di ente pubblico, «la cui riconoscibilità viene affidata ad una serie di indizi, ognuno dei quali singolarmente insufficiente a definirne la natura». «Né», aggiunge, «l'introduzione della discussa nozione europea di organismo di diritto pubblico può risolvere la questione, in quanto lo scopo della nuova figura è quello di estendere la disciplina degli apparati pubblici al maggior numero possibile di soggetti, a prescindere dalla natura loro attribuita dai singoli ordinamenti nazionali. La principale indicazione di cui tener conto da questa complessa esperienza è – in negativo – la difficoltà di individuare l'ente pubblico in senso soggettivo, proprio perché un'eguale disciplina è applicabile a chi esercita attività di cura degli interessi generali, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto».

La soluzione, anche secondo un orientamento della giurisprudenza, deve essere determinata caso per caso<sup>536</sup>, valutando la struttura e le regole di funzionamento poste dallo Statuto di ogni singola fondazione di partecipazione. Certo è che la risposta positiva al problema si ha quando si riconosce alla fondazione di partecipazione una valenza pubblicistica in quanto caratterizzata da elementi che ne fanno, appunto, un «organismo di diritto pubblico»<sup>537</sup>.

---

<sup>536</sup> Cfr. di recente, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 26/05/2015, n. 2660. Il Giudice, in questa pronuncia, prende posizione relativamente a due aspetti: quello relativo alla nozione di ente pubblico e quello relativo al tema dell'*in house providing*. Relativamente all'ente pubblico, il Consiglio di Stato prende posizione sul fatto che l'ordinamento assumerebbe una nozione di ente pubblico definita come "funzionale e cangiante"; soggetta, cioè, a modificazioni di estensione in considerazione della singola disposizione normativa da applicarsi. Secondo i giudici, infatti, il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa. Sulla nozione di ente pubblico ai fini della verifica del requisito del controllo analogo nell'ambito dell'istituto dell'*in house*. La nuova direttiva 2014/24/UE, nonostante il suo contenuto in alcune parti dettagliato, non può ritenersi *self-executing* in quanto è ancora in corso il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato. Il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la ratio di un determinato regime "amministrativo" previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella ratio richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica. Ne consegue è che è del tutto normale, per così dire "fisiologico", che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all'applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali. Emblematica, in tal senso, è la figura dell'organismo di diritto pubblico, che è equiparato sì all'ente pubblico quando aggiudica contratti (ed è sottoposto alla disciplina amministrativa dell'evidenza pubblica), rimanendo, però, di regola, nello svolgimento di altre attività, un soggetto che tendenzialmente opera secondo il diritto privato. Per un primo commento alla sentenza, v. R. BIANCHINI, *Ente pubblico? E' una nozione funzionale e cangiante*, pubblicato il 23.06.2015 e reperibile su [www.altalex.com](http://www.altalex.com)

<sup>537</sup> Per una ricostruzione, v. E. BARONE, *Definizione di Organismo di diritto pubblico: nozione ed esempio*, in [www.iuresolutio.com](http://www.iuresolutio.com): l'organismo di diritto pubblico, di matrice comunitaria, sia ormai entrato a far parte a pieno titolo della complessa materia amministrativa, andando a delineare un istituto il cui ambito applicativo è rinvenibile essenzialmente nella materia degli appalti pubblici. Figura complessa e di difficile definizione fa la sua prima apparizione nel diritto comunitario, ove ad essere salvata e tutelata è principalmente la "sostanza", a scapito talvolta della "forma"; vuolesi con tale nozione far riferimento a tutti quei soggetti

---

"pubblici", ovvero le cc. dd. amministrazioni aggiudicatrici, tenuti al rispetto delle particolari procedure di evidenza e trasparenza nel campo dei contratti pubblici. Ciò che negli anni è stato strumento di confronto e dialogo è il concetto stesso di "pubblico", alla stregua del quale ritenere applicabile la normativa di settore; seguendo l'esempio comunitario si è oggi sposata una nozione estensiva di organismo di diritto pubblico, riconoscendo pertanto tale attributo anche ad enti che seppur qualificati, a livello formale, dal sistema nazionale come enti di diritto privato, rispettino i requisiti necessari richiesti dal codice degli appalti pubblici e siano, quindi, nella sostanza organismi di diritto pubblico. La definizione normativa è contenuta nel testo dell'art. 3, co 26, del D.lgs. n. 163/2006 ove, in linea con le direttive comunitarie, il legislatore ha provveduto ad identificare tre parametri, tutti necessari, ovvero: 1) l'ente deve essere dotato di personalità giuridica (è evidente, dunque, che rientrano nel concetto di soggettività giuridica anche gli enti di fatto e non solo gli enti regolarmente riconosciuti); 2) l'ente deve essere sottoposto ad un'influenza pubblica dominante (requisito integrato dalla ricorrenza di almeno uno tra tre fattori alternativi: a) finanziamento pubblico maggioritario; b) controllo pubblico sulla gestione; c) nomina da parte delle istituzioni pubbliche della maggioranza dei componenti degli organismi di gestione), 3) l'ente deve essere istituito per soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale (requisito teleologico), dove per "bisogni di interesse generale" devono intendersi tutte quelle necessità, comuni ad una collettività di soggetti, che siano tali da giustificare l'istituzione di un apposito ente sottoposto ad un controllo pubblico dominante, e che non possano trovare soddisfacimento mediante attività aventi scopo di lucro. In presenza di tutti i requisiti qui elencati anche una società mista a capitale pubblico-privato (ad esempio, la RAI) potrà rientrare nella disciplina prevista per gli organismi di diritto pubblico; a rilevare non è, dunque, la forma societaria, quanto piuttosto esclusivamente l'esercizio di un'attività di rilevanza pubblicistica finalizzata alla realizzazione di bisogni di interesse generale (cfr. sul paragrafo Cons. di Stato, sez. V, n. 7393/2010). Contrariamente a questa interpretazione, cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in cit., p. 54, il quale rileva in via generale che «la giurisprudenza amministrativa è ferma nell'affermare che la finalizzazione dell'ente al perseguimento di scopi di interesse pubblico non è condizione sufficiente per definirne la natura pubblicistica, essendo a tal fine indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di "spessore pubblicistico"», richiamando sul punto, nella nota 77, il Consiglio di Stato, sez. VI, 11 settembre 1999, n. 1156; e il Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2012, n. 3820. Quest'ultima reperibile e massimata (sul sito [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it)), nei seguenti termini: «1. Il riconoscimento della natura pubblica di una persona giuridica vale ad individuare la collocazione della stessa in una posizione differenziata da quella propria dei soggetti privati, con la correlata assunzione di poteri e prerogative propri dei soggetti pubblici. Proprio in relazione a ciò, il nostro ordinamento prevede, in forza della disciplina dettata dalla legge 20 marzo 1975, n. 70, che la costituzione e il riconoscimento di enti pubblici possono avvenire esclusivamente in forza di legge. 2. La volontà legislativa di connotare in termini pubblicistici una persona giuridica può essere esplicita, oltre che con una qualificazione espressa, anche con la previsione di indici sintomatici rivelatori della matrice pubblicistica dell'ente. In proposito si deve sottolineare che il mero requisito teleologico della finalizzazione dell'ente al perseguimento di scopi di interesse pubblico, non è condizione sufficiente per la sussunzione del soggetto nel novero degli enti pubblici, essendo all'uopo indispensabile la previsione legale di un regime giuridico di spessore pubblicistico. 3. A fronte dell'espressa qualificazione dell'ente come soggetto di diritto privato e della riconduzione della genesi dell'ente all'esplicazione

La giurisprudenza<sup>538</sup> è concorde nel ritenere che, affinché un soggetto giuridico di diritto privato possa confluire all'interno del settore

---

dell'autonomia di diritto privato degli enti pubblici, non rileva la sussistenza di indici sintomatici della caratterizzazione pubblicistica dell'ente sotto il profilo dell'interesse perseguito, delle fonti di finanziamento e della vigilanza degli enti pubblici fondatori. Detti indici sintomatici, significativi ai fini della qualificazione di un soggetto privato, ai sensi dell'art. 2, comma 26, del codice dei contratti pubblici, come organismo di diritto pubblico nel settore delle procedure di evidenza pubblica in campo contrattuale, non sono idonei a supplire alla mancanza di un fondamento legale della genesi dell'ente pubblico e a sovvertire l'espresso riconoscimento della natura privatistica dell'ente. 4. L'esistenza di controlli da parte di soggetti pubblici e l'ingerenza pubblica nella gestione sono previste anche per le fondazioni di diritto privato dall'art. 25 cod. civ., non soltanto mediante un generico potere di vigilanza, ma anche attraverso la nomina e la sostituzione degli amministratori, di modo che la presenza di membri rappresentanti la pubblica amministrazione in seno agli organi della fondazione ben può essere espressione di quel potere di controllo così penetrante. 5. La revoca e la nomina dei componenti del Consiglio d'amministrazione di un ente privato integrano atti di autonomia privata che non partecipano della natura dei provvedimenti amministrativi e sono regolati, quanto alla loro validità ed efficacia, dalle norme del diritto privato, in guisa da generare rapporti di diritto privato e posizioni di diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario». In senso conforme sulla seconda massima: Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 1999, n. 1156. Sulla quinta massima: Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3892; Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 1999, n. 1156; Id., sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3405.

<sup>538</sup> Sulla qualificazione della fondazione come organismo di diritto pubblico la giurisprudenza è piuttosto ricca. Di recente, Cons. Stato, sez. VI, 03 giugno 2014, n. 2843, pronuncia nella quale il Collegio stabilisce che in presenza di specifici indici rivelatori ad una fondazione può essere riconosciuta la natura di organismo di diritto pubblico anche in assenza dell'inserimento nell'elenco Istat, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 7, 743. Ancora, secondo il T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 8 aprile 2013, n. 861, la nozione di organismo di diritto pubblico di matrice comunitaria, ora recepita dall'art. 3, comma 26, d. lgs. n. 163/2006, prescinde dal formale collocamento di un soggetto nel novero delle persone giuridiche pubbliche o private, ben potendo un ente con personalità di diritto privato essere riconosciuto quale organismo di diritto pubblico. Sul piano funzionale la figura dell'organismo di diritto pubblico è diretta ad intercettare le situazioni di pubblicità reale, così da assoggettare gli atti compiuti da un ente solo formalmente privato al regime proprio degli atti amministrativi, tanto sul piano sostanziale, quanto su quello processuale, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. L'art. 3 del d. lgs. 2006 n. 163 definisce «organismo di diritto pubblico» qualsiasi ente, anche in forma societaria: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (*cf.* in argomento, tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 09 gennaio 2013, n. 66; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; Consiglio di Stato sez. VI 27 dicembre

180

GIOVANNA ROMANO

*Fondazioni di partecipazione e gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*

Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

pubblicistico, debbano essere presenti, simultaneamente, alcune condizioni<sup>539</sup>: deve essere dotato di personalità giuridica; l'organismo deve essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere

---

2011 n. 6835). I parametri connotanti un organismo di diritto pubblico sono rinvenibili in capo ad un soggetto, avente la veste giuridica di fondazione (nella specie Fondazione Ca' D'Industria O.N.L.U.S.), che sia dotato di personalità giuridica, sia istituzionalmente e in concreto diretto ad operare in campo socio assistenziale, senza fini di lucro, prestando assistenza alle fasce più deboli della popolazione. Trattasi con evidenza di finalità pubbliche, idonee a soddisfare l'elemento teleologico della nozione di organismo di diritto pubblico, ossia la destinazione dell'attività alla soddisfazione di esigenze di interesse generale. In particolare, ricorre il parametro del "carattere non industriale o commerciale" dell'attività, allorché nel caso di enti che operino senza scopo di lucro e risulti che i costi sostenuti dallo stesso vengano in concreto sopportati da amministrazioni pubbliche ovvero emerga l'esistenza di relazioni finanziarie tra la ente e amministrazione pubblica che assicurano, secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'ente di cui si tratta. Sussiste il parametro dell'influenza pubblica, quando risulti che l'organo di amministrazione dell'ente, cui spettano i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, sia composto integralmente da membri designati dagli enti pubblici territoriali. Gli atti compiuti da un organismo di diritto pubblico sono atti amministrativi e sono pertanto sottoposti al regime proprio degli atti amministrativi. Ne consegue che l'organismo di diritto pubblico deve essere qualificato quale "amministrazione aggiudicatrice" e, pertanto, da un lato, è sottoposto alle regole contenute nel codice dei contratti pubblici, dall'altro, soggiace alle regole processuali contenute nel codice del processo amministrativo, compresa l'attribuzione nella controversia in esame della giurisdizione al giudice amministrativo.

<sup>539</sup> Secondo il Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 7393 del 12 ottobre 2010: «..Alla stregua della disciplina che regola la materia, confluita da ultimo nell'art. 3, comma 26, d.lgs. n. 163/2006, sono necessarie tre condizioni perché ricorra la figura dell'organismo di diritto pubblico, condizioni che devono ricorrere cumulativamente secondo l'interpretazione data dal giudice comunitario, e precisamente: 1) che l'organismo (anche in forma societaria) venga istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) che sia dotato di personalità giuridica; 3) che la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo di amministrazione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico», in *Corriere Giur.*, 2011, 1, p. 31. In particolare, il Consiglio di Stato esamina la controversia relativa ad un appalto bandito dalla Fondazione Carnevale di Viareggio, impugnato da un privato innanzi al Tar Toscana con ricorso dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione sul presupposto che il soggetto appaltante aveva natura di diritto privato, sottoposto alla disciplina del codice civile e dunque non destinatario delle regole di evidenza pubblica. La V sezione, nel riformare la sentenza del Tar, qualifica al contrario la Fondazione come organismo di diritto pubblico, assoggettato alla normativa pubblicistica in materia di contratti e, pertanto, anche alla giurisdizione del giudice amministrativo. Tra le pronunce precedenti sul paragrafo, *cfr.* Cassazione civile, sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225; Corte di Giustizia, sentenza novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding.

non industriale o commerciale; la sua attività deve essere finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure, ancora, che l'organo di amministrazione o di vigilanza sia costituito da componenti dei quali più della metà sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico<sup>540</sup>.

In relazione a quanto appena affermato è, tuttavia, assai rilevante la recente giurisprudenza della Corte dei conti <sup>541</sup> che, pronunciandosi su una fondazione costituita e partecipata da enti pubblici locali, ribadisce che le

---

<sup>540</sup> Sul paragrafo, cfr. Cassazione Civile, Sezioni Unite, nella sentenza 7 luglio 2011, n. 14958, avuto riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo in merito alla scelta del contraente e alla stipulazione di un contratto d'appalto, ha stabilito che ricorre la figura dell'organismo di diritto pubblico per la fondazione in cui ricorrano tutti e tre i requisiti richiesti dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: a) il requisito personalistico, trattandosi di soggetto dotato di personalità giuridica di diritto privato; b) il requisito dell'influenza dominante del soggetto pubblico, trattandosi di ente privato finanziato dall'Ente pubblico socio, oltre che dotato di organo direzionale a designazione totalitaria di provenienza pubblica; c) il requisito teleologico, trattandosi di ente destinato a realizzare funzioni di carattere generale proprie dell'Ente pubblico socio. A parere del Collegio, il fatto che si tratti di personalità giuridica di diritto privato non è ostativo al riconoscimento della natura di organismo di diritto pubblico, come ha chiarito la Corte di giustizia che, nella sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00, dopo avere ribadito che, alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, alla nozione di organismo di diritto pubblico deve essere data un'interpretazione funzionale, ha affermato che, ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti, è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati e che "il carattere di diritto privato di un organismo non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37...". Come ulteriore argomentazione, la Corte ha sottolineato che "l'effetto utile delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 (...) non sarebbe pienamente preservato qualora l'applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma e il suo regime giuridico rientrano nell'ambito del diritto privato". La giurisprudenza nazionale ha accolto il principio delineato dalla Corte di Giustizia alla cui stregua ha, ad esempio, ritenuto qualificabile come organismo di diritto pubblico, nonostante la personalità giuridica di diritto privato, la Fondazione O.N.A.O.S.I. (Opera Nazionale Assistenza Orfani Sanitari Italiani) (TAR Umbria 4 aprile 2006 n. 204), la Fondazione Accademia Nazionale di S. Cecilia (Cassazione Civile Sez. Unite ordinanza 8 febbraio 2006 n. 2637 e Consiglio di Stato sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3829) e la Fondazione Carnevale di Viareggio (Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2010 n. 7393).

<sup>541</sup> Corte dei conti Lombardia, sez. reg. controllo, 21 gennaio 2013.

fondazioni «come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionali, hanno natura privata e sono espressione organizzativa delle libertà sociali, costituendo i c.d. corpi intermedi, collocati fra Stato e mercato, che trovano nel principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione, un preciso presidio rispetto all'intervento pubblico (Corte costituzionale 28 settembre 2003, n. 300 e 301)», né l'obbligo di applicare la normativa pubblicistica in materia di appalti, alla stregua di un organismo di diritto pubblico, incide sulla loro natura giuridica<sup>542</sup>.

In linea generale, dunque, tale modello «non contrasta con la disciplina positiva in quanto il codice civile demanda sostanzialmente all'autonomia privata la definizione degli aspetti organizzativi»<sup>543</sup>.

E', tuttavia, significativa in merito la recente pronuncia della Corte dei Conti, App. I, 16 settembre 2015, n. 486, che ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte dei conti nel caso di illeciti commessi dagli amministratori della fondazione che abbiano arrecato danno a quest'ultima<sup>544</sup>. Infatti, secondo la Prima Sezione d'appello, nonostante la natura privata che solitamente viene affermata, in questo caso le responsabilità inerenti alle fondazioni "in partecipazione", modello organizzativo sempre più adottato per lo svolgimento di servizi o di attività di interesse dell'Ente pubblico, sono state

---

<sup>542</sup> Sul punto, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in cit., p. 54.

<sup>543</sup> Così, A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in cit., p. 395 ss., il quale (nella nota 6) richiama, a sua volta, A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in *Fondazioni di partecipazione*, a cura della Fondazione italiana per il notariato, Milano, 2007, p. 21 ss.

<sup>544</sup> In senso conforme, cfr. Corte dei conti Lazio, sez. giuristi., n. 758 del 13.11.2013 secondo cui sussiste la giurisdizione della Corte in relazione ai danni cagionati dagli amministratori a una fondazione di partecipazione che, se anche è disciplinata di diritto privato, in realtà sia da considerare organismo di diritto pubblico poiché è stata costituita da amministrazioni pubbliche e svolge i compiti e le competenze di un ente pubblico al quale è subentrata (nella specie si trattava di una Fondazione subentrata a un'azienda universitaria).

attratte nell'area dell'azione pubblica spettante al Pubblico ministero contabile<sup>545</sup>.

Solitamente, la fondazione *de quo* è atteggiata in modo tale da abbinare al connotato tipico ed essenziale della fondazione (la predeterminazione di uno scopo da parte di uno o più fondatori, con conseguente sua immodificabilità) altri che echeggiano quelli propri delle associazioni (una base lato *sensu* associativa ed un'ampia discrezionalità organizzativa e gestoria, col solo limite del rispetto dello scopo, e con poteri per lo più ripartiti fra un organo di gestione uno di indirizzo); ed è utilizzabile e utilizzata anche per l'esercizio di attività imprenditoriali, tanto che si parla di fondazioni

---

<sup>545</sup> In proposito, recentemente, la Corte di cassazione a Sezioni Unite aveva statuito che rientrava nella giurisdizione del giudice ordinario l'accertamento della responsabilità del Direttore generale della fondazione Federico II di Napoli, organismo che fra i soggetti costitutori vedeva la presenza di Enti pubblici, in base alla considerazione che anche nei confronti degli organismi partecipati da Enti pubblici valgono le ordinarie regole di accertamento della responsabilità previste dal codice civile (Cass. civ. Sez. un. 2 settembre 2013, n. 20075). Tuttavia, la sentenza in esame, con un'ampia ed articolata motivazione, ha evidenziato le ragioni opposte che militavano in favore dell'applicazione delle regole sulla responsabilità contabile. E' stato evidenziato, quindi, che l'esame dell'atto costitutivo e dello Statuto evidenziavano che "le funzioni svolte sono di interesse pubblico; 2) la gestione della fondazione in esame è soggetta a direzione e controllo da parte dell'ente pubblico fondatore (e dagli altri soci pubblici, che comunque costituiscono la maggioranza dei componenti); 3) gli organi di amministrazione, direzione e vigilanza sono costituiti da membri nominati in prevalenza dagli enti pubblici di cui innanzi; 4) l'attività è finanziata (direttamente o indirettamente) in modo maggioritario da enti pubblici". Gli indici riportati sopra hanno portato i giudici contabili a ritenere che sia opinabile ritenere privata la natura di una fondazione che presenti le caratteristiche appena richiamate. In ogni caso, è sottolineato nella sentenza che anche qualora si ritenesse privata la natura della fondazione occorrerebbe verificare quali siano le funzioni per le quali è stata costituita, con la conseguenza che se l'organismo svolge funzioni di pubblico interesse mediante l'impiego di risorse da qualificare come pubbliche si avrebbe comunque un "conseguente incardinamento della giurisdizione contabile per ipotesi di danni ingiusti arrecati all'ente per effetto di una non corretta gestione delle relative risorse". In sostanza, la magistratura contabile, nonostante una posizione più rigida della Corte di cassazione, è ferma nel ritenere che debbano essere perseguite in sede di responsabilità amministrativa le condotte tenute da organismi costituiti da Enti pubblici, che utilizzino risorse pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse pubblico. A questo riguardo il caso della fondazione assume rilievo centrale in considerazione del crescente ricorso da parte degli Enti locali a questo modello organizzativo (tratto da [www.self-entilocali.it](http://www.self-entilocali.it))



“operative”, in contrapposizione alle tradizionali fondazioni “di erogazione” (del patrimonio destinato dai fondatori)<sup>546</sup>.

La rilevanza dell'aspetto personale viene garantita attraverso previsioni statutarie che consentono il coinvolgimento nella gestione, non solo del fondatore (ovvero dei fondatori), ma anche di eventuali partecipanti, mediante la previsione della loro presenza negli organi dell'ente.

A fianco dei fondatori, quindi, lo statuto può prevedere apporti patrimoniali o di lavoro o di volontariato successivi alla nascita dell'ente, facendo conseguire a questi soggetti – non fondatori, ma partecipanti – alcuni poteri nell'ambito dell'organizzazione, anche ai fini del rinnovo degli organi di amministrazione.

Sul piano organizzativo, la mancanza di una disciplina normativa, nonché la rilevanza dell'autonomia statutaria, non consentono di delineare, in linea generale e astratta, un assetto costante della figura soggettiva fondazionale, ferma restando la ricorrenza degli elementi essenziali sopra descritti per individuare nel caso specifico l'appartenenza al modello generale.

In particolare «la fondazione di partecipazione – i cui caratteri non sono tipizzati dal legislatore – presenta, oltre alla finalità non lucrativa (da intendere non come impossibilità di conseguire utili ma come impossibilità di ripartire fra i propri membri gli eventuali utili, dovendoli reimpiegare al servizio dello scopo istituzionalmente perseguito), una grande flessibilità organizzativa»<sup>547</sup>.

Ciò che tuttavia caratterizza la fondazione di partecipazione quale *species* è, si ripete, la rilevanza giuridica che assume la componente personale, la quale di

---

<sup>546</sup> Così C. IBBA - F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione per la gestione di prodotti e servizi turistici*, in cit., pp. 171-184; cfr., G. P. BARBETTA, *Le fondazioni. Il motore finanziario del Terzo settore*, cit., p. 50 ss.

<sup>547</sup> Così C. IBBA - F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione*, cit., p. 181

per sé non è illegittima<sup>548</sup> e si riverbera nei suoi organi<sup>549</sup>. Con il che si pone, in un certo senso, fine al ricorrere – in questo modello – del tradizionale criterio del “distacco” del fondatore dall’ente<sup>550</sup>; principio che, come noto, ha invece ampiamente qualificato il modello della fondazione tradizionale.

A ciò, si aggiunge che «la distinzione fra associazione e fondazione viene rinvenuta nella possibilità degli organi dell’ente di incidere anche in senso modificativo sugli scopi dell’ente stesso; possibilità che è presente nelle associazioni e non nelle fondazioni (che conservano così la caratteristica della “destinazione di un patrimonio ad uno scopo”）」<sup>551</sup>.

---

<sup>548</sup> M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in G. IUDICA (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano, 2003, p. 275, secondo il quale vi sarebbero dati normativi in grado di confermare «la compatibilità con il modello fondazionale di differenziazioni di struttura, che ne salvaguardano i caratteri essenziali. Pure l’autonomia privata nell’istituire una fondazione può introdurre varianti al modello prefigurato dal codice, ferma la centralità dell’organo di governo».

<sup>549</sup> Cfr. A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in cit., p. 398. In generale, il modello organizzativo della fondazione di partecipazione si compone di: a) il *Consiglio generale* (o *di indirizzo*), al quale partecipano sia i fondatori che i sostenitori, con il compito di deliberare gli atti essenziali della vita dell’ente; b) il *Consiglio d’amministrazione* (o *di gestione*), che provvede ad amministrare e gestire la fondazione di partecipazione nel rispetto dei criteri di buon andamento (efficienza, efficacia ed economicità), rimanendo nell’ambito dei programmi approvati dal Consiglio generale; c) l’*Assemblea di partecipazione* (o *Collegio dei Partecipanti*), organo consultivo in cui si riuniscono i soli aderenti, privo di poteri gestionali ma dotato di un ruolo di punta nella presentazione di proposte; d) il *Presidente* della fondazione (nonché Presidente del Consiglio generale, del Consiglio di Amministrazione e del Collegio scientifico), che possiede la legale rappresentanza dell’ente di fronte ai terzi; e) il *Collegio scientifico*, organo con funzione tecnico-consultiva di supporto al Consiglio generale; f) il *Collegio dei revisori dei conti*, organo contabile che vigila sulla gestione finanziaria della fondazione, ne accerta la regolare tenuta delle scritture contabili ed esamina le proposte di bilancio preventivo e di rendiconto economico e finanziario, redigendo apposite relazione ed effettuando verifiche di cassa; g) l’*Organo di sorveglianza*, che controlla la rispondenza dell’operato della fondazione di partecipazione allo Statuto ed al pubblici interesse ed è composto esclusivamente da rappresentanti di enti pubblici. Si tratta di un organo interno alla fondazione, ma indipendente da essa, il che gli consente di adempiere con maggiore obiettività alla sua funzione di vigilanza e controllo.

<sup>550</sup> Sul punto, cfr. Corte dei conti (sez. Lombardia), delibera n. 279 del 5.11.2014, in cui viene messo in risalto che accanto alla fondazione si è andata affermando nella prassi la “fondazione di partecipazione” che consente un maggiore controllo sulla governance da parte del fondatore e dei contributori, che possono confluire in un organo assembleare, assente nel modello tradizionale, a fronte dell’obbligo di contribuire al suo funzionamento.

<sup>551</sup> Così C. IBBA – F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione*, cit., p. 181

Uno degli aspetti più dibattuti relativi al rapporto tra fondazione e associazione riguarda la possibilità che, tra gli istituti, si possa assistere alla trasformazione di una associazione in fondazione e viceversa, e ciò per non favorirne la definitiva estinzione e per tutelare l'interesse del fondatore nonché quello dei partecipanti. Ma sebbene sia una ipotesi enunciata da una parte della dottrina<sup>552</sup>, di fatto vi è un recente parere del Consiglio di Stato<sup>553</sup> che lo negherebbe.

---

<sup>552</sup> E. BELLEZZA . F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, cit., p. 97 ss. , in ciò procedendo per via analogica rispetto a ciò che succede tra una società di capitali e un'associazione riconosciuta.

<sup>553</sup> Il Consiglio di Stato, sez. I, par. 30 gennaio 2015, n. 296, esprime - su richiesta del Ministero dell'interno, a seguito della sentenza T.A.R. Milano n. 445 del 13 febbraio 2013 parere negativo in ordine alla possibilità di trasformazione diretta da associazione a Fondazione. La pronuncia del TAR Milano, favorevole alla trasformazione diretta, si era posta, per la prima volta, in contrasto con la costante interpretazione della giurisprudenza amministrativa che aveva negato la ammissibilità della trasformabilità diretta delle associazioni riconosciute (T.A.R. Toscana, n. 5802/2004; T.A.R. Lazio, ord. n. 460/2009) o non riconosciute (T.A.R. Piemonte n. 781 del 29.06.2012 e T.A.R. Toscana n. 1811 del 09.11.2011) in fondazione. Dopo aver richiamato le argomentazioni favorevoli (espresse dalla dottrina e dalla prassi notarile) e contrarie (espresse dalla giurisprudenza amministrativa e dall'Avvocatura di Stato) alla trasformabilità, il Consiglio di Stato - come già avvenne con il parere n. 288 del 20 dicembre 2000, posto a fondamento delle citate pronunce negative, ancorché reso prima della riforma del diritto societario - esprime nuovamente la propria adesione alla tesi della tassatività delle fattispecie trasformative previste dagli artt. 2498 e ss., c.c., con la conseguenza che non potrebbe mai darsi una trasformazione diretta fra enti del libro I del codice. Secondo il Consiglio di Stato, il legislatore, nel disciplinare le sole ipotesi da o verso enti societari, non ha codificato esplicitamente un rapporto di regola/eccezione, ma si è limitato a prevedere alcuni casi di trasformazione eterogenea, impiegando un metodo casistico e selettivo, così facendo implicitamente riferimento alla disciplina generale dell'ente interessato dalla trasformazione, integrata per gli enti non lucrativi dal d.P.R. n. 361/2000. «In tale quadro» prosegue il parere «gli artt. 2500-septies e octies c.c. rappresentano una deroga, dettando una normativa di favore per la trasformazione diretta, che non può applicarsi alle ipotesi non espressamente contemplate, per le quali riprende vigore la disciplina generale. Ciò implica l'inammissibilità della trasformazione diretta da associazione a fondazione, poiché il procedimento normativamente previsto per la costituzione della fondazione è incompatibile con la preesistenza di una struttura associativa, in particolare con l'art. 3, comma 1, d.P.R. 361/2000, secondo cui "Ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo"». Ancora una volta, dunque, la giurisprudenza amministrativa mostra di aderire alla tesi della tassatività delle fattispecie trasformative, richiamando l'argomento secondo cui "non può esservi transizione diretta dal modello

Dunque, «la fondazione di partecipazione presenta le seguenti caratteristiche: a) vincolo di destinazione del patrimonio ad uno scopo predeterminato, generalmente di utilità sociale e comunque non lucrativo (nel senso sopra illustrato); b) base corporativa che può anche essere inizialmente unipersonale; c) struttura organizzativa tale da attribuire ai partecipanti poteri amministrativi e di controllo, ma con la possibilità di graduare i poteri dei partecipanti in funzione della loro natura (enti pubblici o comunque soggetti esponenziali di interessi di una collettività) e/o dell'entità del loro apporto»<sup>554</sup>.

### 3.1 (segue) Il «fondo patrimoniale».

Tra le peculiarità della fondazione di partecipazione vi è, indubbiamente, anche l'assetto patrimoniale, fondamentale perché l'ente possa venire ad esistenza.

Si fa riferimento ad un «fondo»<sup>555</sup> costituito dai conferimenti che i soci versano nel momento della costituzione dell'ente e che, secondo i fautori del modello, assume la consistenza di un «patrimonio a formazione

---

dell'associazione a quello della fondazione, in quanto i due schemi non sono tra loro permeabili perché fondati su presupposti totalmente diversi tra loro ai quali l'ordinamento ricollega un determinato assetto di poteri, di garanzie e di controlli che assumono differente significato alla luce della volontà associativa o fondativa" (già espresso nel parere n. 288 del 20 dicembre 2000). Argomento che, invero, non sembra tener conto di due fattori: da un lato il progressivo avvicinamento fra schema fondazionale e schema associativo (come dimostra la vicenda delle fondazioni di partecipazione) e, dall'altro lato, per lo meno per le associazioni riconosciute, la sussistenza del medesimo controllo di tipo pubblicistico. Sembrerebbe, quindi, che alla luce di questo parere le strade per approdare dallo schema associativo a quello fondazionale non possano più esser "dirette", ma si debba passare o per il percorso estinzione – costituzione *ex novo*, o per la preventiva trasformazione (*ex art. 2500-octies*, c.c.) in società da cui poi accedere (*ex art. 2500-septies*, c.c.) alla fondazione (tratto da A. RUOTOLO, *Trasformazione da associazione in fondazione*, il 17 marzo 2015, reperibile al sito <http://www.abbruscatonotaio.com/component/content/article/50-nuovo-archivio/1760-trasformazione-da-associazione-in-fondazione>).

<sup>554</sup> Così C. IBBA – F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione*, cit., p. 182.

<sup>555</sup> v. A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in cit., p. 400.

progressiva»<sup>556</sup>, in cui, cioè, donazioni successive vanno ad aggiungersi alle iniziali liberalità dei fondatori.

Pertanto l'asse patrimoniale della fondazione di partecipazione sarà formato da: a) un «fondo di dotazione», intangibile e soggetto ad ampliamento nel corso del tempo, «costituito dai conferimenti dei fondatori e dei partecipanti consistenti in denaro, beni mobili od immobili o altre utilità impiegabili per il perseguimento degli scopi della fondazione»<sup>557</sup>; b) un «fondo di gestione», utilizzato per l'attività corrente della fondazione e per il perseguimento degli scopi statutari, «costituito dalle rendite del patrimonio e dai proventi che derivano dall'attività della fondazione, nonché da ogni altro introito (donazioni, contributi pubblici, contributi volontari dei fondatori o dei partecipanti) che sia specificamente destinato alla gestione»<sup>558</sup>.

Su quest'ultimo aspetto va altresì precisato che i contributi dei fondatori o dei partecipanti possono consistere anche in prestazioni di opera o di servizi<sup>559</sup> purché resi a titolo gratuito<sup>560</sup> e per il mero raggiungimento dello scopo.

### 3.2 (segue) *La costituzione della fondazione di partecipazione.*

L'atto con il quale si costituisce la fondazione di partecipazione è il c.d. atto di fondazione, al quale può essere allegato lo Statuto, e che risulta «composto

---

<sup>556</sup> E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Fondazioni di partecipazione e riscoperta delle comunità*, in *Fondazioni di partecipazione. I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 36.

<sup>557</sup> A. POLICE, *Op. cit.*, p. 400.

<sup>558</sup> A. POLICE, *Op. cit.*, p. 400.

<sup>559</sup> S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., p. 331 ss.

<sup>560</sup> La possibilità di effettuare una prestazione d'opera a titolo oneroso è configurabile generalmente nei rapporti di tipo associativo, laddove si acquista un diritto di partecipazione idoneo a soddisfare in via diretta un interesse patrimoniale dell'apportante medesimo ed avente, ad un tempo, incidenza sul patrimonio comune. In merito, *cfr.* A. SANTUARI, *Le Onlus. Profili civili, amministrativi e fiscali*, 2007, p. 132.

da due negozi distinti: il negozio di fondazione, diretto alla nascita del nuovo soggetto giuridico e funzionalmente collegato con il riconoscimento della persona giuridica; e il negozio di dotazione, mero atto di disposizione patrimoniale accessorio al primo»<sup>561</sup>.

In esso dovranno essere indicati: lo scopo, il patrimonio, la sede e anche le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione.

Poiché sappiamo che la fondazione di partecipazione ha una struttura «aperta», è facile comprendere come l'atto che sta alla base della costituzione della fondazione può ben essere configurato come un «contratto plurilaterale con comunione di scopo che può ricevere l'adesione di altre parti oltre a quelle originarie, ai sensi dell'art. 1332»<sup>562</sup>.

Assodata la natura privatistica dell'istituto in esame, esso acquisisce la personalità giuridica ai sensi del d. P. R. n. 361/2000; pertanto, affinché venga legalmente riconosciuta è necessaria l'iscrizione nel registro delle imprese, istituito presso le prefetture<sup>563</sup>.

Secondo l'iter procedimentale che è necessario seguire per poter addivenire alla costituzione di una fondazione di partecipazione, una volta stipulato l'atto costitutivo, manifestazione della volontà di creare l'ente, questo va redatto in forma pubblica<sup>564</sup> (dinanzi ad un notaio) e deve contenere gli elementi previsti dall'art. 16 c.c.<sup>565</sup>.

---

<sup>561</sup> A. POLICE, *Op. cit.*, p. 399.

<sup>562</sup> A. POLICE, *Op. cit.*, p. 399.

<sup>563</sup> A. POLICE, *Op. cit.*, p. 399.

<sup>564</sup> Art. 14 c.c., (Atto costitutivo) – 1. Le associazioni e le fondazioni devono essere costituite con atto pubblico. 2. La fondazione può essere disposta anche con testamento.

<sup>565</sup> Art. 16 c.c. (Atto costitutivo e statuto. Modificazioni) - L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. Devono anche determinare, quando trattasi di associazioni, i diritti e gli obblighi degli associati e le condizioni della loro ammissione; e, quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite. L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni,

Ad esso si allega lo Statuto, quale atto generale che contiene l'insieme delle regole che disciplinano la vita dell'ente e le relazioni tra organi interni ed ambiente esterno. La Prefettura rilascia una ricevuta che attesta la data di presentazione della domanda.

Il riconoscimento avviene successivamente alle verifiche effettuate dalla Prefettura ai sensi del comma 3 (d. P. R. n. 361/2000), al fine di accertare che siano state soddisfatte «le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo», precisando anche che la consistenza del patrimonio deve essere dimostrata da idonea documentazione allegata alla domanda.

La richiesta di riconoscimento avvia un procedimento amministrativo che deve concludersi entro 120 giorni, salvo la necessità di integrazione dei documenti, per la quale la fondazione (nelle persone dei richiedenti) riceverà motivata comunicazione e a seguire della quale, nei 30 giorni successivi, dovranno essere presentate memorie e documenti<sup>566</sup> da parte dei richiedenti. Qualora nei successivi 30 giorni il Prefetto non procederà all'iscrizione della fondazione oppure non comunica ai richiedenti un motivato diniego, la richiesta di iscrizione e, quindi, di riconoscimento della fondazione si intende negata.<sup>567</sup>

#### 4. *Fondazioni di partecipazione e fondazioni «pubbliche».*

Il fenomeno delle fondazioni di partecipazione «ha ricevuto significativo impulso proprio in ragione del ricorso a tale strumento per perseguire

---

anche quelle relative alla loro trasformazione (28). Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono essere approvate dall'autorità governativa nelle forme indicate nell'art. 12 (att. 4).

<sup>566</sup> d. P.R. n. 361/2000, comma 6.

<sup>567</sup> A. POLICE, *Op. cit.*, p. 400 ss.

interessi pubblici istituzionali, da un lato alla stregua del principio di sussidiarietà orizzontale, dall'altro in ragione della necessità di reperire risorse finanziarie private mediante la creazione di una rete di rapporti tra soggetti inseriti nella struttura organizzativa dell'ente»<sup>568</sup>.

La casistica delle fondazioni in esame vede una ampia ed eterogenea gamma di situazioni relative agli enti pubblici che vi partecipano; con rilevanti effetti per la disciplina applicabile.

La partecipazione di soggetti pubblici in seno a (ovvero la costituzione, da parte di soggetti pubblici, di) fondazioni di partecipazione pone problemi in ordine alla natura giuridica (sostanziale) dell'ente fondazionale, pur nella generalità dei casi "dichiarata", in sede normativa o istitutiva, "di diritto privato"<sup>569</sup>.

La questione si pone non solo con riguardo alla eventuale qualificazione come organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina sugli appalti, ma, più in generale, come riconoscimento della sostanziale natura pubblica di siffatto ente formalmente di diritto privato<sup>570</sup>.

La dottrina, al riguardo, distingue tre ipotesi diverse, a seconda della presenza e del grado di intensità della componente pubblica, in grado di incidere sui caratteri degli enti: *a)* le fondazioni a base privata che derivano dalla trasformazione di soggetti privati, in cui la forma privata coincide con il dato sostanziale della privatezza dell'iniziativa del finanziamento e del beneficio, garantita sul piano dell'autonomia statutaria e gestionale<sup>571</sup>: tali fondazioni si collocano nell'ambito delle formazioni sociali costituzionalmente protette nell'art 2 Cost. (ad esempio le fondazioni bancarie); *b)* le fondazioni a partecipazione privata "che producono un bene

---

<sup>568</sup> *Ibidem*.

<sup>569</sup> A. POLICE, *Op. cit.*, p. 401.

<sup>570</sup> *Ibidem*.

<sup>571</sup> G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 573.



collettivo o di merito e mirano a coinvolgere i privati nel capitale e nella gestione: questa categoria comprende fondazioni di diritto privato derivanti dalla trasformazione di enti pubblici, anche al fine di facilitare la partecipazione dei privati al finanziamento e alla gestione delle attività; c) le fondazioni strumentali all'ente pubblico fondatore: e' il caso delle fondazioni derivanti da processi di esternalizzazione, che operano esclusivamente nell'interesse degli enti di riferimento, ove la partecipazione dei privati è soltanto eventuale e non costituisce comunque l'obiettivo principale del ricorso alla fondazione, concepito piuttosto come uno strumento funzionale al buon andamento dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione<sup>572</sup>.

La fondazione di partecipazione può essere quindi il «frutto della trasformazione per legge di precedenti enti pubblici; oppure l'esito della decisione dell'ente pubblico di "esternalizzare" servizi ed attività in precedenza svolte direttamente con le proprie strutture. Ancora, l'ente pubblico può essere il promotore, inizialmente anche esclusivo, della fondazione per iniziative di pubblico interesse. L'ente pubblico, eventualmente anche con altre amministrazioni, può partecipare a fondazioni già costituite»<sup>573</sup>.

In tutti i casi considerati, il diritto applicabile alle fondazioni di partecipazione risente in varia misura della presenza dell'ente pubblico; nei casi di massima contiguità della fondazione con la parte pubblica, la forma giuridica privatistica può rivelarsi "un mero contenitore"<sup>574</sup>.

Parte della dottrina propone, pertanto, di espungere alcune ipotesi di fondazione dalla categoria (privatistica) della fondazione di partecipazione:

---

<sup>572</sup> G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in cit., p. 579 ss.

<sup>573</sup> M. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in cit., 37 ss.

<sup>574</sup> M. CHITI, *Op. cit.*, p. 37 ss, parla, letteralmente di «guscio vuoto».

anche ove siano “partecipate”, queste rimangono soggette a penetranti poteri di indirizzo e controllo pubblicistici. Per tale motivo, rispetto a queste ultime è oggi dominante tra gli studiosi del diritto amministrativo la qualificazione di “fondazioni di diritto pubblico”<sup>575</sup>.

##### 5. *Le fondazioni in ambito culturale: buone pratiche.*

La prassi applicativa nel settore culturale mostra una grande varietà di forme fondazionali, tali da interessare tutte e tre le diverse tipologie poc'anzi illustrate. E' utile, pertanto, passare in rassegna alcune esperienze particolarmente significative<sup>576</sup>.

##### ***Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino***

La Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino, costituitasi ufficialmente il 6 ottobre 2004, rappresenta il primo esperimento di costituzione, da parte dello Stato, di uno strumento di gestione museale a partecipazione privata. Soggetti promotori, oltre al Mibac, sono la Regione Piemonte, la Provincia di Torino, la Città di Torino, la Compagnia di San Paolo, la Fondazione Cassa di Risparmio di Torino. La partnership intende realizzare una gestione efficiente e dinamica, in grado di attrarre risorse finanziarie dallo Stato, dalle amministrazioni locali e dai privati. I nuovi

---

<sup>575</sup> F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 447; M. CHITI, *La presenza degli enti pubblici*, cit.; A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, cit., pp. 393-412; nella dottrina straniera cfr. M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administracion Pública*, cit., p. 214 ss. Sul punto, cfr. anche G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in cit., p. 91 ss.

<sup>576</sup> Le informazioni che si presentano in questo paragrafo sono tratte da: R. GROSSI (a cura di), *Cultura l'alternativa alla crisi per una nuova idea di progresso - 10° Rapporto annuale. FEDERCULTURE 2014; FONDAZIONE SYMBOLA E UNIONCAMERE, Rapporto 2014 "Io sono cultura – l'Italia della qualità e della bellezza sfida la crisi"*; FEDERCULTURE E FONDAZIONE FLORENS (Rapporto a cura di), *La cultura che vince. Esperienze di successo nella gestione dei beni pubblici*, Firenze, 2012; le schede e i report pubblicati da *Il Giornale dell'arte - Giornale delle Fondazioni*, reperibile al sito [www.ilgiornaledellarte.com/fondazioni](http://www.ilgiornaledellarte.com/fondazioni)

soggetti vengono direttamente coinvolti in un progetto di valorizzazione che mette in primo piano la fruizione dell'immensa collezione, mantenendo la sua tutela statale controllata dalla Soprintendenza. Dopo il Cairo, il Museo Egizio di Torino risulta essere il più importante museo al mondo sulla civiltà egizia e può vantare anche di essere il primo museo egizio della storia, con circa 6.500 oggetti esposti e più di 26.000 reperti depositati nei magazzini. Il Museo è stabilmente, da diversi anni, tra i primi dieci musei più visitati in Italia, con circa 600.000 visitatori ogni anno.

### *Fondazione Torino Musei*

La Fondazione Torino Musei è stata la prima in ambito nazionale a dare attuazione all'art. 35 della Legge Finanziaria 2002, innovando profondamente la disciplina dei servizi pubblici locali. I musei che fanno capo alla Fondazione sono la GAM – Galleria Civica d'Arte Moderna e Contemporanea, Palazzo Madama-, il Museo Civico d'Arte Antica, la Rocca e il Borgo Medievale e il MAO - Museo d'Arte Orientale. La Fondazione gestisce anche la Fiera d'Arte Contemporanea Artissima. Soggetti promotori: Comune di Torino, Regione Piemonte, Compagnia di San Paolo, Fondazione CRT. L'obiettivo generale alla base della creazione della Fondazione è stato quello di accentuare il legame tra la città di Torino e le collezioni che fanno parte del patrimonio dei Musei Civici, migliorando la qualità dei servizi offerti. In particolare si è voluto impostare una politica promozionale unitaria, promuovendo una gestione razionale degli spazi e dei beni in collaborazione con altre realtà pubbliche e private della città, favorendo l'incontro e la collaborazione con istituzioni e musei cittadini, regionali, nazionali ed internazionali coinvolgendo in modo permanente soggetti e istituti privati nelle attività della Fondazione migliorando l'accessibilità dei

servizi di accoglienza e realizzando attività che favoriscano un aumento dell'utenza, attraverso la partecipazione attiva, individuale ed associata dei visitatori. Con questa nuova formula gestionale i Musei Civici torinesi hanno visto un aumento progressivo dell'affluenza del pubblico e un incremento delle attività espositive gestite dalla Fondazione per conto del Comune. Nel 2013 i Musei della Fondazione hanno registrato un incremento del 32% dei visitatori rispetto all'anno precedente anche grazie all'introduzione del biglietto unico per tutti gli istituti (gennaio 2013).

### *Fondazione "La Triennale di Milano"*

La Fondazione "La Triennale di Milano", costituita nel 1999, ha quali soggetti promotori il Ministero per i beni e le Attività Culturali, il Comune di Milano, la Camera di Commercio di Milano, la Regione Lombardia. Ha tra i suoi scopi quello di organizzare esposizioni internazionali e di svolgere e promuovere attività di ricerca, documentazione ed esposizione riguardanti attività e materiali di arte, architettura, urbanistica, arti decorative e visive, design, artigianato, produzione industriale, moda e produzione audiovisiva. La sede storica è ubicata nel Complesso del Palazzo dell'Arte. Nel 2006 è stata aperta la nuova area espositiva della Triennale Bovisa con il Design Museum, il primo museo italiano dedicato al design ed il Teatro dell'Arte. Nel 2009 la Fondazione ha aperto una sede espositiva ad Incheon nella Repubblica della Corea del Sud, denominata "Triennale Incheon".

La crescita della Triennale è stata costante e progressiva, caratterizzata da produzioni sempre di altissimo livello, con grandi mostre, attività didattiche, convegni, seminari, workshop, eventi di comunicazione e iniziative speciali. Nonostante la grave crisi economica internazionale e italiana, la Triennale ha potuto sviluppare comunque un ricco programma di iniziative culturali e di

mostre in larga parte prodotte direttamente grazie ad una capacità di attrazione nei confronti del sistema economico privato. Il record si è avuto nel 2010 con 559 mila biglietti. Nel 2013 ha registrato 508.740 ingressi, oltre 70 mila in più rispetto a quelli dell'anno precedente.

Insieme alla Biennale di Venezia ha invertito la tendenza sul calo d'interesse per l'arte contemporanea.

### ***Fondazione MAXXI – Museo nazionale delle arti del XXI secolo***

Nato per volere del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, il MAXXI (Museo delle Arti del XXI secolo) si propone di essere espressione della creatività dell'Italia contemporanea.

La struttura progettata dall'architetto indiano Zaha Hadid è integrata nel contesto del quartiere Flaminio; è stata recuperata da un'ampia area occupata da edifici militari dismessi, restituiti così ai cittadini.

Il "Centro per la documentazione e la valorizzazione delle arti contemporanee" istituito nel 1999, ha finanziato la progettazione e la realizzazione, oltre che il funzionamento e l'acquisizione delle prime opere del Museo delle Arti contemporanee e del Museo dell'architettura.

Missione della Fondazione MAXXI è promuovere e sviluppare il senso della continuità, proiettando il passato verso il futuro, cercare di non essere solo sede di esposizione delle opere d'arte del nostro secolo ma luogo di innovazione culturale e sovrapposizione di linguaggi, laboratorio di sperimentazione artistica e macchina per la produzione di nuovi contenuti estetici.

Aperto al pubblico ufficialmente il 30 maggio 2010, nel 2013 ha registrato la presenza di 300.000 visitatori, più del 40% rispetto al 2012, con una offerta

culturale di 37 mostre e 272 eventi, 110.000 contatti in rete e un aumento del 30% delle sponsorizzazioni.

### ***Fondazione Barumini Sistema Cultura***

Il piccolo Comune di Barumini (1.339 abitanti) nell'entroterra sardo, ospita nel proprio territorio il monumento "Su Nuraxi di Barumini", inserito nel 1997 dall'Unesco nella Lista del Patrimonio dell'Umanità.

La Fondazione Barumini Sistema nasce nel dicembre 2006 su iniziativa del Comune con il chiaro intento di dare una svolta alla gestione dei beni culturali nel territorio di Barumini.

Con la creazione della Fondazione, nuovo soggetto giuridico interamente partecipato dal Comune, si sono poste le basi per una completa rivisitazione dell'impianto gestionale dello straordinario sito nuragico, affermando un più esplicito orientamento alla fruizione e favorendo una nuova qualità della crescita economica del territorio centrata sulla valorizzazione in chiave turistica del patrimonio culturale.

Grazie al nuovo impulso impresso dalla Fondazione Barumini, il sito Unesco viene visitato ogni anno da circa 100mila persone mentre, con l'apertura della Scuola di Scavo e Restauro Archeologico, il sito é divenuto anche un polo di ricerca e studio specialistico aperto agli studenti e laureati europei e del bacino del Mediterraneo.

### ***Fondazione Maria Adriana Prolo – Museo Nazionale del Cinema***

La Fondazione deve il suo nome alla professoressa Maria Adriana Prolo, esperta di cinema, che nel 1941 ottenne il permesso di realizzare una mostra sull'allora pionieristico mondo del cinema.

La Fondazione che gestirà la grande struttura, posta all'interno della Mole Antonelliana, nasce invece nel 1991: Enti promotori: la Regione Piemonte, la Provincia di Torino, la Città di Torino, la Compagnia di San Paolo, la Fondazione CRT, l'Associazione Museo Nazionale del Cinema.

Il museo conserva una importante collezione di manifesti cinematografici, di pellicole ed una biblioteca in costante ampliamento. Molti sono i progetti che gravitano intorno a questa realtà, a partire da quelli scolastici, dedicati ai giovani e alle famiglie. Il Museo Nazionale del Cinema di Torino, con i suoi 3200 metri quadrati distribuiti su 5 piani può essere considerato il museo con la maggiore estensione in altezza del mondo. Numerosi sono i festival dedicati al cinema ospitati dalla Fondazione, tra cui il Torino Film Festival che richiama in città molti visitatori. E' divenuto il più visitato dei musei torinesi e uno dei primi in Italia. Secondo i dati del 2013, il Museo ha registrato la presenza di 568.000 visitatori.

### *Fondazione Musica per Roma*

La Fondazione Musica per Roma nasce nel 2004. Fondata dal Comune di Roma, che ha conferito alla Fondazione in concessione d'uso per 99 anni l'immobile Auditorium Parco della Musica, inaugurato alla fine del 2002, dalla Camera di Commercio, dalla Provincia di Roma e dalla Regione Lazio, la Fondazione ha un fondo di dotazione conferito per il 51% da Roma Capitale e da altri enti locali e soggetti pubblici.

L'Auditorium costituisce lo spazio culturale – che si sviluppa su un'area di 55.000 mq ed offre oltre 7.800 posti – ove la Fondazione Musica per Roma, nell'ambito della gestione delle iniziative, ha sviluppato un'offerta polivalente: ai concerti di musica sinfonica e cameristica associa la programmazione musicale più varia, dal jazz, al pop, al rock, sono ospitate

anche prime cinematografiche, rappresentazioni teatrali, mostre d'arte e performance letterarie. Risposta rilevante da parte del pubblico: ogni anno in media più di 2 milioni di persone, tra spettatori e visitatori, frequenta il complesso delle iniziative offerte dall'Auditorium. Importanti e positivi anche i risultati di bilancio della Fondazione che attraverso una gestione manageriale efficace ed una crescente capacità di fund raising ha raggiunto ormai una quota di autofinanziamento delle proprie attività vicina al 70%. Anche nel 2013 il l'Auditorium ha registrato un aumento di circa l'11%.

### *Fondazione Musei Civici di Venezia-MUVE*

La Fondazione Musei Civici di Venezia è stata istituita con delibera del Consiglio Comunale di Venezia il 3 marzo 2008, al fine di gestire e valorizzare l'immenso patrimonio culturale e artistico dei Musei Civici di Venezia. Operativa dal settembre 2008, è configurata come una fondazione di partecipazione, con il Comune di Venezia come unico socio fondatore che favorisce l'aggregazione dei soci partecipanti, pubblici e privati, i quali contribuiscono alla vita della fondazione, sostenendone e condividendone le finalità istituzionali.

La Fondazione gestisce e promuove un sistema museale ricco ed articolato, complesso ed economicamente sano formato da 32 sedi museali (a gennaio 2014 è entrato a far parte della Fondazione il Museo Storico Navale dell'Arsenale) e che gode di una totale autonomia amministrativa e gestionale, facente capo al Consiglio di Amministrazione.

Numerose le partnership come quella con la casa di moda Louis Vuitton. Nel 2014 la Fondazione ha ricevuto il I PREMIO CULTURA + IMPRESA del Comitato no profit CULTURA + IMPRESA, prima edizione, fondato da Federculture e da The Round Table, per la realizzazione del primo percorso



espositivo permanente sul profumo in Italia all'interno del Museo di Palazzo Mocenigo.

Da questo sistema non partono solo le tradizionali proposte di musealità consolidata (ricovero, conservazione, studio, valorizzazione) bensì uno straordinario insieme di servizi culturali declinati in diversi aspetti e temi: ricerca, formazione, creatività, specializzazione, tutela, divulgazione, didattica, comunicazione.

Al centro, per tutti, sono la qualità dell'offerta, l'attenzione alla domanda sociale, l'alta valenza educativa ed etica, nell'equilibrio economico.

### ***Fondazione Romaeuropa Arte e Cultura***

Nata nel 1984 come Associazione degli Amici di Villa Medici, frutto di un'iniziativa italo-francese, è stata trasformata in una Fondazione il 7 febbraio 1990, ricevendo il riconoscimento della personalità giuridica il 30 aprile 1992 con Decreto del Ministero del Turismo e dello Spettacolo.

Attualmente è sotto la tutela del Ministero per i Beni e le Attività Culturali. La Fondazione Romaeuropa opera sotto l'Alto Patronato della Presidenza della Repubblica Italiana, con il patrocinio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero degli Affari Esteri ed il sostegno di Roma Capitale, della Regione Lazio, della Provincia di Roma, della Camera di Commercio di Roma, dell'Unione Europea, dell'Università Roma Tre e dei diversi ministeri della cultura europei.

La sua *mission* consiste nell'intercettare le energie del contemporaneo per trasformarle in Arte e Cultura, in esperienze artistiche innovative capaci di esprimere la tensione verso il futuro e di spostare sempre più avanti la frontiera dell'indagine artistica.

Ma anche di creare nuovi modelli di sviluppo e di gestione d'impresa in ambito culturale. Le sue attività principali sono la produzione del Romaeuropa Festival, di Digital Life.

### *Fondazione Brescia Musei*

Brescia Musei, nata come società per azioni nel 2003 per volontà del Comune di Brescia – socio di maggioranza – della Fondazione CAB, della Fondazione ASM e della Camera di Commercio, si trasforma in fondazione di partecipazione nel 2007 per dare continuità di gestione all'innovativa partnership pubblico-privato che ha consentito la riapertura del Museo di Santa Giulia e la progressiva valorizzazione di Brescia come città d'arte, attraverso un articolato programma culturale ed espositivo.

La Fondazione comprende 5 poli d'attrazione culturale del territorio bresciano: il complesso Santa Giulia Museo della città, l'Area Archeologica del Capitolium, la Pinacoteca Tosio Martinengo, il Museo delle Armi "Luigi Marzoli" e il Museo del Risorgimento. Rappresenta in Italia un progetto pilota per la gestione e la valorizzazione del patrimonio artistico e monumentale.

Scopo di Brescia Musei è quello di gestire queste aree sensibili al fine di creare un polo turistico-culturale che migliori la fruizione del pubblico, di dare vita a spazi espositivi e dedicati alla ricerca, di organizzare manifestazioni che valorizzino i beni ambientali e culturali differenti e promuovere eventi promozionali e ricettivi. Nel giugno 2011, il monastero di San Salvatore - Santa Giulia con l'area archeologica del Capitolium, compresi nel Sito seriale "I Longobardi in Italia. I luoghi del potere (568-774 d.C.)", sono stati riconosciuti dall'Unesco come Patrimonio Mondiale dell'Umanità. Grazie anche all'azione della Fondazione la città di Brescia, ex centro

industriale, ha ricostruito la sua immagine e la sua attrattività puntando sulla cultura fino ad entrare nella lista del Patrimonio dell'Umanità Unesco.

### ***Fondazione Palazzo Ducale di Genova***

La Fondazione Palazzo Ducale, costituita dal Comune di Genova con la partecipazione della Compagnia di San Paolo, della Fondazione CARIGE e della Costa Edutainment S.p.A, nasce con il preciso intento di promuovere la cultura della comunità locale e contribuire al miglioramento delle condizioni socioeconomiche del territorio ligure e genovese in generale. Questa missione è portata avanti grazie alla partecipazione e all'organizzazione di iniziative ed eventi culturali, artistici e sociali di rilevanza locale, nazionale ed internazionale, avvenuta anche in virtù di vantaggiose forme di collaborazione tra pubblico e privato. Il patrimonio culturale di Genova, tangibile ed intangibile, viene gestito con efficienza ed efficacia in coerenza e continuità con la storia della comunità e con le vicende legate alla creazione degli Istituti di conservazione e di ricerca, dei Musei e di Palazzo Ducale. La Fondazione gestisce anche l'adiacente Torre Grimaldina e le carceri, che sono aperte al pubblico per le visite.

Nel 2013 il Palazzo Ducale ha visto crescere il numero dei visitatori del 47% rispetto al 2012.

### ***Fondazione Palazzo Strozzi***

Soggetti promotori: Comune di Firenze, Provincia di Firenze, Camera di Commercio, Regione Toscana.

La Fondazione Palazzo Strozzi è stata istituita nel 2006 con circa dieci partecipazioni diventati successivamente quarantacinque con l'obiettivo principale di portare a Firenze un approccio internazionale

nell'organizzazione di eventi culturali, fornire una piattaforma per la sperimentazione e un luogo per il dibattito e la discussione, creare nuove sinergie con altri soggetti e diventare un catalizzatore per la cultura in senso lato.

La Fondazione Palazzo Strozzi non rappresenta solo un esperimento di governance, ma anche di innovazione sostenibile. In questi anni la Fondazione ha articolato la propria vocazione a promuovere eventi culturali di livello internazionale e di restituire Palazzo Strozzi a Firenze. La Fondazione ha deciso di espandere le proprie attività inaugurando il Centro di Cultura Contemporanea Strozzi che offre un articolatissimo programma di esposizioni e attività collaterali, uno spazio caffè e servizi multimediali. Nel corso del 2012, la Fondazione ha continuato a perseguire con efficacia le proprie finalità istituzionali sia a livello locale, con l'arricchimento dell'offerta culturale rivolta al pubblico fiorentino sia quella internazionale con l'obiettivo di accrescere l'attrattività di Firenze quale meta turistica internazionale. Le attività culturali organizzate da Palazzo Strozzi hanno coinvolto circa 59 mila persone. Nel corso del 2012 la Fondazione si è focalizzata sull'offerta verso giovani e le famiglie, riuscendo ad aumentare la partecipazione di questi gruppi, oltre che rafforzare le conferenze e attività culturali.

### ***Fondazione RavennAntica***

Soggetti promotori: Comune di Ravenna, Provincia di Ravenna, Arcidiocesi di Ravenna-Cervia, Fondazione Cassa di Risparmio di Ravenna, Fondazione del Monte di Bologna e Ravenna, Università degli Studi di Bologna.

E' una fondazione di partecipazione che conserva, valorizza e incrementa la fruizione dei beni culturali concessi in uso, con i servizi offerti al pubblico

(apertura prolungata, aperture serali estive, visite guidate, laboratori didattici) e il restauro dei beni, per rendere i monumenti luoghi non solo di visita, bensì vivibili attraverso rassegne che coinvolgono altre istituzioni culturali o scolastiche. Promuove la diffusione della conoscenza del patrimonio culturale archeologico e musivo attraverso la sezione didattica LaRa e l'Associazione Amici di RavennAntica. Realizza un Museo con annesso parco archeologico, nel quale sono già attivi alcuni laboratori di restauro del mosaico.

Gestisce, per propria dotazione patrimoniale o attraverso la stipula di apposite convenzioni o concessioni in uso, con l'Arcidiocesi di Ravenna-Cervia, Provincia di Ravenna, Università di Bologna, Direzione Regionale dei Beni Culturali dell'Emilia-Romagna, i seguenti beni: sito archeologico della Domus dei Tappeti di Pietra, Complesso di San Nicolò, Cripta Rasponi e Giardini pensili del Palazzo della Provincia di Ravenna, area archeologica di Classe e il materiale in essa rinvenuto, laboratori didattici del Museo Didattico e del Territorio di S. Piero in Campiano.

Nel 2011 ha preso avvio la mostra permanente "TAMO. Tutta l'avventura del mosaico"; rassegna "Mosaici contemporanei in antichi contesti", nell'ambito della quale alcuni mosaicisti di rilevanza internazionale esporranno, avvicinandosi nei prossimi tre anni, le loro opere.

Dal 2012 opera per la prossima apertura del Museo di Classe, lavorando di concerto con gli Enti preposti sia sul fronte scientifico (dotazione del Museo, conservazione e restauro del deposito archeologico), che su quello turistico (servizi aggiuntivi, di trasporto e di accoglienza).

## 6. *Le fondazioni in ambito culturale: l'evoluzione della disciplina giuridica.*

Il modello della fondazione di partecipazione ha avuto, a partire dagli anni Novanta, un larghissimo impiego soprattutto in ambito culturale.

La fondazione di partecipazione si è rivelata, infatti, lo schema giuridico più appropriato per progetti di sviluppo su base culturale e per iniziative di valorizzazione, anche in ragione della estrema flessibilità organizzativa del modello, sebbene vi sia anche recente giurisprudenza<sup>577</sup> pronta a sostenere il contrario.

La prassi applicativa, in questo settore, abbiamo visto come mostri una grande varietà di forme fondazionali: fondazioni “pubbliche” o “in mano pubblica”, frutto della trasformazione per legge di precedenti enti pubblici ovvero costituite in via esclusiva da (uno o più) enti pubblici per la cura di iniziative di pubblica utilità; fondazioni che rappresentano l'esito della decisione dell'ente pubblico di "esternalizzare" servizi ed attività in precedenza svolti direttamente con le proprie strutture; vere e proprie fondazioni “private”, partecipate o meno da enti pubblici. Risulta così confermata – all'interno dello specifico settore culturale - la grande flessibilità del modello fondazionale.

---

<sup>577</sup> Sentenza Tar Brescia, sez. II, n. 831/2015, secondo cui, nel considerato in diritto, si legge che «la fondazione non pare essere lo strumento più idoneo per la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica (ma, a ben vedere, anche quelli privi di tale rilevanza), in considerazione del fatto che la fondazione, per la sua natura e per l'elemento patrimoniale che la caratterizza, male si concilia con il requisito del “controllo analogo” a quello esercitato sui propri organi/uffici previsto dalla disciplina comunitaria per l'affidamento in house dei servizi. La mancanza della possibilità di esercitare uno stringente controllo sulla fondazione renderebbe, dunque, quest'ultima inidonea alla gestione di qualsiasi servizio ove questo faccia riferimento all'esercizio di una funzione fondamentale o una funzione amministrativa (almeno per ciò che riguarda, secondo diverse sezioni regionali della Corte dei conti, sia i servizi sociali che le attività culturali. Pertanto, i limiti dell'ammissibilità dell'affidamento di servizi come quello socio-assistenziale a una fondazione sono stati individuati dalla Corte dei conti in specifiche clausole statutarie idonee a garantire comunque uno stringente controllo sulla fondazione che assicuri il perseguimento dell'interesse pubblico».

A ciò si deve aggiungere anche un altro fattore e cioè, anche al fine di individuare, tra tali modelli fondazionali, quello più confacente alla soddisfazione del servizio locale, certamente l'eterogeneità di soluzioni organizzative messe a punto in ambito culturale costituisce, in parte, anche una risposta alle oscillazioni degli orientamenti della giurisprudenza (europea, costituzionale, amministrativa, contabile) e alle riforme della disciplina di diritto positivo: ci si riferisce, in primo luogo, alle modifiche apportate nel 2006 al Codice dei beni culturali (vedi infra).

Ma, come sempre, è bene procedere per ordine.

Quando ci riferiamo alle fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali lo facciamo, in verità, a quegli istituti nei quali «la finalità culturale costituisce l'imprescindibile requisito della loro utilità sociale»<sup>578</sup> e, rispetto alle quali, la dottrina<sup>579</sup> tiene a precisare che «quella delle fondazioni culturali non può considerarsi una "categoria", atteso che trattasi di fenomeni autonomi e differenziati tra loro, unificati sotto il profilo teleologico, ossia dello scopo che tali enti perseguono, che deve attenere ad espressioni della cultura, intese nel senso più ampio possibile».

Muovendo dalle origini, l'impiego delle fondazioni *"per la gestione dei servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale"* aveva trovato la «propria fonte normativa originaria all'interno del complesso procedimento di conferimento di competenze amministrative statali alle regioni e agli enti locali operato con il complesso normativo caratterizzato dalle c.d. Leggi Bassanini approvate nel corso degli anni Novanta»<sup>580</sup>.

---

<sup>578</sup> Così S. AMOROSINO, *Le fondazioni culturali "di origine" o "a vocazione" politica*, in *Aedon*, n. 2/2010, s.p. (Rivista di arti e diritto on line), che richiama F. GALGANO, (voce) *Fondazione (dir.civ.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XIV, Roma, 1989.

<sup>579</sup> A. ANGIULI, *Le fondazioni culturali: prospettive e problemi*, in cit., p. 175 ss.

<sup>580</sup> T. PONTIELLO, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato*, cit., p. 322 ss.

In particolare, pare che lo «spunto ispiratore» di tali fondazioni si rinvenisse nella delega<sup>581</sup> conferita al Governo dall'art. 11, comma 1, lett. a) e b) legge 15 marzo 1997 n. 59, avente ad oggetto la razionalizzazione dell'ordinamento dei Ministeri, nonché il riordino degli «enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dalla assistenza e previdenza, le istituzioni di diritto privato e le società per azioni, controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, che operano, anche all'estero, nella promozione e nel sostegno pubblico al sistema produttivo nazionale»<sup>582</sup>.

In particolare, la delega di cui all'art. 11 (l. n. 59/97) «è stata esercitata per istituire e disciplinare organicamente la nuova figura giuridica della “fondazione per la gestione dei beni e dei servizi culturali”, prevista dal D. Lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, recante «Istituzione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59», all'art. 10<sup>583</sup> (dapprima modificato con legge 27 dicembre 2000, n. 289 e

---

<sup>581</sup> T. PONTIELLO, *Op. cit.*, p. 323, sottolinea come «a detta delega si è innanzitutto fatto ricorso per trasformare in fondazioni di diritto civile alcuni enti, operanti in ambito culturale, già esistenti e caratterizzati da una personalità giuridica di diritto pubblico» (come ad es.: l'Istituto Nazionale per il Dramma Antico; la Triennale di Milano; la Biennale di Venezia). «Ma soprattutto» aggiunge «detta delega è stata esercitata per introdurre nel nostro ordinamento nuove figure soggettive, caratterizzate da uno specifico e caratteristico regime giuridico, finalizzate alla “esternalizzazione” delle funzioni amministrative tradizionalmente esercitate in via di fatto dalla Pubblica Amministrazione. In tali ipotesi, dunque, non si assiste alla trasformazione di un ente giuridico già esistente e dotato di personalità di diritto pubblico in un nuovo soggetto avente personalità di diritto privato, bensì alla istituzione ex novo di speciali soggetti giuridici, finalizzati allo svolgimento di un'attività di gestione di beni e servizi di carattere culturale (...) caratterizzati da un regime giuridico speciale, che (...) non è riconducibile allo schema tradizionale della fondazione civilistica, ma risulta fondato dalla contestuale presenza di aspetti privatistici ed elementi dotati di indubbia pubblicità, che danno vita ad un nuovo ed autonomo soggetto “misto” pubblico-privato».

<sup>582</sup> Cfr. T. PONTIELLO, *Op. cit.*, p. 322.

<sup>583</sup> Art. 10 (d. lgs. 368/1998) - *Accordi e forme associative*. 1. Il Ministero ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni e, in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali e ambientali può: a) stipulare accordi con amministrazioni pubbliche e con soggetti privati; b) costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società. 2. Al patrimonio delle associazioni, delle fondazioni e delle società il Ministero può partecipare anche con il conferimento in uso di beni culturali che ha in consegna. L'atto costitutivo e lo statuto delle associazioni, delle fondazioni e delle società debbono prevedere che, in caso di



successivamente abrogato con D. Lgs. 24 marzo 2006, n. 156, recante «Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali)<sup>584</sup>.

In attuazione di questa disposizione, le fondazioni culturali (statali) avevano ricevuto una disciplina generale nel decreto Mibac 27 novembre 2001, n. 491<sup>585</sup>, che, in sostanza, ha configurato gli enti in parola come fondazioni di partecipazione connotate da una assoluta preponderanza del Ministero, che si esplica in penetranti poteri di vigilanza, quali il potere di approvazione delle modifiche statutarie, l'adozione di atti di indirizzo generale, lo svolgimento di ispezioni, etc., i quali possono condurre anche alla sospensione o allo scioglimento degli organi della fondazione e al suo commissariamento. Tanto che per lo più si ritiene che qui ci si trovi di fronte a veri e propri enti pubblici<sup>586</sup>, nonostante che l'art. 1 del decreto n. 491 si apra affermando che *"Il Ministero per i beni e le attività culturali ... può costituire fondazioni aventi personalità giuridica di diritto privato ovvero parteciparvi"*.

Le fondazioni sono state, poi, previste come strumento di gestione «indiretta» della valorizzazione nel testo originario (risalente, cioè, al 2004) dell'art. 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, ove appunto si prevedeva che la gestione potesse avvenire anche tramite *"affidamento diretto a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti,*

---

estinzione o di scioglimento, i beni culturali ad esse conferiti in uso dal Ministero ritornano nella disponibilità di quest'ultimo. 3. Il Ministro presenta annualmente alle Camere una relazione sulle iniziative adottate ai sensi del comma 1.

<sup>584</sup> Cfr. T. PONTIELLO, *Op. cit.*, p. 324.

<sup>585</sup> D. M. 27 novembre 2001, n. 491, recante «Regolamento recante disposizioni concernenti la costituzione e la partecipazione a fondazioni da parte del Ministero per i beni e le attività culturali a norma dell'articolo 10 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368 e successive modificazioni».

<sup>586</sup> Per questo orientamento, cfr. F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in cit., p. 447; S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali*, in *Aedon*, n. 1/2002, s.p. (Rivista di arti e diritto on line); T. PONTIELLO, *Op. cit.*, p. 334.

*costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono".*

Dopo la costituzione della Fondazione del Museo Egizio di Torino<sup>587</sup>, però, le fondazioni c.d. miste, secondo la prevalente dottrina, sembravano destinate a fungere da strumento principe per realizzare forme di collaborazione, o, se si preferisce, di partenariato pubblico/privato nel settore della valorizzazione.

La possibilità di affidamenti diretti della valorizzazione alle fondazioni miste pubblico/privato era sembrata però venire meno quando il d. lg. n. 156 del 2006 ha riscritto l'art. 115, prevedendo come unica forma di gestione indiretta la *concessione a terzi*.<sup>588</sup>

Sembrava che tramite la riscrittura dell'art.115 il legislatore avesse voluto attuare i principi comunitari di concorrenzialità e di concorsualità in modo estremamente rigoroso (andando anche al di là dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario), e, dunque, che le fondazioni miste risultassero ormai ammissibili solo nell'ambito, abbastanza ristretto, cui fa testualmente riferimento l'art. 112 del Codice, *della elaborazione e dello sviluppo dei piani strategici di sviluppo culturale*. Problematica, questa, che merita un debito approfondimento.

---

<sup>587</sup> Il Museo delle Antichità Egizie venne fondato nel 1824 dal re Carlo Felice con l'acquisizione di una collezione di 5628 reperti egizi riunita da Bernardino Drovetti. La sede del Museo è da allora nel palazzo che nel XVII secolo l'architetto Michelangelo Garove aveva costruito come scuola dei Gesuiti, noto come "*Collegio dei Nobili*", e che nel XVIII secolo era diventato sede dell'Accademia delle Scienze. Il 6 ottobre 2004 il Ministero per i Beni e le Attività Culturali conferì in uso per trent'anni i beni del Museo ad una apposita fondazione, la *Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino*, di cui fanno parte la Regione Piemonte, la Provincia di Torino, la Città di Torino, la Compagnia di San Paolo e la Fondazione CRT. Per approfondimenti, v. il sito <http://www.museoegizio.it/>

<sup>588</sup> P. G. RINALDI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali*, in cit., p. 217 ss.

7. *La gestione dei servizi culturali affidati direttamente alla fondazione di partecipazione.*

L'art. 112, comma 5, del Codice, così come riformato dal d.lgs. n.156/2006, prevede che *“Lo Stato, per il tramite del Ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono costituire, nel rispetto delle vigenti disposizioni, appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani di cui al comma 4”*.

L'«apposito soggetto giuridico» di cui all'art. 112, comma 5, come già visto, può senz'altro essere una fondazione; più precisamente, la forma giuridica più sperimentata per iniziative del genere (come si è già illustrato e come è confermato pressoché in tutta la bibliografia in materia), è quella della fondazione di partecipazione.

L'art. 115, comma 7, dispone ulteriormente che *“Le amministrazioni possono partecipare al patrimonio dei soggetti di cui all'art.112, comma 5, anche con il conferimento in uso dei beni culturali che ad esse pertengono e che siano oggetto della valorizzazione...”*.

La previgente previsione – come si è detto- contemplava espressamente fra le forme di gestione l'affidamento diretto dell'attività di valorizzazione a fondazioni; l'attuale formulazione, invece, non fa riferimento espresso a tale possibilità.

L'art. 115 nel disciplinare le forme di gestione del bene culturale a titolarità pubblica, prevede, infatti, la gestione in forma diretta o indiretta: la prima è attuata direttamente dalle amministrazioni (ovvero dai soggetti di cui all'art. 112, comma 5: v. infra); la seconda tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione mediante una loro selezione con procedure ad evidenza pubblica.

Detta funzione può essere espletata direttamente dalla fondazione ovvero affidata a terzi da parte della stessa fondazione secondo le regole dettate per la gestione indiretta al comma 3 dell'art.115 cit.

Si prevede, in particolare, che i soggetti giuridici costituiti norma dell'art.112, comma 5, qualora siano conferitari del bene, possono affidare in concessione a terzi la sua gestione mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti, con l'importante limite che i privati eventualmente partecipanti ai soggetti affidanti (art.112, comma 5), non possono essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione (come precisato a seguito della modifica apportata dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62).

Tali «appositi soggetti», possono – al pari di qualunque altro “terzo” – essere concessionari delle attività di gestione previa gara ex art. 115, co. 3.

Resta da chiarire, tuttavia, se tali soggetti, qualora siano conferitari dei beni da valorizzare, possano scegliere di gestire direttamente le attività di valorizzazione dei beni loro conferiti, anziché darle in concessione a terzi<sup>589</sup>.

Detto in altri termini: tale “soggetto” (es. fondazione «mista» pubblico-privata), accanto all’attività “strategica” di cui sopra, può farsi carico anche dell'attività di gestione?

Tale possibilità non è menzionata fra quelle previste dall’art. 115, commi 2 (gestione diretta) e 3 (gestione indiretta); ma, nonostante ciò, come si è

---

<sup>589</sup> Parte della dottrina ritiene che «Nulla osta, anche a seguito della riforma del 2006, che fondazioni a partecipazione pubblica si occupino dell'attività di valorizzazione dei beni culturali»: così, A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, cit. A questo riguardo si è osservato che nulla è cambiato: «l'unica differenza è che il vecchio testo parlava di affidamento diretto in gestione indiretta, mentre il nuovo testo parla di conferimento in uso dei beni a soggetti appositamente costituiti, la cui missione logicamente prioritaria è la programmazione e progettazione dei piani di valorizzazione del bene»: così P. CARPENTERI, *Le ragioni della novella degli articoli 112 e 115 del Codice dei beni culturali*, in G. MORBIDELLI - G. CERRINA FERRONI (a cura di), *I musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Giappichelli, Torino, 2010.

anticipato poc'anzi, la dottrina ha avanzato decisivi argomenti a favore della sua ammissibilità, che si riportano in nota<sup>590</sup>.

Si ritiene cioè che «la formulazione dell'art. 115, comma 2, disciplinante le ipotesi di gestione diretta, sia da reputarsi non tassativa e perciò tale da poter ricomprendere, attraverso una sua interpretazione estensiva, anche il caso in cui alle fondazioni (e in genere ai soggetti costituiti ex art. 112, comma 5) sia stato conferito in uso il bene della cui valorizzazione si tratta»<sup>591</sup>.

Altri ritengono, in questo senso, che «la mancata previsione nell'art. 115, commi 2 e 3 delle fondazioni miste tra i possibili soggetti destinatari della gestione delle attività di valorizzazione costituisce un'antinomia, o se si vuole, un'omissione non voluta dal legislatore che può essere risolta in via interpretativa attraverso l'applicazione dei principi del diritto comunitario come elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE»<sup>592</sup>.

---

<sup>590</sup> Il punto è lucidamente approfondito da G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon* 2/2009, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*); ID., *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lg. 156/2006?*, in *Aedon*, 2/2006, il quale rileva: «La tesi secondo cui la fondazione conferitaria dei beni non possa provvedere in proprio alle attività di valorizzazione dei beni stessi si esporrebbe ai seguenti rilievi: l'affidare in concessione un servizio (come del resto un bene), piuttosto che gestirlo direttamente, costituisce una scelta discrezionale e nel campo specifico delle attività di valorizzazione dei beni culturali comporta una "valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti" (art. 115, comma 4). In questo caso si tratterebbe di una scelta "necessitata", anche in presenza di esiti contrari della valutazione operata. In questo caso si avrebbe un conferimento in uso con "divieto d'uso" (nel senso appena detto), non esplicitato dalla norma e perciò in contrasto con il principio di segno opposto desumibile dall'art. 113, comma 3, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (d'ora in avanti Tuel), che vuole indicati tali casi. La fondazione, in quanto entità di diritto privato, è in una posizione di autonomia civilisticamente intesa; quando sia conferitaria del bene culturale, incontra limiti nell'attività volta alla sua valorizzazione – attività che è espressione di tale autonomia - solo se questi si desumono univocamente dalle disposizioni normative. In questo caso manca un divieto non solo esplicito, ma anche inequivocabilmente desumibile dal sistema, in ordine alla possibilità di procedere alla valorizzazione del bene».

<sup>591</sup> A. FRANCESCONI, G. CIOCCARELLI, *Organizzare i distretti culturali evoluti*, Milano, 2013, p. 236.

<sup>592</sup> P. G. RINALDI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali*, in cit., p. 229 ss.

E' necessario, quindi, vagliare la tenuta di questa conclusione anche con il quadro comunitario.

Contro l'ammissibilità della gestione da parte della fondazione (mista), infatti, è stato in passato avanzato il rilievo che, se alla fondazione costituita per gli scopi di cui all'art. 112, comma 5 è consentito di provvedere, nelle ipotesi in cui sia conferitaria dell'uso del bene culturale, alle attività di valorizzazione dello stesso bene e ai servizi aggiuntivi (ex artt. 115 e 117 Codice dei beni culturali), si potrebbe così realizzare a tappe successive un meccanismo di elusione delle regole comunitarie.

E' bene precisare che il problema si pone rispetto all'esigenza di rispettare le condizioni per l'affidamento *in house* e riguarda, dunque, l'ipotesi in cui la fondazione (o comunque il soggetto conferitario dei beni) sia partecipata anche da privati.

Dunque, l'affidamento diretto, anche in quest'ultima ipotesi, è ritenuto ammissibile attraverso il «correttivo» rappresentato dalla scelta dei partner privati mediante procedure di evidenza pubblica: la fattispecie, come già evidenziato nel capitolo precedente, appare infatti inquadrabile nel c.d. partenariato pubblico-privato istituzionalizzato, in cui la scelta del partner privato va operata, appunto, attraverso il meccanismo dell'evidenza pubblica, perché prodromica alla creazione del soggetto misto e al conferimento ad esso di una missione duplice - elaborazione e sviluppo del piano (ex art. 112) e gestione delle attività di valorizzazione e dei servizi aggiuntivi (ex artt. 115 e 117) – e, come tale, in prevalenza riconducibile allo schema della concessione di servizio pubblico<sup>593</sup>.

Il punto decisivo è costituito dal quesito se la scelta previa gara del partner privato dispensi l'amministrazione dal ricorrere alla procedura di evidenza

---

<sup>593</sup> P. G. RINALDI, *Op. cit.*, p. 230 ss.

pubblica ai fini del conferimento alla fondazione mista dell'anzidetta missione.

Per inquadrare la questione può ricordarsi che, secondo il diritto comunitario, le autorità pubbliche sono libere di esercitare un'attività economica (in particolare anche un servizio di interesse generale) oppure affidarlo a terzi, ma in questa ipotesi rispettando le direttive 2004/17 e 2004/18<sup>594</sup>, nel caso di appalti pubblici, e gli artt. 43 e 49 del Trattato CEE, nel caso di concessioni, detto in breve, rispettando i principi della pubblicità e del confronto concorrenziale<sup>595</sup>.

A questa regola generale, la giurisprudenza della Corte europea più risalente aveva posto un unico temperamento, costituito dal ricorrere della figura dell'*in house providing*, nel senso di ammettere l'affidamento diretto dell'appalto o della concessione a quell'entità, formalmente distinta dall'amministrazione appaltante o concedente, ma da essa costituita e nella sostanza mera proiezione operativa della stessa amministrazione.

A tale figura non era però riconducibile il caso dell'entità organizzativa costituita dall'amministrazione con un soggetto privato, la presenza del quale essendo di ostacolo alla configurabilità del "controllo analogo" - controllo esercitabile dall'amministrazione sull'entità analogo a quello dalla stessa esercitato sulle proprie strutture interne – previsto come requisito per l'*in house*.

---

<sup>594</sup> Già si è avuto modo di anticipare che dal 17 aprile 2014 sono in vigore le nuove direttive europee: la Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE (COM (2011) 896) – settori ordinari; la Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abroga la direttiva 2004/17/CE (COM (2011) 895) – settori speciali; e la Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM (2011) 897). Le direttive dovranno essere recepite a livello nazionale entro la data del 18 aprile 2016.

<sup>595</sup> P. G. RINALDI, *Op. cit.*, p. 230 ss.

Approccio, questo, che sebbene profondamente innovato, per quello che rileva in questa sede, dall' art. 12, lett. c), della nuova direttiva 2014/24/UE, il quale ammette *l'in house* nonostante l'assenza della partecipazione pubblica totalitaria ritenendo l'istituto compatibile con «forme di partecipazione di capitali privati, che non comportano un controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata», di fatto resta sostanzialmente immutato: il Consiglio di Stato, in una recente sentenza, ha, infatti, escluso che «la nuova direttiva, nonostante il suo contenuto in alcune parti dettagliato, possa ritenersi *self-executing* per la dirimente considerazione che è ancora in corso il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato»<sup>596</sup>.

Infatti, aggiunge il Collegio, «E' vero che la giurisprudenza comunitaria riconosce una forma di rilevanza giuridica alla direttiva anche prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento. Si tratta, però di una rilevanza giuridica certamente minore rispetto al c.d. effetto diretto (che implica

---

<sup>596</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660, punto 24, del fatto e diritto. Nello specifico, il Consiglio di Stato si pronuncia sul Consorzio Interuniversitario Cineca, sancendone la non riconducibilità all'*in house providing* per assenza dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza europea. Da un lato «la mancanza della partecipazione pubblica totalitaria vale, di per sé, alla luce del diritto vigente, ad escludere la configurabilità del rapporto *in house*». Per il Collegio, deve infatti escludersi «la possibilità di equiparare all'ente pubblico qualsiasi soggetto che, a prescindere dai poteri, dai fini e dalla struttura organizzativa, operi grazie a capitali privati». Dall'altro, «la sussistenza in concreto di un controllo analogo da parte delle Università consorziate è escluso dalla posizione di indiscussa primazia riconosciuta al MIUR nell'ambito dell'organizzazione e del funzionamento del CINECA». «Lo svolgimento di attività imprenditoriale verso l'esterno», infine, «attribuisce al Cineca una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo alla stregua di un soggetto *in house*, ovvero di un mero organo delle Amministrazioni consorziate». Di conseguenza, sarà necessario il ricorso a procedure di evidenza pubblica. (tratto da <http://www.irpa.eu/materiali-commenti/docs/univ-doc/il-consiglio-di-stato-si-pronuncia-sul-cineca/>)



l'immediata applicazione della direttiva dettagliata ai rapporti c.d. verticali), che si traduce semplicemente, in nome del principio di leale collaborazione, in un dovere di *standstill*, ovvero nel dovere per il legislatore di astenersi dall'adoptare, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE e il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter - Environnement Vallonie*) e per il giudice di astenersi da qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, *Impact*)<sup>597</sup>. Di conseguenza, «le regole sull'in house (...) che potenzialmente potrebbero contrastare con le previsioni della nuova direttiva, sono, infatti, regole già esistenti nell'ordinamento nazionale (non introdotte ex novo dal legislatore nazionale in violazione del dovere di *standstill*) e sono, inoltre, regole che trovano la loro fonte proprio nell'ordinamento dell'unione europea, avendo esse origine dalla sopra richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia che nel corso degli anni ha fissato rigorosi limiti alla operatività dell'in house. Non si può, quindi, ritenere che la mera pubblicazione della direttiva determini, prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento, il superamento automatico e immediato di una disciplina preesistente di derivazione comunitaria»<sup>598</sup>. Questo orientamento della giurisprudenza nazionale vale a ritenere come l'in house aperto ai privati, così come previsto dal citato articolo della nuova direttiva, non rappresenti un obbligo ma, piuttosto, una scelta della quale il legislatore nazionale potrebbe anche legittimamente decidere di non

---

<sup>597</sup> *Ibidem.*

<sup>598</sup> *Ibidem.*

avvalersi, scegliendo di attuare un livello di tutela della concorrenza ancora più elevato rispetto a quello prescritto a livello comunitario.

Resta così confermato l'orientamento giurisprudenziale in tema di in house. D'altronde, l'evoluzione più recente della giurisprudenza comunitaria (a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, Acoset<sup>599</sup>) ha chiarito che la gestione dei servizi mediante organismi misti è possibile quando il partner privato viene scelto tramite una procedura di gara.

Quando, cioè, la scelta del socio privato sia avvenuta nel rispetto dei principi comunitari (di libera concorrenza, trasparenza e parità di trattamento) e sia stata operata previa verifica della sussistenza in capo al privato dei requisiti finanziari, tecnici operativi e gestionali riferiti all'attività da svolgere (in breve quando si tratti di un socio "d'opera" e non meramente finanziario), pertanto, l'affidamento diretto dell'appalto o del servizio non trova ostacoli nell'ordinamento comunitario.

---

<sup>599</sup> La sentenza della Corte di giustizia, sezione terza, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, Acoset Spa, ha riconosciuto la legittimità comunitaria dell'affidamento diretto a società miste, purché sia rispettata la condizione della gara cosiddetta "a doppio oggetto". La Corte europea ha così statuito che «Sebbene la mancanza di gara nel contesto dell'aggiudicazione dei servizi risulti inconciliabile con gli artt. 43 CE e 49 CE e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, la scelta del socio privato nel rispetto degli obblighi [comunitari] e l'individuazione dei criteri di scelta del socio privato consentono di ovviare a detta situazione, dal momento che i candidati devono provare, oltre alla capacità di diventare azionisti, anzitutto la loro perizia tecnica nel fornire il servizio nonché i vantaggi economici e di altro tipo derivanti dalla propria offerta» (punto 59). Ne consegue che, «Dato che i criteri di scelta del socio privato si riferiscono non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma altresì alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, e dal momento che al socio in questione viene affidata, come nella fattispecie di cui alla causa principale, l'attività operativa del servizio di cui trattasi e, pertanto, la gestione di quest'ultimo, si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo effettuata al termine di una procedura che rispetta i principi del diritto comunitario, cosicché non si giustificerebbe una seconda procedura di gara ai fini della scelta del concessionario» (punto 60).

Il quadro comunitario non osta quindi a che ad un'entità mista possano essere assegnati compiti non solo di elaborazione di piani e programmi culturali (ex art. 112, commi 4, 5 e 8), ma anche (o solo) di gestione di beni culturali ad essa conferiti in uso (ex art. 115, comma 7), sempre che il partner privato sia stato scelto previa gara e alle condizioni indicate dalla sentenza, ossia in quanto partner «d'opera»<sup>600</sup>.

Si precisa che il «correttivo» della scelta dei partner privati mediante evidenza pubblica non appare necessario, invece, ove la fondazione non sia chiamata a svolgere anche ruoli gestionali, ma venga investita solo di quelli strategici, nonché di vigilanza e controllo sulla gestione da parte dei concessionari<sup>601</sup>.

In sintesi: una volta optato per il modello della fondazione di partecipazione, questa potrebbe assumere composizione interamente pubblica ovvero mista (pubblico-privata).

Nel primo caso la fondazione potrebbe sicuramente occuparsi anche della fase della gestione; nel secondo caso l'affidamento della gestione dovrebbe contemplare necessariamente l'espletamento di una gara ad evidenza

---

<sup>600</sup> In senso conforme cfr. anche la giurisprudenza costituzionale, con riguardo al (silenzio sul punto del) testo originario dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 sul partenariato istituzionalizzato, che era stato interpretato nel senso dell'ammissibilità di strumenti siffatti, nei termini che seguono: «... la normativa comunitaria consente l'affidamento diretto del servizio (cioè senza una gara ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario) alle società miste nelle quali si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e richiede sostanzialmente che tale socio sia un socio "industriale" e non meramente "finanziario" (in tal senso, in particolare, il Libro verde della Commissione del 30 aprile 2004), senza espressamente richiedere alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione del socio privato. Il testo originario dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 non prevede una disciplina specifica per tale tipo di affidamento e dà per scontato che la suddetta modalità di scelta del socio rientri nella regola comunitaria dell'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica, restando irrilevante che tale gara abbia ad oggetto la scelta del socio privato invece dell'affidatario». A questa stregua anche il silenzio dell'art. 115 del Codice può dunque essere letto nel senso della ammissibilità della gestione tramite partenariati, e quindi, per quanto qui interessa, anche tramite le fondazioni miste (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 325 del 2010).

<sup>601</sup> In tal senso cfr. C. IBBA- F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione*, cit., p. 171 ss

pubblica, per la scelta di partner «d'opera» e/o per la scelta di terzi concessionari.

Ciò considerato, è opportuno che la scelta tra fondazione a composizione pubblica o mista, ovvero tra fondazione con compiti solo strategici o anche gestionali, venga enunciata e disciplinata chiaramente nello statuto della fondazione. Statuto che, nel caso in cui si opti per la fondazione «pubblica», dovrà disciplinare compiutamente anche il profilo del controllo, in linea con i requisiti fissati dal diritto e dalla giurisprudenza comunitari<sup>602</sup>.

---

<sup>602</sup> Tenendo conto, in particolare, oltre che della giurisprudenza comunitaria (cfr., da ultimo, Corte di giustizia europea, Sez. V, 8/5/2014 n. C-15/13), della nuova Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e della Direttiva in pari data 2004/24 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. Affinché si possa affidare e/o mantenere il servizio in capo ad un organismo "in house" occorre che il soggetto affidatario rispetti alcune condizioni, individuate primariamente dalla Corte di Giustizia Europea nella nota "sentenza Teckal" (Corte di Giustizia, sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal) e successivamente richiamate dalla giurisprudenza nazionale ( Corte Cost., 28 marzo 2013, n. 50; Corte Cass., sez. unite civili, 25 novembre 2013, n. 26893; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591; Cons. Stato, Ad. Plenaria, 3 marzo 2008). Le condizioni individuate dalla giurisprudenza sono, come è noto, le seguenti: a) presenza di capitale interamente pubblico; b) svolgimento dell'attività prevalentemente con i soci pubblici affidanti; c) esercizio da parte dei soci, nei confronti del soggetto stesso, di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Tali condizioni sono state ribadite e tradotte in norma, con alcune novità, dalle nuove direttive sopra menzionate. Cfr. in particolare l'art.12 della Direttiva 2014/24/UE, che ha stabilito che non rientra nell'ambito di applicazione del nuovo corpus di regole un affidamento di servizio tra un'amministrazione aggiudicatrice e una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato nei seguenti casi: a) quando la prima eserciti sulla seconda un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) in caso di attività prevalente che si concretizza allorché oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi. Importante novità rispetto agli orientamenti giurisprudenziali consolidati è data dalla previsione di un terzo elemento necessario per la definizione del rapporto interorganico, quale l'assenza nella persona giuridica controllata di partecipazioni dirette di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Abbiamo già evidenziato come nella prassi, per ciascun progetto di sviluppo e valorizzazione del patrimonio culturale, occorre valutare se l'opzione del partenariato comporti un plusvalore reale rispetto ad altre opzioni.

Sebbene possa darsi ormai per acquisita la consapevolezza dei nessi tra cultura ed economia, e, in particolare, il fatto che la cultura funge da stimolo e da volano per l'economia, e che pure la gestione dei beni culturali può risultare redditizia, non si può sottacere che, in concreto, «la gestione dei beni culturali è un'attività che - volendo utilizzare il linguaggio delle opere pubbliche - si potrebbe qualificare, dal punto di vista dell'imprenditore, come più vicina alle opere c.d. "fredde", improduttive di reddito, che alle opere "calde", le quali, invece, sono sicuramente redditizie»<sup>603</sup>.

Sicché, in concreto sarà necessario tener conto, pertanto, anche di questi fattori, considerando anche la fattibilità di soluzioni ulteriori, integrative rispetto alle alternative indicate poc'anzi: ad es. se sussiste la possibilità di costituire la fondazione coinvolgendo particolari tipologie di partner privati no profit, quali ad es. le fondazioni bancarie<sup>604</sup>; ovvero la possibilità, ove si opti per una fondazione a composizione interamente pubblica, di attivare anche forme di coinvolgimento dei privati operanti sul piano dell'attività (piuttosto che a livello organizzativo), quali, ad es., il ricorso a contratti di sponsorizzazione<sup>605</sup>.

---

<sup>603</sup> G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon*, 2/2014, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*) ; ID., *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, in *Aedon*, 1/2014 s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*); G. F. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 1-2/2012, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>604</sup> In tema cfr. A. POLICE, *Fondazioni bancarie, imprese strumentali e diritto amministrativo*, in *Aedon*, 1/2009, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

<sup>605</sup> In tema cfr. R. DIPACE., *Le sponsorizzazioni di beni culturali*, in cit.; G. MANFREDI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, cit.; S. CASCIU., *Il tema delle sponsorizzazioni/erogazioni liberali visto dalla parte delle Soprintendenze: difficoltà, equivoci, burocrazia, mentalità*, in *Aedon* 2/2013, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*).

## 8. *Revisione della spesa pubblica e fondazioni in ambito culturale.*

Alla luce delle considerazioni appena vagliate, risulterebbe pressoché confermata la validità, operativa e gestionale, della fondazione di partecipazione in campo culturale.

Tuttavia, a “frenare” l’entusiasmo degli operatori del settore e, in speciale modo, degli enti locali nella scelta di questo istituto è intervenuto di recente il legislatore nazionale, che ha messo in crisi l’istituto proprio sotto il profilo della sua attuale utilizzabilità.

Le rinnovate esigenze di revisione della spesa pubblica, anche e soprattutto sulla spinta delle iniziative europee<sup>606</sup>, hanno condotto il legislatore ad introdurre previsioni orientate alla *reinternazionalizzazione* dei servizi con il decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 recante “*Disposizioni urgenti per la revisione*

---

<sup>606</sup> «La revisione della spesa pubblica non costituisce attuazione di specifici obblighi normativi dell’Unione europea ma è oggetto di valutazioni e raccomandazioni indirizzate all’Italia dalle Istituzioni dell’Unione nell’ambito del semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche e, più in generale, nel quadro del monitoraggio sulle misure volte al conseguimento degli obiettivi e parametri di finanza pubblica previsti dal Patto di stabilità e crescita. La revisione della spesa pubblica è oggetto di specifiche indicazioni nelle raccomandazioni adottate in via definitiva dal Consiglio ECOFIN il 10 luglio 2012 in esito all’esame del programma di stabilità e del programma nazionale di riforma dell’Italia, svolto nell’ambito della procedura del semestre europeo 2012. Le raccomandazioni erano state sottoposte dalla Commissione europea al Consiglio il 30 maggio 2012, e successivamente avallate politicamente dal Consiglio europeo del 28-29 giugno. La procedura del semestre europeo prevede che nella seconda metà dell’anno (nel c.d. “semestre nazionale”) gli Stati membri approvino le rispettive leggi di bilancio, tenendo conto delle raccomandazioni ricevute, e che Commissione e Stati membri ne verifichino l’attuazione nel quadro di una “valutazione tra pari”. La Commissione valuterà quindi i progressi realizzati nella prossima analisi annuale della crescita, che dovrebbe essere pubblicata nel gennaio 2013. Nel preambolo della raccomandazione, che opera una valutazione della situazione macroeconomica e di finanza pubblica dell’Italia, la Commissione rileva che “il governo si è impegnato a perseguire un miglioramento duraturo dell’efficienza e della qualità della spesa pubblica mediante approfondite revisioni della spesa (spending review) a tutti i livelli amministrativi. Tali revisioni dovrebbero anche consentire di determinare l’ordine di priorità delle voci di spesa in modo favorevole alla crescita.” Al punto 2 del dispositivo, si raccomanda all’Italia di “perseguire un miglioramento duraturo dell’efficienza e della qualità della spesa pubblica mediante la prevista spending review», così in SERVIZIO STUDI – DIPARTIMENTO AFFARI COMUNITARI DELLA CAMERA, n. 179/2012 reperibile su [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini”, convertito con modifiche e integrazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 135 (meglio nota come “*Spending Review-bis*”)<sup>607</sup>, entrata in vigore il 15 agosto 2012.

Il provvedimento in esame, contemplando una serie di misure con le quali si intende superare la tecnica dei c.d. ‘tagli lineari’ al fine di contenere e razionalizzare la spesa pubblica<sup>608</sup>, ha inciso in maniera rilevante anche sugli ambiti di intervento degli enti locali nel sistema del *welfare*.

Il decreto ha infatti introdotto disposizioni puntuali per la riduzione della spesa per consumi intermedi e per il pubblico impiego, di razionalizzazione e valorizzazione del patrimonio pubblico e di riduzione dei costi per locazioni passive, nonché interventi in materia di riduzione e privatizzazione di società pubbliche strumentali, di soppressione di enti e di contenimento della spesa del comparto sanitario e farmaceutico. Per ciò che concerne gli enti territoriali, ha introdotto specifici obblighi di riduzione delle spese per enti, agenzie e organismi.

---

<sup>607</sup> «Il primo provvedimento di *Spending Review* è stato il decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52. Tale provvedimento ha posto le basi per l'avvio del processo di revisione della spesa pubblica, prevedendo una serie di disposizioni tra le quali, la costituzione di un comitato per la revisione spesa pubblica presso la presidenza del Consiglio dei Ministri e la nomina del Commissario Straordinario per la *spending review*, cui è affidato il compito di provvedere, in prima battuta, alla eliminazione di inefficienze e sprechi nella spesa sostenuta sia dalle amministrazioni centrali sia da quelle periferiche, in modo da ridurre l'ammontare complessivo. Il secondo provvedimento in materia di *spending review* è stato il decreto legge n. 87 del 2012. Tra le altre misure, il decreto legge prevede disposizioni in tema di valorizzazione e dismissione del patrimonio pubblico, di razionalizzazione delle Agenzie fiscali e del loro organigramma, in tema di personale e assetto organizzativo del Ministero dell'economia e delle finanze, nonché di rafforzamento degli assetti patrimoniali delle imprese del settore bancario. Il terzo provvedimento è il decreto legge n. 95 del 2012, poi convertito con modificazioni nella legge n. 135/2012», in *Nota al Decreto Legge n. 95 del 2012 (Spending Review)*. Testo approvato definitivamente con le modifiche introdotte al Senato, (a cura di) M. CORESI, S. LANZONE e S. DI GENNARO, *Senato Della Repubblica*, 6 Agosto 2012.

<sup>608</sup> Cfr. Nota al Decreto Legge n. 95 del 2012.

Circostanza, questa, che ha destato immediato interesse e suscitato un ampio dibattito, anche tra gli operatori del settore, per il complesso delle previsioni contenute sia nella legge, sia per il dettato di alcune sue norme puntuali.

Rilevano, soprattutto, quelle previsioni che hanno incidenza anche sulla sfera organizzativa e gestionale degli enti locali e, in modo particolare per i nostri fini, l'art. 9 del decreto in esame, rubricato "*Razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi*"<sup>609</sup>.

---

<sup>609</sup> Art. 9 (decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 - *Razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi*. 1. Al fine di assicurare il coordinamento e il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il contenimento della spesa e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative, le regioni, le province e i comuni sopprimono o accorpano o, in ogni caso, assicurano la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che, alla data di entrata in vigore del presente decreto, esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, comma secondo, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a comuni, province, e città metropolitane ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione. 1-bis. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano alle aziende speciali, agli enti ed alle istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali. 2. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, al fine di dare attuazione al comma 1, con accordo sancito in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, si provvede alla complessiva ricognizione degli enti, delle agenzie e degli organismi, comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica di cui al comma 1. 3. Al fine di dare attuazione al comma 2, in sede di Conferenza unificata si provvede mediante intesa ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, e sulla base del principio di leale collaborazione, all'individuazione dei criteri e della tempistica per l'attuazione del presente articolo e alla definizione delle modalità di monitoraggio. 4. Se, decorsi nove mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le regioni, le province e i comuni non hanno dato attuazione a quanto disposto dal comma 1, gli enti, le agenzie e gli organismi indicati al medesimo comma 1 sono soppressi. Sono nulli gli atti successivamente adottati dai medesimi. 5. Ai fini del coordinamento della finanza pubblica, le regioni si adeguano ai principi di cui al comma 1 relativamente agli enti, agenzie ed organismi comunque denominati e di qualsiasi natura, che svolgono, ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione, funzioni amministrative conferite alle medesime regioni. **6. E' fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione.** 7. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni. 7-bis. All'articolo 15, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dopo le parole: «per la Corte dei conti» sono inserite le seguenti: «, per il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro» e dopo le parole: «Presidente della Corte dei conti» sono inserite le seguenti:



La previsione di questo articolo, al comma 6, vieta (va), per il futuro, agli enti locali «di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione».

La portata di questa norma, infatti, estesa a tutti gli “organismi comunque denominati”, ha fatto ritenere che anche le fondazioni di partecipazione fossero ricomprese nel divieto in questione. E pure le sezioni regionali della Corte dei Conti, in sede consultiva, avevano fornito interpretazioni decisamente stringenti sulla portata del divieto<sup>610</sup>, che è stato ritenuto esteso anche alle fondazioni di partecipazione nel settore culturale.

---

«del Presidente del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro». 7-ter. All'articolo 22, comma 2, della legge 30 dicembre 1986, n. 936, dopo le parole: «le funzioni previste» sono inserite le seguenti: «dalla legge e» e le parole: «o che gli sono attribuite dall'ufficio di presidenza» sono soppresse. 7-quater. Dall'attuazione delle disposizioni di cui ai commi 7-bis e 7-ter non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

<sup>610</sup> In riferimento a questo filone interpretativo è utile richiamare la pronuncia della Corte dei conti, sezione controllo Toscana, n. 460/2012 del 12 dicembre 2012, avente ad oggetto proprio una fondazione che svolge funzioni culturali. Il Giudice contabile si è, infatti, pronunciato nel senso di ritenere che la limitazione prevista dall'articolo 9, comma 6 “introduce un ampio e generalizzato divieto indirizzato a qualunque organismo «comunque denominato» che non può che riferirsi anche alle fondazioni (...), ma - si precisa - resta da chiarire se la funzione svolta dalla fondazione di cui trattasi rientri o meno nella limitazione di legge”. Secondo la Sezione toscana, la c.d. funzione culturale rientrerebbe a pieno titolo nell' alveo delle cd. funzioni fondamentali di spettanza dell'Ente locale e, di conseguenza, sarebbe inclusa nel divieto *de quo*. Nello stesso senso v. anche Corte dei Conti – sez. contr. Lombardia – parere 18 settembre 2012 n. 403, ove si ribadisce che “l'ampia latitudine operativa della disposizione nel quadro della reinternazionalizzazione dei servizi, non può che ricomprendere fra “enti, agenzie e organismi”, anche le fondazioni e, in genere, gli altri organismi strumentali creati dall'ente locale per la gestione di funzioni fondamentali e amministrative”. Ancora, Corte dei Conti - sez. controllo Lombardia – deliberazione n. 485/2012, in cui la Sezione esamina la legittimità dell'ipotesi avanzata dal Comune di Varenna di costituire una “fondazione di partecipazione” per la gestione delle Ville “Monastero” e “Cipressi” (compendi immobiliari di notevole valore storico e ambientale, utilizzati per attività di albergo e ristorante, per l'organizzazione di cerimonie, convegni, meeting, per visite guidate ai giardini/orto botanico, per iniziative di alta qualificazione scientifica e culturale anche di rilievo internazionale). A giudizio del Collegio, la soluzione ipotizzata è impraticabile, stante il divieto previsto dall'art. 9 co. 6, D.L. 6 luglio 2012 n. 95, convertito nella L. 7 agosto 2012 n. 135.

Non erano mancate, peraltro, immediate prese di posizione di segno contrario da parte di alcune sezioni regionali della stessa Corte dei conti<sup>611</sup>.

La questione ha trovato soluzione, in un primo momento, ad opera della Corte costituzionale, che con sentenza 24 luglio 2013, n. 236 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 4, d.l. n. 95/2012 per «manifesta irragionevolezza»<sup>612</sup>, ma con una argomentazione che – a mio

---

<sup>611</sup> Cfr. Corte dei Conti, sezione controllo della Puglia che con la deliberazione n. 97/2012 del 18 ottobre 2012 fornendo un parere al Sindaco di Martignano in merito all'applicabilità dell'art. 4, comma 6, della l. n. 135/2012 ad una fondazione costituita da enti locali e Regione "per valorizzare in territorio soprattutto attraverso la musica popolare e la cultura", aveva portato rilevanti chiarimenti sulla relazione "attività culturale, fondazioni e Spending Review". La Sezione di controllo pugliese, nel merito, afferma che "in termini generali, ad avviso della Sezione, si pone come elemento necessario e sufficiente a dirimere il dubbio se un Ente sia o meno da ricomprendere nel novero degli "esclusi", il fatto che sia possibile ravvisare, all'interno dello Statuto o dell'oggetto sociale dell'Ente medesimo, il carattere culturale dell'attività svolta che può estrinsecarsi, tra l'altro, anche come finalità di valorizzare al massimo la realtà culturale del territorio di pertinenza delle Amministrazioni che ricevono il servizio". E sulla natura culturale di un servizio i magistrati contabili hanno precisato che costituiscono "indici presuntivi" di tale natura: il fatto che lo scopo della Fondazione sia di "valorizzare il territorio soprattutto attraverso la musica popolare e la cultura"; e che prima della costituzione di un ente ad hoc, l'evento veniva organizzato e gestito dai singoli Comuni, attraverso l'Unione, e contabilizzato tra i "servizi culturali" svolti dai Comuni stessi. Pertanto, conclude la Corte, "nella misura in cui una Fondazione si sostanzia come sito di approfondimento e valorizzazione di una realtà culturale, anche attraverso l'organizzazione di un evento a ciò deputato; si propone come finalità lo studio, l'approfondimento e la conservazione delle tradizioni e culture locali; fissa tra i propri scopi (...) la promozione del territorio...attraverso la valorizzazione del patrimonio culturale locale; nella misura in cui una Fondazione proceda in tal senso, difficilmente potrà considerarsi come rientrante nell'ambito applicativo della norma di divieto su menzionata. Al contrario, essa potrà a buon diritto considerarsi compresa nel novero degli enti operanti nel campo dei beni e attività culturali, come tali esenti dal divieto".

<sup>612</sup> Corte costituzionale, sentenza 24 luglio 2013, n. 236. Punto 6.1. del Considerato in diritto: «Il legislatore statale, decorso il termine di nove mesi dall'approvazione del decreto-legge, sopprime in modo indistinto tutti gli enti strumentali che svolgono funzioni fondamentali o conferite di Province e Comuni senza che questi siano sufficientemente individuati. L'incertezza circa i soggetti destinatari della norma è tale che, come si è visto, lo stesso legislatore statale ha ritenuto necessario un procedimento concertato per la complessiva ricognizione degli enti, delle agenzie e degli organismi, comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica da sopprimere o accorpate e per l'individuazione dei criteri e della tempistica per l'attuazione della norma. Risulta palese, pertanto, la contraddittorietà della disposizione in esame, che stabilisce la soppressione ex lege di tutti gli enti comunque denominati allo scadere del termine di nove mesi dall'approvazione del decreto-legge non tenendo conto della previsione di cui ai commi 2 e 3, istitutiva di un procedimento volto alla

avviso<sup>613</sup> - doveva essere riferibile anche al divieto di istituzione di cui all'articolo 9, comma 6, dello stesso decreto.

Infatti, anche il divieto di istituzione di cui all'articolo 9, comma 6, del d.l. n. 95 del 2012, ove ritenuto comprensivo di fondazioni di partecipazione in ambito culturale, era apparso manifestamente in contrasto con le previsioni costituzionali poste a garanzia delle «funzioni organizzative» assicurate agli enti locali.

In tale contesto, va infatti rimarcato ciò che si è già rilevato nelle pagine precedenti, cioè che anche il c.d. “decreto sviluppo” (d.l. n. 179/2012 conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 recante «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese») lascia agli enti locali la libertà di scegliere tra le forme di gestione più opportune, pur nel rispetto e nei limiti delle regole comunitarie<sup>614</sup>.

Il d.l. n. 95 del 2012 stabiliva, dunque, un divieto in capo agli enti locali che non trovava giustificazione neppure «nella normativa comunitaria, la

---

ricognizione dei suddetti enti e all'individuazione dei criteri e della tempistica per l'attuazione della norma con il coinvolgimento delle autonomie locali. Inoltre, l'automatica soppressione di enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che esercitano, anche in via strumentale, funzioni nell'ambito delle competenze spettanti a Comuni, Province, e Città metropolitane ai sensi dell'art. 118 Cost., prima che tali enti locali abbiano proceduto alla necessaria riorganizzazione, pone a rischio lo svolgimento delle suddette funzioni, rischio ulteriormente aggravato dalla previsione della nullità di tutti gli atti adottati successivamente allo scadere del termine. In conclusione, la difficoltà di individuare quali siano gli enti strumentali effettivamente soppressi e la necessità per gli enti locali di riorganizzare i servizi e le funzioni da questi svolte rendono l'art. 9, comma 4, del d.l. n. 95 del 2012 manifestamente irragionevole».

<sup>613</sup> Sul punto si consenta di rinviare a G. ROMANO, *La fondazione di partecipazione per i servizi culturali: un modello ancora attuale?*, in *Giustizia amministrativa*, 2013, pp. 1-8.

<sup>614</sup> Infatti, si prevede all'art. 34, comma 20 (d.l. n. 179/2012 conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221), che «per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che da' conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

quale risulta favorevole – pur all’interno di un set di limiti – alla «autoproduzione» degli enti locali nel settore delle *public utilities*»<sup>615</sup>.

La rigida interpretazione proposta da alcuni giudici contabili<sup>616</sup> appariva, pertanto, destinata a cedere il passo ad una interpretazione coerente ed organica del dato normativo, in linea con quanto stabilito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2013<sup>617</sup>.

La soluzione definitiva al problema è stata trovata, alla fine, dallo stesso legislatore<sup>618</sup>. L’art. 1, comma 562, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, recante «*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2014)*» ha infatti disposto l’abrogazione dei commi 1, 2, 3, 3-sexies, 9, 10 e 11 dell’articolo 4<sup>619</sup> e i commi da 1 a 7 dell’articolo 9 della «*Spending review*».

---

<sup>615</sup> Così, A. SANTUARI, “Art. 9 D.L. n. 95/2012 e fondazioni di partecipazione. Una sintesi”, pubblicato il 13 marzo 2013 su [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)

<sup>616</sup> V. *supra*.

<sup>617</sup> V. *supra*.

<sup>618</sup> Sul punto si consenta di rinviare ancora una volta al mio, G. ROMANO, *La mannaia della “spending review” sulle fondazioni culturali: tanto rumore per nulla*, in *Nuove Alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l’arte*. Supplemento al n. 80/81 di “Arte e Critica”, p. 46.

<sup>619</sup> I commi 1, 2, 3, 3-sexies, 9, 10 e 11 dell’art. 4 del D.L. 95/2012 prevedevano lo scioglimento o la privatizzazione entro il 31/12/2013 delle c.d. “società strumentali”, cioè di quelle realtà che nel 2011 avevano conseguito un fatturato da prestazioni di servizi nei confronti di pubbliche amministrazioni superiore al 90% del volume complessivo dei ricavi. Sopravvivono invece, fra gli altri, i commi 7 e 8 dello stesso articolo, che sanciscono rispettivamente: la regola secondo la quale le pubbliche amministrazioni dall’01/01/2014 acquisiscono sul mercato tramite gara i beni e servizi strumentali alla propria attività; l’eccezione alla suddetta regola, secondo la quale a decorrere dalla stessa data l’affidamento diretto può avvenire solo a favore di società “in house”, conformi a quanto stabilito dalla giurisprudenza comunitaria. Il legislatore pone così termine ad un dibattito che aveva portato alcune Sezioni Regionali di controllo della Corte dei Conti (Campania, Liguria e Abruzzo) a considerare l’abrogato comma 8 dell’art. 4 della “spending review” come una norma speciale per le società “in house”, mentre altre a ritenere (Lombardia e Puglia), anche a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 229 del 16/07/2013, che il principio sancito dal comma 8 poteva essere invocato solo nel caso di sussistenza di peculiari caratteristiche che non rendessero possibile all’Amministrazione pubblica controllante un efficace e utile ricorso al mercato. Dunque, con l’abrogazione di buona parte dell’art. 4 della “spending review” le società strumentali “in house” degli enti locali tornano ad avere piena legittimità ed il nostro ordinamento interno si riallinea ai principi affermati dalla

Il comma 561 della stessa Legge dispone l'abrogazione, inoltre, anche dell'art. 14, comma 32<sup>620</sup>, del Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78 recante «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*», che imponeva ai Comuni con meno di 30.000 abitanti di mettere in liquidazione le proprie società partecipate o di cederne le quote entro il 30/09/2013; ai Comuni con popolazione compresa fra 30.000 e 50.000 abitanti di mantenere la partecipazione al massimo in una sola società.

Questo ulteriore profilo serve, evidentemente, ad avvalorare il fatto che – almeno per il momento - non risulta vi siano ostacoli alla istituzione di una fondazione di partecipazione per la gestione dei servizi culturali.

Il punto è pacifico ed è attestato anche dai più recenti orientamenti dei giudici Contabili.<sup>621</sup>

---

giurisprudenza comunitaria, secondo la quale *l'in house providing* è un modello organizzativo a cui le Amministrazioni pubbliche possono legittimamente ricorrere.

<sup>620</sup> Art. 14, comma 32 (d.l. n. 78/2010) - *Patto di stabilità interno ed altre disposizioni sugli enti territoriali*. 32 - Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2010 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2010 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite.

<sup>621</sup> Cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Veneto, 28/5/2014 n. 345: "con decorrenza dal 1° gennaio 2014, le disposizioni recanti, rispettivamente, il divieto di assumere e di mantenere partecipazioni in organismi societari per gli enti con meno di 30.000 abitanti (art. 14, comma 32, del D.L. n. 78/2010, conv. dalla legge n. 122/2010), ed il divieto di istituire organismi comunque denominati e di qualsivoglia natura giuridica, destinati ad esercitare una o più delle "funzioni fondamentali" dell'ente ovvero una o più delle "funzioni amministrative" di cui all'art. 118 della Costituzione (art. 9., comma 6, del D.L. n. 95/2012, conv. dalla legge n. 135/2012) non sono più vigenti, in quanto abrogate dai commi 561 e 562 dall'art. 1 della Legge di stabilità per il 2014 (Legge 27 dicembre 2013, n. 147). (...) Dal punto di vista normativo - vale a dire sotto il profilo dei vincoli di finanza pubblica - pertanto (ed allo stato), non sono ravvisabili ostacoli alla partecipazione degli enti locali in società o in fondazioni, sia essa il frutto della trasformazione di preesistenti organismi, anche associativi, sia l

## CONCLUSIONI

Le recenti previsioni normative, apparentemente limitative della figura in esame, denotano dunque la volontà del legislatore di salvaguardare in via generale il settore culturale anche sotto il profilo delle soluzioni organizzative in grado di favorire una corretta amministrazione e promozione del settore, nonostante le esigenze di revisione della spesa pubblica.

Bilanciando, così, le considerazioni svolte in precedenza e stando alle opinioni più accreditate tra gli operatori del settore, risulta viepiù chiaro che la fondazione di partecipazione si sia affermata quale innovativa modalità di gestione, in grado di favorire, più di altri modelli, maggiori livelli di collaborazione pubblico-privata, assicurando la più economica ed efficiente produzione-erogazione della rete integrata di interventi e servizi. Ciò in settori tradizionalmente complessi come l'area sociale e, per l'appunto, l'area culturale.

Ma nonostante sia questo un assunto generalmente accettato anche dai giuristi<sup>622</sup>, di fatto l'operatività della fondazione di partecipazione come modello gestionale concreto, si caratterizza altresì per aspetti che

---

a conseguenza della costituzione ex novo di tali soggetti giuridici. Ciò vale anche per le fondazioni di partecipazione – che rispondono all'esigenza di disporre di uno strumento più ampio rispetto alla fondazione tout court, caratterizzato dalla commistione dell'elemento patrimoniale con quello "associativo", in ragione della partecipazione di più soggetti alla costituzione dell'organismo - funzionali, in particolare, alle ipotesi di partenariato pubblico privato, purché risultino coerenti con l'esercizio di funzioni fondamentali o amministrative assegnate agli enti locali”.

<sup>622</sup> Si pensi alla istituzione, nel 2012, della “Fondazione La Grande Brera”. Sul punto, cfr. S. BAIA CURIONI, *A proposito di Grande Brera*, in *Aedon*, n. 3/2012, s.p. (Rivista di arti e diritto on line); G. MANFREDI, *La “Fondazione La Grande Brera”, il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon*, n. 2/2014.

inevitabilmente richiamano processi già rilevati, ad esempio, nel settore delle società pubbliche<sup>623</sup>.

E ciò è possibile supporlo con la semplice osservazione del dato empirico, stante la varietà di forme attraverso le quali si manifesta la fondazione in ambito culturale: vi sono, infatti, fondazioni “pubbliche” o “in mano pubblica”, frutto della trasformazione per legge di precedenti enti pubblici ovvero costituite in via esclusiva da (uno o più) enti pubblici per la cura di iniziative di pubblica utilità; fondazioni che rappresentano l'esito della decisione dell'ente pubblico di "esternalizzare" servizi ed attività in precedenza svolti direttamente con le proprie strutture; vere e proprie fondazioni “private”, partecipate o meno da enti pubblici.

Questo, se da un lato conferma, nel settore culturale, la grande flessibilità del modello fondazionale, dall'altro espone a rilievi ben più incisivi legati agli effetti rilevanti per la disciplina ad esso applicabile.

In particolare, la questione si pone – giova ribadirlo - non solo relativamente alla qualificazione della fondazione di partecipazione come organismo di diritto pubblico, e ciò ai fini dell'applicazione della disciplina sugli appalti, ma anche come riconoscimento della sostanziale natura pubblica di siffatto ente formalmente di diritto privato.

Per questa ragione, parte della dottrina propone di espungere alcune ipotesi di fondazione dalla categoria (privatistica) della fondazione di partecipazione: perché anche ove esse siano “partecipate”, di fatto esse restano soggette a penetranti poteri di indirizzo e controllo pubblicistici, così qualificandole “fondazioni di diritto pubblico” (v. infra).

In definitiva è come se della fondazione di partecipazione si fosse avuta la trasformazione in centro autonomo di imputazione giuridica, così

---

<sup>623</sup> Cfr., L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, pp. 79-128.

realizzando, in parte, le aspirazioni del legislatore a favore di forme di gestione capaci di garantire efficienza, efficacia ed economicità di siffatta tipologia di azione amministrativa, anche in settori particolarmente delicati come quello relativo alla gestione dei beni e dei servizi culturali.

Ma se questo è vero dal punto di vista pratico, sul piano teorico, tuttavia, la soluzione organizzativa ottimale nel settore culturale dovrebbe poter rispondere non solo ai criteri di efficienza, efficacia ed economicità ma, soprattutto, dovrebbe possedere un elevato grado di autonomia tale da assicurare una *governance* stabile e partecipata, assolvendo positivamente alle esigenze del mondo della cultura.

Le necessità per la crescita del settore culturale vanno, infatti, ben oltre le semplici considerazioni di ordine consuetudinario e ripongono aspettative in un rinnovato e più concreto rapporto pubblico-privato senza, per questo, trascurare il ruolo che pure le istituzioni pubbliche devono conservare quali importanti centri di responsabilità nel soddisfacimento delle esigenze di livello generale.

In questo senso (lo si è detto prima e lo si ribadisce ora), la valorizzazione, assieme alla gestione, ha il compito di favorire il miglioramento dell'offerta culturale: si tratta di un processo che, se adeguatamente innescato, sarebbe in grado di ingenerare ricchezza a seguito di un sapiente connubio tra "amministrazione" e "cittadino" per lo sfruttamento adeguato delle risorse culturali.

Un fattore, questo, che indubbiamente richiede uno sforzo maggiore da parte dei poteri pubblici per incoraggiare, ad esempio, l'affidamento dei servizi aggiuntivi ai singoli, così favorendo quel ritorno economico che, anche secondo una parte della letteratura, sarebbe in grado di generare risorse



«anche per le amministrazioni, che potrebbero reinvestirle nelle attività di tutela del patrimonio collettivo»<sup>624</sup>.

Va aggiunto, infine, che, sulla scorta di accreditata dottrina<sup>625</sup>, le fondazioni di partecipazione possono perseguire un fine di pubblica utilità anche essendo ammesse ad esercitare attività di impresa finalizzate, naturalmente, al perseguimento dello scopo statutario.

Ed è questo un aspetto che si intreccia con quello di più ampia portata e sul quale si dibatte ancora molto<sup>626</sup>, avente ad oggetto la possibilità di ammettere anche i soggetti privati operanti a scopo di lucro (quindi, le imprese) nella gestione del patrimonio culturale pubblico. Nel qual caso, però, in dottrina si è paventato già da tempo il rischio che l'interesse pubblico potesse diventare accessorio rispetto a quello privato<sup>627</sup>.

Certamente, pur a fronte di legittimi dubbi, la legislazione vigente esprime una linea di tendenza precisa nell'ambito del rapporto tra imprese e cultura, ammettendo una pluralità di strumenti idonei a coinvolgere (anche) soggetti privati operanti a scopo di lucro: si pensi, in particolare, all'istituto del *project financing*<sup>628</sup> e della sponsorizzazione<sup>629</sup>.

---

<sup>624</sup> Cfr. D. MESSINEO E R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon*, n. 3/2014, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*); A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale: risorsa o pregiudizio?*, in *Urb. app.* 2008, p. 137 ss., sulle orme di F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità*, cit., p. 5.

<sup>625</sup> S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, cit., p. 356, il quale, alla nota 62, richiama quanto sottolineato da G. FRANCHI-SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in *Aedon*, n. 3/2000, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*), e cioè che «se l'attività economica è connessa a quella di impresa, come si desume dalle disposizioni di diritto privato, la conseguenza in termini di scelta dei modelli di gestione è che per tutte le attività economiche non si potrebbe ricorrere al modello dell'istituzione (...) destinato all'esercizio delle sole attività imprenditoriali».

<sup>626</sup> Sul punto, favorevolmente, D. MESSINEO E R. OCCHILUPO, *Op. cit.*, s.p.

<sup>627</sup> S. FOÀ, *Op. cit.*, p. 359.

<sup>628</sup> Cfr. D. MESSINEO E R. OCCHILUPO, *Op. cit.*, s.p., il quale rileva appunto come «la previsione più significativa tra quelle recate dal Codice degli appalti sembra quella di cui all'art. 197, comma 3, che ha esteso l'istituto della finanza di progetto "all'affidamento di lavori e servizi

Ma ciò senza escludere i poteri di vigilanza e controllo del Ministero e degli enti territoriali, ai quali i beni culturali pertengono, così da assicurare costantemente che «il coinvolgimento dei privati non pregiudichi gli imperativi di corretta conservazione (tutela) e di fruizione collettiva (prodromica allo sviluppo della cultura) riconducibili all'art. 9 Cost.»<sup>630</sup>.

Anche per questa ragione, in piena conformità all'attuale dettato costituzionale e nel rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, 4 comma, Cost.), il privato non dovrebbe rappresentare – come ancora accade – un competitore dell'amministrazione, quanto piuttosto un franco alleato nella gestione dei beni culturali.

Quello che, forse, vale la pena aggiungere in ultima battuta è una considerazione di ordine pratico: e cioè che forse manca, oggi, una legislazione puntuale che, in campo culturale, sappia meglio definire i “ruoli” del pubblico e quelli del privato, non solo per evitare una inutile sovrapposizione di compiti, ma soprattutto per assicurare un equilibrato apporto di “forze” che sappia mediare tra l'esigenza di garantire un adeguato servizio al pubblico ed il dovere istituzionale di riuscirci.

---

relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli articoli 115 e 117 del “Codice dei beni culturali», qualificando l'introduzione del p.f. nel settore dei beni culturali dalla «portata potenzialmente dirompente».

<sup>629</sup> Cfr. D. MESSINEO E R. OCCHILUPO, *Op. cit.*, s.p., dove si rileva come «nell'inserire nel Codice degli appalti una disposizione appositamente dedicata alle sponsorizzazioni nel settore dei beni culturali (l'art. 199-bis), non si sia limitati a introdurre una disciplina speciale per la scelta del contraente: invero, accanto alla sponsorizzazione di puro finanziamento, il legislatore ha riconosciuto la possibilità per le amministrazioni di realizzare, con la sponsorizzazione c.d. “tecnica”, una vera e propria “forma di partenariato”, affidando la “progettazione e...la realizzazione” di taluni interventi in tutto o in parte “a cura e spese dello sponsor”».

<sup>630</sup> Cfr. D. MESSINEO E R. OCCHILUPO, *Op. cit.*, s.p.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Legge "La Loggia". Commento alla l. 5 giugno 2003, n.131 di attuazione del titolo V della Costituzione*, Rimini 2003, ma disponibile anche in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it);

AA.VV , *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla l. 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia)*, Milano, 2003;

N. ABBAGNANO, Voce *Fenomenologia*, in *Dizionario di Filosofia*, Torino, 1993, p. 387-389;

N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, p. 41;

N. AICARDI, *Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei beni culturali e sul ruolo del ministero per i beni culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale* , in *Aedon*, n. 1/2003 (*Rivista di arti e diritto on line*);

M. AINIS, *Il decentramento possibile*, in *Aedon* n.1/1998, s.p. (*Rivista di arti e diritto on line*);

M. AINIS – M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2003, p. 106;

A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, I, p. 51 ss;

T. ALIBRANDI, (voce) *Beni culturali: I) Beni culturali e ambientali*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, vol. V, pp. 1-5;

T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, ed. IV, Milano, 2001, p. 36 ss;

F. ALIMENA, *Osservazioni sulla distinzione del diritto in pubblico e privato*, Roma, 1931;

G. ALPA, *Diritto privato «e» diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, 1998, p. 8;

G. ALPA, *La distinzione/contrapposizione di diritto privato e di diritto pubblico nella giurisprudenza*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XIV, 5, 1998, pp. 1-9;

G. ALPA, *Le fondazioni. Tradizione e modernità. Materiali raccolti da Guido Alpa*, in *Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1988;

S. AMOROSINO, *Le fondazioni culturali "di origine" o "a vocazione" politica*, in *Aedon*, n. 2/2010, s.p. (Rivista di arti e diritto on line);

AMORTH, *Osservazioni e limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, III, Padova, 1938, pp. 455-556;

A. ANGIULI, *Le fondazioni culturali: prospettive e problemi*, in G. RESTA (a cura di) *Le fondazioni: prospettive italiane ed europee*, Napoli, 2014, p. 175 ss;

G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Milano, 2005, p. 192;

G. AURISICCHIO, *Verso una tipologia delle fondazioni italiane*, in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, pp. 81-92. Atti del convegno tenutosi a Roma nei giorni 12-14 maggio 1966, promosso dalla Fondazione Olivetti, dalla Fondazione Cini e dall'Istituto Accademico di Roma;

S. BAIA CURIONI, *A proposito di Grande Brera*, in *Aedon*, n. 3/2012, s.p. (Rivista di arti e diritto on line);

C. E. BALDI, *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato e politica culturale europea. Le incoerenze di un sistema fortemente burocratizzato*, in *Aedon*, n. 3/2014 (Rivista di arti e diritto on line);

C. BARBATI, *I soggetti*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003, p. 108 ss;

C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, pp. 219-223;

C. BARBATI, *Le forme di gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003, pp. 173-196;

C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale (art. 6)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*);

C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon*, n. 9/2001 (Rivista di arti e diritto *on line*);

C. BARBATI, *Territori e attività economiche*, in C. BARBATI- G. ENDRICI (a cura di) *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Bologna, 2005, pp. 13-130;

C. BARBATI, *Territori e cultura: quale rapporto?* in *Aedon*, n. 2/2011 (Rivista di arti e diritto *on line*);

C. BARBATI, *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, n. 2/2009 (Rivista di arti e diritto *on line*);

C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del Codice Urbani)*, in *Riv. Giur. Edilizia*, fasc. 4-5, 2006, p. 159 ss;

A. BARBERA – C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, p. 28;

G. P. BARBETTA, *Le fondazioni. Il motore finanziario del terzo settore*, Bologna, 2013, p. 50;

E. BARONE, *Definizione di Organismo di diritto pubblico: nozione ed esempio*, in [www.iuresolutio.com](http://www.iuresolutio.com);

A. BARTOLINI, (voce) *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, Milano, 2013, pp. 93-131;

M. BASILE, *Le persone giuridiche*, in G. IUDICA (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano, 2003, p. 275;

E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Le Fondazioni del terzo millennio. Pubblico e privato per il non profit*, Firenze, 1998;

E. BELLEZZA e F. FLORIAN, *Fondazioni di partecipazione e riscoperta delle comunità*, in *Fondazioni di partecipazione. I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2007, p. 36;

E. BELLEZZA, *Le fondazioni quali modelli innovativi di gestione e sviluppo: la situazione in Italia tra tradizione e sperimentazione*, saggio elaborato c/o lo Studio notarile Bellezza, p. 11, reperibile sul sito [www.orpheon.org](http://www.orpheon.org);

G. BERTI - G. C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Luiss, 2002, 333 ss;

R. BIANCHINI, *Ente pubblico? E' una nozione funzionale e cangiante*, pubblicato il 23.06.2015 e reperibile su [www.altalex.com](http://www.altalex.com);

R. BIN, *La funzione amministrativa*, traccia dell'intervento tenuto al Seminario del 14 gennaio 2002 tenutosi a Bologna sul tema *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione - Primi problemi della sua attuazione*, su <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200201/datena.html>;

R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2014, p. 103;

P. BONFANTE, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, in *ID.*, *Scritti giuridici vari*, vol. 4, Roma, 1925, pp. 28-45;

P. BUCCELLI, *La normativa nazionale*, in A. MARI (coordinatore della ricerca in) *“Valorizzazione e fruizione dei beni culturali tra gestione diretta e indiretta”*, Cap. I, parte II, 2004, p. 27 ss, reperibile al sito <http://sna.gov.it/www.sspa.it/indexp=3588.html#Materiali%20della%20ricerca>;

M. A. CABIDDU, *Governare il territorio*, 2008, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it);

C. CALIANDRO - P. L. SACCO, *Italia Reloaded. Ripartire con la cultura*, Bologna, 2011;

Q. CAMERLENGO, *Analisi del quadro normativo - istituzionale per i distretti culturali*, in A. FRANCESCONI – G. CIOCCARELLI (a cura di), *Organizzare i distretti culturali evoluti*, Milano, 2013, pp. 169-240;

M. CAMMELLI, *La sindrome del fuoco amico (artt. 2 e 12 del decreto “Valore cultura”)*, in *Aedon*, n. 3/2013 (Rivista di arti e diritto on line);

M. CAMMELLI, *Decentramento ed outsourcing nel settore della cultura*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 261 ss;

F. CAMMEO, *Commentario sulle leggi della giustizia amministrativa*, Milano, 1912, p. 7;

C. A. CANNATA – A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della Giurisprudenza europea*, IV ed., II, Torino, 1989;

P. CAPPELLINI, *Pubblico e privato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 660-87;

B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la Riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, p. 15 ss;

M.T. CARBALLEIRA RIVERA, *Fundaciones y Administraciòn Pùblica*, Barcelona, 2009;

A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2005, pp. 567-574;

P. CARPENTIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione* (Nota di commento a Corte Costituzionale 28 marzo 2003, n. 94), in *Urbanistica e Appalti*, n. 9/2003 e reperibile sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it);

P. CARPENTIERI, *Fruizione, valorizzazione, gestione dei beni culturali*, Relazione tenuta al Convegno tenutosi a Terracina il 26 giugno 2004 sul tema: "Il nuovo Codice dei beni culturali e del paesaggio. Prospettive applicative", reperibile anche su [www.avvocatiamministrativisti.it](http://www.avvocatiamministrativisti.it);

P. CARPENTIERI, *Le ragioni della novella degli articoli 112 e 115 del Codice dei beni culturali*, in G. MORBIDELLI - G. CERRINA FERRONI (a cura di), *I musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Giappichelli, Torino, 2010;

G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 8, p. 888;

G. N. CARUGNO, W. MAZZITTI, C. ZUCHELLI, *Codice dei beni culturali annotato con la giurisprudenza*, (II ed.), Milano, 2006, pp. 184-185;

A. CARZANIGA, *Aspetti generali del partenariato tra pubblico e privato*, in D. SPINELLI - P.L. VECCHIA, *Opere pubbliche: le nuove modalità di realizzazione*, Milano, 2007;

S. CASCIU, *Il tema delle sponsorizzazioni/erogazioni liberali visto dalla parte delle Soprintendenze: difficoltà, equivoci, burocrazia, mentalità*, in *Aedon* 2/2013, s.p. (Rivista di arti e diritto on line);

E. CASSETTA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, 1987, p. 521 ss;

E. CASSETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, ed. IV, Milano, 2004;

240

GIOVANNA ROMANO

*Fondazioni di partecipazione e gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*

Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI



- L. CASINI, (voce) *Beni culturali (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da) *Diz. Dir. Pubbl.*, vol. I, Milano, 2006, pp. 679- 690;
- L. CASINI, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1-2/2012 (Rivista di arti e diritto *on line*);
- L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, III, 2001, p. 651 ss;
- L. CASINI, *Il decreto valore cultura: «senza pietre non c'è arco»*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 2/2014, pp. 117-130;
- S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 7/2012, p. 781 ss;
- S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, p. 673 ss;
- S. CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, n. 2/2001, pp. 601-650;
- S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1985, p. 374 ss;
- E. CAVALIERI, *La tutela dei beni culturali. Una proposta di Giovanni Urbani*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, II, 2011, p. 473 ss;
- M. C. CAVALLARO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove Autonomie* n. 1-2/2005, p. 39 ss;
- U. CERRONI, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1960, pp. 335-367;
- V. CERULLI-IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006;

- V. CERULLI-IRELLI, (voce) *Sussidiarietà*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, p. 4;
- V. CERULLI-IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in AA. VV., *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, (a cura di) S. CASSESE e G. GUARINO, Milano, 2000, p. 25 ss;
- V. CERULLI – IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, p. 2 ss;
- V. CERULLI – IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011;
- P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione, Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, p. 290;
- M. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d. l. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, n. 1/1998 (Rivista di arti e diritto *on line*);
- M. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Napoli, 2009, p.5;
- M. P. CHITI, *Il Partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, 21 gennaio 2015, in [www.studiolegalechiti.it](http://www.studiolegalechiti.it);
- F. CINTIOLI, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 143 ss;
- M. CORESI, S. LANZONE e S. DI GENNARO (a cura di), *Nota al Decreto Legge n. 95 del 2012 (Spending Review)*. Testo approvato definitivamente con le modifiche introdotte al Senato. Senato Della Repubblica, 6 Agosto 2012;
- G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999;

S. COTELLESA, *La sussidiarietà nella società della poliarchia: prime osservazioni su una «non risposta» della scienza politica*, in F. PIZZOLATO- P. COSTA (a cura di), *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Milano, 2013, pp. 214;

A. CRISMANI, *“ART-BONUS: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico”*, in *Federalismi*, n. 19/2014, pp. 1-29;

G. DALLA TORRE, *Dottrina sociale della Chiesa e nuova codificazione canonica*, in *Dr. Eccl.*, 1991;

S. D’ANTONIO, *La gestione dei servizi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 110;

S. D’ANTONIO, *Il partenariato pubblico-privato nel processo di integrazione europea*, in G. MARAZZITA (a cura di), *Il processo di integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona. Dottorato di ricerca in Tutela dei diritti fondamentali. Diritto pubblico italiano ed europeo*, Roma, 2012 e pubblicato in *Diritto e processo amministrativo*, fascicolo 2/2011, pp. 503-526;

A. D’ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, I, p. 24;

A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. dir. Pubbl. com.*, 1997, pp. 603-627;

A. D’ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2012, pp. 97-123;

G. D’AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali*, in *Foro it.*, 2001, V, col. 217;

S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011;

L. DEGRASSI, *La fruizione dei beni culturali nell’ordinamento italiano e comunitario*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e Istituzioni. La*

*valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, 145 ss;

S. DE MARCO, *Le fondazioni culturali. Profili di un modello in evoluzione*, in (collana diretta da) G. ALPA, E. CUOZZO, A. FANTOZZI, M.M. FRACANZANI, M. SAITTA, G. SPANGHER, S. D'ACUNTO, *Collana della facoltà di giurisprudenza, sezione monografie, Università telematica Giustino Fortunato*, Torino, 2012;

R. DE ROSA, *Tipicità delle persone giuridiche e fondazioni di partecipazione*, in *Studi in memoria di Bruno Carboni*, Napoli, 2010, pp. 323-365;

R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006;

R. DIPACE, *Le sponsorizzazioni di beni culturali*, in *Nuove Alleanze, Diritto ed economia per la cultura e l'arte*. Supplemento al n. 80/81 di *Arte e Critica*, pp. 47-51;

D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, p. 182 ss;

D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D. D'ORSOGNA, P. G. SACCO, M. SCUDERI. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n. 80/81 di *Arte e critica*, pp. 6-9;

D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto e Storia*, n. 9-2010. Relazione tenuta al Convegno su "La buona amministrazione tra affermazioni di principio e diritti fondamentali" (Gubbio, 19 e 20 ottobre 2007) organizzato dalla Università degli Studi di Perugia e dalla Scuola Eugubina di Pubblica Amministrazione, reperibile al sito [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it);

D. D'ORSOGNA- M. OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociale: un bilancio*, in *Munus (Rivista giuridica dei servizi pubblici)*, n. 2/2013, p. 321;

M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, in F. G. SCOCA (studi diretti da) *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Torino, 2001;

M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 169 ss;

M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, n. 2/2007 (Rivista di arti e diritto on line);

M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, pp. 55-69;

M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001;

M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996;

P. DURET, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004, p. 28;

FEDERCULTURE e FONDAZIONE IFEL “*Le forme di PPP e il fondo per la progettualità in campo culturale*” (2013), reperibile al sito [www.federculture.it](http://www.federculture.it);

FEDERCULTURE E FONDAZIONE FLORENS (Rapporto a cura di), *La cultura che vince. Esperienze di successo nella gestione dei beni pubblici*, Firenze, 2012, sul sito [www.federculture.it](http://www.federculture.it);

G. FERILLI, P.L. SACCO, G. TAVANO BLESSI, M. NUCCIO, *Cultura come fattore di sviluppo locale: il Distretto Culturale Evoluto*, versione italiana del saggio 2012, *Culture as an Engine of Local Development Processes: System-Wide Cultural Districts*, reperibile in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it);

F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Napoli - Torino, 1915;

A. FERRARI ZUMBINI, *Valutazione e valorizzazione dei beni pubblici in una prospettiva comparata*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 635-649;

G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 1, 2015, p. 101 ss;

G. F. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 1-2/2012, s.p. (*Rivista di arti e diritto on line*);

F. FILOMUSI – GUELF, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, Napoli, 1873, p. 38 ss;

S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, p. 60;

S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali*, in *Aedon*, n. 1/2002, s.p. (*Rivista di arti e diritto on line*);

FONDAZIONE SYMBOLA E UNIONCAMERE, *Rapporto 2014 "Io sono cultura – l'Italia della qualità e della bellezza sfida la crisi"*, reperibile al sito <http://www.symbola.net/html/article/iosonocultura2014rapporto>;

A. FRANCESCONI, G. CIOCCARELLI, *Organizzare i distretti culturali evoluti*, Milano, 2013, p. 236;

C. FRANCHINI, *L'organizzazione statale per la gestione dei beni pubblici*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 115 ss;

G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in *Aedon*, n. 3/2000, s.p. (Rivista di arti e diritto on line);

C. FRESA, *Servizio pubblico*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1983, p. 1346;

A. FUSARO, (voce) *Fondazione*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civile)*, VIII, Torino, 1992, pp. 359-365;

A. FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni*, in *N.G.C.C.*, II, 2012, pp. 327-337;

F. GALGANO, (voce) *Fondazione (dir.civ.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XIV, Roma, 1989;

F. GALGANO, *Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica*, in *Contratto e impresa*, II, 1985, pp. 357-75;

F. GALGANO, "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, p. 279 ss;

F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Cod. civ.*, (a cura di) SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1969 (seconda edizione 2006);

F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, II ed., Milano, 1996;

S. GALLETTI, *Le fondazioni e le attività museali*, in *Gazzetta ambiente*, n. 4/2005, pp. 127-146;

L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, pp. 79-128;

M. S. GIANNINI, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 988-996;

M. S. GIANNINI, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'Anno Acc. 1962-63*, Roma, 1963, p. 87 ss;

M. S. GIANNINI, *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato e Diritto*, 1940, p. 128 ss;

M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, Milano, 1967;

M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964;

M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Milano, 1976, pp. 3-38;

M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini*, II, Milano, 1973, pp. 179-274;

M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, XV, Milano, 1961, p. 391- 420;

W. GIULIETTI, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, pp. 83-106;

J. V. GONZALEZ GARCIA, *Contráto de colaboración público-privada*, in *Revista de Administración pública*, 2/2006, p. 11 ss;

M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952;

R. GROSSI, *Introduzione*, in R. GROSSI (a cura di), *Creatività e produzione culturale. Un paese tra declino e progresso. Quinto rapporto annuale Federculture*, 2008, p. 15;

R. GROSSI (a cura di), *Cultura l'alternativa alla crisi per una nuova idea di progresso - 10° Rapporto annuale. FEDERCULTURE 2014*;

G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, ed. V, Torino, 1965;

248

GIOVANNA ROMANO

*Fondazioni di partecipazione e gestione di beni e servizi culturali: problemi giuridici*

Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI



- A. GUARINO, *Diritto privato romano*, ed. XI, Napoli, 1997, pp. 335-342;
- S. GUGLIELMINO, *Guida al Novecento*, Milano, 1971 (agg. 1992), p. 340 ss;
- M. R. GUIDO, *Tre dimensioni della valorizzazione: l'esperienza, la partecipazione e la gestione*, Primo colloquio sulla valorizzazione, Roma, 12 ottobre 2011, reperibile sul sito [www.valorizzazione.beniculturali.it](http://www.valorizzazione.beniculturali.it);
- D. GUZZI, *Le fondazioni. Nascita e gestione*, Milano, 2006, p. 20 ss;
- E. HUSSERL, *L'idea della fenomenologia - Die Idee der Phänomenologie. Fünf Vorlesungen*, 1907; (tr. it. a cura di) C. SINI, Laterza, Roma - Bari 1992;
- C. IBBA- F. MORANDI, *La fondazione di partecipazione per la gestione di prodotti e servizi turistici*, in *Riv. It. di Dir. Tur.*, n. 2/2011, pp. 171-184;
- IL GIORNALE DELL'ARTE - Giornale delle Fondazioni, schede e report pubblicati e reperibili al sito <http://www.ilgiornaledellefondazioni.com/>;
- M. IMMORDINO - A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004;
- G. IORIO, *Le fondazioni*, in *Il diritto privato oggi*, Milano, 1997;
- G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, 2010;
- H. Kelsen, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1924, p. 342;
- LIBRO VERDE relativo ai partenariati pubblico - privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, pubblicato dalla Commissione delle Comunità Europee in data 30 aprile 2004 (COM/2004/327 def.);
- R. LUCIFREDI, (voce) *Decentramento amministrativo*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. V, Torino, 1960, p. 248 ss;

- E. MAGGIORÀ, *La gestione comunale dei pubblici servizi*, in *Tar*, 1986, p. 113;
- G. MAGGIORE, *L'aspetto pubblico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, II, 2-3, 1922, pp. 111-42;
- M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazione italiana del notariato*, reperibile on line al sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it>;
- A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2006;
- G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon* n. 2-2014, s.p. (Rivista di arti e diritto on line);
- G. MANFREDI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali ed il mercato*, in *Aedon*, n. 1/2014, s.p. (Rivista di arti e diritto on line);
- F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, n. 1-2/2014, p. 54 ss;
- S. MANGIAMELI, *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme*, ottobre 2012, in *Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie "Massimo Severo Giannini"*, reperibile al sito [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it);
- S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, XVII, p. 349 ss;
- C. MARCOLUNGO, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, in M. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Napoli, 2009, p. 193 ss;

D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, in (studi diretti da) F. G. SCOCA, *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Torino, 2012;

R. MARZOCCA, *La distinzione tra "tutela e valorizzazione" dei beni culturali, dopo la riforma del titolo V parte II della Costituzione*, Pubblicato su [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it) il 21/11/2005;

C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, p. 393 ss;

M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000;

L. MELICA, (voce) *Sussidiarietà*, in *Diz. Dir. pubbl.*, (diretto da) S. CASSESE, Milano, 2006, p. 5837;

F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2007, pp. 1-13;

D. MESSINEO E R. OCCHILUPO, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon*, n. 3/2014, s.p. (Rivista di arti e diritto on line);

P. MICHARA, *Considerazioni sulla partecipazione dei privati alla gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 393 ss;

E. MONTALE, *Le fondazioni e la vita della cultura italiana*, in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, pp. 25 – 33;

G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa. Atti del convegno – Palermo, 13 maggio 2005*, Torino 2006, p. 91 ss e reperibile anche sul sito [www.olodev.com](http://www.olodev.com);

A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003, pag. 156 ss;

G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003;

G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 573;

G. NAPOLITANO, *Cultura e ricerca per rilanciare lo sviluppo del nostro Paese*, Discorso del Capo dello Stato agli Stati generali della cultura, novembre 2012, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com);

D. NARDELLA, *Un nuovo indirizzo giurisprudenziale per superare le difficoltà nell'attuazione del Titolo V in materia di beni culturali?*, in *Aedon*, n. 2/2004 (Rivista di arti e diritto on line);

M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. del dir.*, 1975, p. 597;

G. NOCERA, *Privato e pubblico (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1964, pp. 615-59;

G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli, 1989;

L. NONNE, *Autodestinazione e separazione patrimoniale negli enti non profit dopo la riforma del diritto societario*, in *Diritto e Storia*, n. 6/2007 reperibile al sito [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it) ;

G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. Dir. Iv.*, 1994, I, p. 25 e ss;

R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981, p. 54;

R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, 1959;

G. PALMERINI, *La "Fondazione di partecipazione" come ipotesi di gestione dei servizi pubblici locali*, 2006, reperibile su [www.diritto.it](http://www.diritto.it);

G. PASTORI, *I beni culturali (art. 10)*, in *Aedon*, n. 1/2004, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. PASTORI, *Le funzioni dello Stato in materia di tutela del patrimonio culturale (art.4)*, in *Aedon*, n. 1/2004, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. PASTORI, *La cooperazione delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali in materia di tutela del patrimonio culturale (art. 5)*, in *Aedon*, n. 1/2004, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazioni in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 3/2004, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

F. PERRINI - E. TETI, *Project financing per l'arte e la cultura*, Milano, 2004, p. 339 ss;

C. PINELLI, *Lo sviluppo dell'economia territoriale attraverso al cultura e il turismo e il coordinamento dei pubblici poteri*, in *Istituzioni del federalismo*, n.3/4-2013, pp. 777-792;

G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, n. 3/2003, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. PIPERATA, *La nuova disciplina dei servizi aggiuntivi dei musei statali*, in *Aedon*, n. 2/2008, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. PIPERATA, *Sponsorizzazioni ed interventi di restauro dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2005, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

P. PIRAS, *La "borsa dei beni culturali e del turismo sostenibile": il bene culturale quale risorsa*, in *Aedon*, n. 3/2002, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

F. PISTOLESI, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempi di crisi*, in *Riv. Dir. Trib.*, fasc. 11, 2014, p. 1211 ss;

G. PITRUZZELLA, *Sub art. 3*, in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali. Commento al testo unico approvato con il decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490*, Bologna, 2000, p. 37 ss;

G. PITRUZZELLA, *Sub art. 4*, in M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali. Commento al testo unico approvato con il decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490*, Bologna, 2000, p. 38 ss;

G. PIVA, voce *Cose d'arte*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, 1962, p. 118 ss;

F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso*, in *Le Regioni*, n.6/2001, p. 1153 ss;

A. POGGI, *La difficile attuazione del Titolo V: il caso dei beni culturali*, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), s.d. ma ante 2004;

A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, pp. 65-82;

A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F. G. COCA (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, pp. 189-211;

A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in (a cura di) F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, pp. 393-412;

A. POLICE, *Fondazioni bancarie, imprese strumentali e diritto amministrativo*, in *Aedon*, 1/2009, s.p. (Rivista di arti e diritto on line);

T. PONTELLO, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, Società miste, Fondazioni*, Napoli, 2009, p. 317 ss;

G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. Dir. civ.*, I, Padova, 1979, pp. 23-64;

G. PONZANELLI, (voce) *Fondazione in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Priv. (sez. civile)*, VIII, Torino, 1992, pp. 367-369;

G. PONZANELLI, *Fondazioni, «non profit» e attività d'impresa: un decennio di successi*, in *Riv. Dir. priv.*, n. 2/1999, pp. 185-193;

G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, II ed., Torino, 2000;

A. PREDIERI, *Proposte per una nuova disciplina legislativa delle fondazioni e degli istituti privati di cultura in Italia*, in *Funzioni e finalità delle fondazioni culturali*, Roma, 1967, pp. 113-180;

A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. Trim. di Dir. e proc. civ.*, 1969, pp. 1117-1198;

S. PUGLIATTI (*Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 696-746;

L. RAGGI, *Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LV, 1915, pp. 111-72;

O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX, 1905, pp. 337-54;

M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 285;

M. RENNA, *Le sponsorizzazioni*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico – privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 521;

P. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, I, p. 19;

P. RESCIGNO, (voce) *Fondazioni (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 811 ss;

P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, in *Saggi di diritto privato*, II, (1967-1987), Padova, 1988;

P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. Società*, 1967, p. 815;

M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 7/2014, pp. 741-757;

P. G. RINALDI, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi di valorizzazione dei beni culturali dopo il d. lgs. n. 156/2006. Una rilettura critica*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008, pp. 203-237;

G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, p. 86;

V. M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, I, Napoli, 1935;

A. ROMANO TASSONE, (voce) *Motivazione (Dir. Amm.)*, in S. CASSESE (diretto da) *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3741-3748;

A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2005, pp. 473-486;

G. ROMANO, *La fondazione di partecipazione per i servizi culturali: un modello ancora attuale?*, in *Giustizia amministrativa*, 2013, pp. 1-8;



G. ROMANO, *La mannaia della "spending review" sulle fondazioni culturali: tanto rumore per nulla*, in *Nuove Alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*. Supplemento al n. 80/81 di "Arte e Critica", p. 46;

S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enc. Giur. It.*, IV, 1-3, Milano, 1897, pp. 427-462;

S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906;

F. ROVERSI MONACO, (voce) *Decentramento Amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 2000;

A. RUOTOLO, *Trasformazione da associazione in fondazione*, il 17 marzo 2015, <http://www.abbruscatonotaio.com/component/content/article/50-nuovo-archivio/1760-trasformazione-da-associazione-in-fondazione>;

P. RUSSO – S. GHINASSI, *Linee evolutive del trattamento fiscale delle fondazioni con particolare riferimento alle fondazioni culturali*, in *Rivista del notariato*, Milano, 1998, pp. 625-639;

P. L. SACCO, G. FERILLI, *L'Italia che verrà, quando? Per una visione coerente con la natura del nostro paese*, in D. D'ORSOGNA, P. G. SACCO, M. SCUDERI. (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in Supplemento al n.79/2014 di *Arte e critica*, pp. 10-17;

P.L. SACCO - S. ZAMAGNI (a cura di), *Complessità relazionale e comportamento economico. Materiali per un nuovo paradigma di razionalità*, Bologna, 2002;

P.L. SACCO - S. ZAMAGNI (a cura di), *Teoria economica e relazioni interpersonali*, Bologna, 2006;

M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, ed. II, Milano, 2012, p. 21;

M. A. SANDULLI (a cura di) *Artt. 115-117*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, p. 876 ss;

A. SANTUARI, *Le Onlus. Profili civili, amministrativi e fiscali*, 2007, p. 132;

A. SANTUARI, "Art. 9 D.L. n. 95/2012 e fondazioni di partecipazione. Una sintesi", pubblicato il 13 marzo 2013 su [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it);

G. SCIULLO, *Le Funzioni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di) *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 53 ss;

G. SCIULLO, *La tutela del patrimonio culturale (art. 3)*, in *Aedon*, n. 1/2004 (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. SCIULLO, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 23 ss;

G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lg. 156/2006?*, in *Aedon*, n. 2/2006, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. SCIULLO, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia n. 272 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Aedon*, n. 3/2004, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon* 2/2009, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2002, pp. 431-457;

F. G. COCA (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2002, p. 75 ss;

F. G. COCA, *Beni pubblici e modificazioni soggettive degli enti pubblici proprietari*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 103 ss;

- F. G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, ed. II, Torino, 2011;
- A. SERRA, *Gestione dei servizi*, parte II, in *Aedon*, n. 2/2006, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);
- S. SETTIS, *Battaglie senza eroi. I beni culturali tra istituzioni e profitto*, Milano, 2005, p. 117 ss;
- G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali ed ambientali*, Milano, 2000, p. 10;
- G. SEVERINI, *I principi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 5-2004, p. 472 ss;
- E. SILVA, *È la sussidiarietà l'unica vera risposta*, articolo pubblicato in *Il sole 24 ore*, dell' 8/11/2010;
- F. SUCCI, *Profili operativi e gestionali della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione dei servizi culturali alla luce della vigente situazione socio-economica*, in *Notariato*, 2014, 6, p. 627;
- M. TAMMA, *Prodotti culturali e territori: l'immateriale che "vive" nella materialità*, in *Cultura, arte e management: frontiere e connessioni*. Atti del convegno annuale di Sinergie, Università degli Studi di Trento. «*Sinergie*», n. 82/2010, pp. 27-46;
- A. L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004, p. 24 ss;
- A. L. TARASCO, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, pp. 341-392;

A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, in E. PICOZZA-R. LENER (collana diretta da), *Diritto dell'economia*, vol. 12, Torino, 2006;

A. L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale: risorsa o pregiudizio?*, in *Urb. app.* 2008, p. 137 ss;

F. TOGO, *Aiuti di Stato nel settore culturale*, in *Aedon*, 2/2009, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008;

A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale*, in *Aedon*, n. 1/2014, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

R. URSI, *Il patrimonio delle società a capitale pubblico*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 131 ss;

M. VERONELLI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, p. 887;

S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo: decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, p. 9 ss;

D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1975, pp. 298-348;

P. VOLONTÉ, *Le imprese sociali e i beni culturali*, Milano, 2001, p. 62 ss;

A. WIZEMANN, F. G. ALBERTI, *L'assetto organizzativo della fondazione per la gestione dei beni e delle attività culturali*, in *Liuc Papers*, n. 175/2005 – *Management ed economia della cultura*, I, p. 1ss;

B. ZANARDI, *La mancata tutela del patrimonio culturale in Italia*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, II, 2011, p. 431 ss;

L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2001, s.p. (Rivista di arti e diritto *on line*);

G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di dir. amministrativo*, (diretto da) V. E. ORLANDO, vol. II, parte III, 1935;

G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, (1924) ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955;

A. ZOPPINI – M. MALTONI (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*, in *Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2007;

A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, in *Biblioteca di diritto privato*, (diretta da) P. RESCIGNO, Napoli, 1995;

A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nell' legislazione speciale*, in *Fondazioni di partecipazione*, a cura della Fondazione italiana per il notariato, Milano, 2007, p. 21 ss.

## RINGRAZIAMENTI

*I miei ringraziamenti seguono l'ordine del cuore:*

*Ringrazio innanzitutto quel Fiore che vorrei sbocciasse ancora in me, perché è a lui che devo la caparbietà di questo momento.*

*Ringrazio Leonardo, per l'amore incondizionato che mi dà, e Sonny, mia spalla e mio diletto, che ha saputo essere un padre meraviglioso e un marito eccezionale e paziente nel corso delle mie traversate sarde.*

*Benedico i silenzi di mia Madre che, pur nello sconforto, ha saputo tacere per lasciare spazio al mio.*

*Sarò eternamente grata a "nonno Peppe", perché, a quasi 70 anni, è il baby-sitter migliore del mondo e che ha sempre messo se stesso in secondo piano per stare con Leonardo, assumendosene il carico e la responsabilità, senza farmi mai sentire "in dovere" di ricambiare.*

*Ringrazio Antonio e Saturno, i miei due straordinari nonni, ancora preziosi ispiratori nei resoconti onirici.*

*Ringrazio i miei suoceri, Adelaide e Natale che, all'occorrenza, non mi hanno negato tempo e disponibilità.*

*Ringrazio la "mia" Professoressa, Marina D'Orsogna, per aver saputo raccogliere i miei desideri senza conoscerli, per aver saputo interpretare i miei silenzi senza udirli, sempre sostenendomi nel rispetto delle mie origini. E' quel "grazie" irriducibile e privo di piaggeria che, sono certa, Lei saprà misurare.*

*Ringrazio il Prof. Domenico D'Orsogna, per la pazienza e per i suggerimenti, per avermi accompagnata in questa "avventura sarda", testimone, "forte e gentile", dei miei limiti e delle mie speranze. E' anche per Lui "quel" grazie...*

*Ringrazio il Prof. Maria Michele Comenale Pinto, per la Sua eccezionale disponibilità e puntualità: insostituibile nel Suo ruolo.*

*Ringrazio il Prof. Claudio Angelone, piccolo fiore con un grandissimo cuore ed una smisurata umiltà. A Lui devo l'incoraggiamento ed il supporto per fronteggiare "quel mondo", addensato ed impenetrabile, che è la vita professionale e in cui Lui è Maestro.*

*Ringrazio l'Avv. Antonio Gioioso, ad un tempo mio "dominus" e "pater familias", che con la sua preziosa stima sa sempre come gratificare il mio spirito disfattista.*

*Ringrazio la Dott.ssa Amelia Genco, tacita eppur partecipe, lauta fautrice di questo mio prezioso tempo.*

*Ringrazio di cuore la "mia" Brigata Sassari e, in particolare, Giovanni Pruneddu e Francesco Cuccu, per avermi accolta a braccia aperte sin dal primo istante; Antonella Piras, per aver saputo abbattere le barriere della diffidenza ed avermi fatto dono della sua amicizia; Pierangela Tedde, per la sua proverbiale schiettezza ed affidabilità; Maria Teresa Nurra, per i suoi modi gentili ed i suoi consigli spassionati.*

*Un "grazie" speciale va Lorenzo De Gregoriis e Andrea Medori, gli unici custodi delle mie incertezze, leali compagni teramani.*

*Ringrazio Alfonso Mercogliano, che in questi anni mi ha dato tanto in termini di professionalità e di amicizia e che ha saputo cogliere, con semplicità, le sfumature dei miei umori.*

*Sono evidentemente grata anche alla Sardegna, i cui profumi e i cui scenari hanno saputo inebriare questi anni di pendolarismo, rendendoli memorabili.*

*Ringrazio il Consorzio nuorese, per aver finanziato mio arricchimento culturale.*

*Ringrazio la Vita, che mi ha dato e che mi dà, non strappandomi mai la speranza.*

*Ringrazio il mio gruppo "zumba" per avermi regalato allegria e serenità.*

*Ringrazio me stessa, per non aver "mollato".*

*E, infine, ringrazio pure chi, in questi anni, non ha saputo camuffare retorica ed ovvietà, non perdendo l'occasione per sottolineare come il tempo passi inesorabile e che, prima o poi, tutti si va giù...anche io...come se ciò non fosse già davanti agli occhi di tutti.*

*Già, ringrazio vivamente anche queste creature, perché è pure per il loro gretto cinismo che ho rinnovato la mia voglia di fare, concedendomi a pieni polmoni il lusso di vivere il tempo di ieri con la maturità di oggi, così abbattendo le barriere dell'indolenza spirituale che, invece, rende gravosa la loro esistenza così sollevando, di tanto, la mia.*

*A tutti, GRAZIE di vero cuore.*