



Giustizia

Rivista semestrale di riferimento della Scuola Forense V. E. Orlando - Roma

01
2022



Hanno contribuito:

R. CARRANO	M. GRADI
M. COCUCCIO	A. MAGLIARI
G. COLAIACOVO	C. MARINO
G. D'ANGELO	A. NEDJARI
E. FERRANTE	E. RAFFA
G. GIAQUINTO	A. ROSSI
N. GIMELLI	

Direttore Responsabile: **Riccardo Bolognesi**

Direttore Scientifico: **Giorgetta Basilico**



**OPEN
ACCESS**

ISSN: **2784-9422**

Gli Organigrammi della rivista possono essere consultati direttamente sul sito internet insieme al Codice Etico e alle modalità per sottoporre alla redazione un proprio contributo.

Copyright 2022

Giustizia - Rivista giuridica on line open access dell'Associazione APL

Periodicità: semestrale

e-ISSN 2784-9422

Registrazione del Tribunale di Roma al numero 75/2020 del Registro Stampa del 29 luglio 2020

Indirizzo Internet <https://rivistagiustizia.it>

Direttore responsabile: Riccardo Bolognesi

Direttore scientifico: Giorgetta Basilico

Direzione e Redazione

Via Cola di Rienzo, 28 - 00192 Roma

email: redazione@rivistagiustizia.it - Tel. 06 3260 9166

Editing e Diffusione:

EDIZIONI DISCENDO AGITUR®

Bibliografica Giuridica Ciampi

00195 ROMA - Viale Carso, 55 - Tel. 06 8673 1273

web: <https://ciampi.com>

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

EDOARDO FERRANTE	
<i>L'indennizzo a favore dell'oblato tra atto lecito dannoso e responsabilità precontrattuale</i>	5
MARCO GRADI	
<i>La produzione in giudizio della prova sonora e audiovisiva</i>	15
ANDREA MAGLIARI	
<i>Fondazioni e amministrazione della cultura: dalle tipologie alle funzioni</i>	37
ABDELMADJID NEDJARI	
<i>The Dual Use of Mediation and Arbitration in the Middle East</i>	85

NOTE A SENTENZA

Cass. civ., Sez. un., 27 aprile 2022 n. 13143 con nota di ROSARIO CARRANO.....	95
<i>La solidarietà passiva nella responsabilità civile: il punto delle Sezioni unite</i>	116
Cass. civ., Sez. I, 8 febbraio 2022 n. 3952 con nota di MARIAFRANCESCA COCUCCIO.....	137
<i>La tutela del diritto all'oblio fra deindicizzazione e cancellazione delle copie cache</i>	149
Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 2021 n. 23252 con nota di GUIDO COLAIACOVO.....	164
<i>Estradizione e poteri cautelari del Ministro della giustizia</i>	167
Supreme Court of the United States, 24 giugno 2022 con note di:.....	177
GIUSEPPE D'ANGELO	
<i>La derubricazione del «right to abortion» secondo Costituzione neutrale nell'irrisolto nodo problematico della tensione dialettica diritti-libertà. Notazioni ecclesiasticistiche a Corte Suprema USA, Dobbs v. Jackson</i>	178
NADIA GIMELLI	
<i>Non esiste un diritto all'aborto. Brevi considerazioni alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso Dobbs v. Jackson Women's Health Organization</i>	195
Cass. civ., Sez. III, ord. 2 maggio 2022 n. 13735 con nota di GIULIANO GIAQUINTO.....	207
<i>Appunti sulla tutela del debitore ceduto nella securitisation</i>	215
Cass. civ., Sez. III, ord. 9 giugno 2022 n. 18601 con nota di CONCETTA MARINO.....	248
<i>Sulla nullità della testimonianza resa da persona incapace. La Corte di cassazione chiede l'intervento delle sezioni unite</i>	255
Cass. civ., Sez. II, 19 gennaio 2022 n. 1614 con nota di ELENA RAFFA.....	267
<i>L'onus probandi e la consulenza tecnica</i>	268
Cass. civ., Sez. III, 11 giugno 2021 n. 16607 con nota di ALESSANDRO ROSSI.....	285
<i>La prescrizione nel procedimento esecutivo: la Cassazione si pronuncia di nuovo in materia di decorrenza del termine del diritto assegnato con ordinanza ex art. 553 c.p.c.</i>	286

ARTICOLI E SAGGI

ANDREA MAGLIARI

(Ricercatore t.d. - lett. b in Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Trento)

**FONDAZIONI E AMMINISTRAZIONE DELLA CULTURA:
DALLE TIPOLOGIE ALLE FUNZIONI***

Sommario: 1. Soggetti fondazionali e amministrazione della cultura: questioni ancora attuali 2. Il tipo fondazionale nella sua evoluzione storica. Le fondazioni tra autonomia privata e «sostrato materialmente pubblicistico» 3. Dalle tipologie alle funzioni: la «amministrazione per fondazioni» 4. La privatizzazione per fondazioni. 5. La esternalizzazione di beni, servizi e attività culturali 5.1. La fondazione come soggetto strumentale: il caso della fondazione *in house* Sistema Toscana 5.2. La gestione di beni e servizi culturali da parte delle fondazioni di partecipazione come organismi misti pubblico-privato 5.3. L'affidamento delle attività di valorizzazione dei beni culturali a fondazioni tramite concessione o appalto 6. La collaborazione tra fondazioni e pubblica amministrazione 7. Le fondazioni nell'amministrazione della cultura: i nodi principali

1. SOGGETTI FONDAZIONALI E AMMINISTRAZIONE DELLA CULTURA: QUESTIONI ANCORA ATTUALI

Il modello fondazionale trova ormai, da tempo, ampia ed eterogenea applicazione nel campo dell'organizzazione e della gestione di attività di interesse generale, continuando ad attirare l'attenzione del legislatore, delle amministrazioni pubbliche, oltre che – evidentemente – della dottrina giuspubblicistica⁽¹⁾. Prova ne sono

* Il presente scritto costituisce la versione aggiornata e parzialmente rivista del contributo pubblicato nel Volume *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni. Modello fondazionale e settore culturale*, Napoli, 2022, a cura di A. AVERARDI, A. GUALDANI, A. MAGLIARI.

Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

¹ Nella dottrina giuspubblicistica, cfr. almeno S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, Milano, 1998; S. RAIMONDI-R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006; M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Quaderni del Notariato*, 2006; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni*, in *Id.*, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 75; G. PALMA-P. FORTE (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, 2008; S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo o e diritto*

due recenti interventi normativi con cui, d'un lato, il legislatore regionale toscano ha istituito un nuovo tipo di fondazione *in house* per la valorizzazione e la promozione dei beni e delle attività culturali (legge reg. Toscana 13 novembre 2018, n. 61) e, dall'altro, con un'attesa opera di codificazione sistematica del settore *non profit*, il legislatore statale ha introdotto una disciplina organica del c.d. terzo settore (d.lgs. n. 117/2017), andando, tra le altre cose, a delineare un nuovo tipo di "fondazione del terzo settore".

Pur del tutto eterogenei quanto a oggetto, portata e finalità, i due interventi sembrano fornire ulteriore motivo di riflessione attorno al tema delle formule e dei modelli organizzativi impiegati dai pubblici poteri per la gestione di attività di interesse generale. L'introduzione *ex lege* di una fondazione *in house* e la disciplina delle fondazioni del terzo settore contribuiscono infatti all'ulteriore definizione delle coordinate teorico-normative all'interno delle quali si muovono numerose figure organizzative, variamente riconducibili all'istituto fondazionale, le quali agiscono nel perseguimento di finalità di interesse della collettività, relazionandosi in diverso modo con le pubbliche amministrazioni. Sebbene prive di connessione organica, le citate riforme sembrano intervenire rispettivamente sui due poli sui quali si costruiscono le relazioni organizzative e funzionali tra fondazioni e pubbliche amministrazioni.

Si può invero constatare come, d'un lato, la riforma introdotta dal legislatore toscano tracci un'originale evoluzione di quel tipo di fondazione che, operando come ente servente e ausiliario rispetto agli interessi rimessi alla cura della stessa amministrazione che lo costituisce, può essere definita come una «fondazione strumentale all'ente pubblico fondatore»⁽²⁾. Dall'altro lato, sta invece il tipo fondazione-ente del terzo settore, una tipologia di organizzazione collettiva che esercita in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità

privato, Milano, 2011; E. MITZMAN, *Le fondazioni della pubblica amministrazione nel settore della cultura: una prospettiva di diritto comparato*, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013, 383 ss.; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 45; N. LONGOBARDI, *Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato*, in *Amm. in cammino*, 2015; nonché, se si vuole, A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni. Modello fondazionale e settore culturale*, Napoli, 2022.

² G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., 73.

sociale. La prima è, a ben vedere, un mero strumento dell'amministrazione; la seconda è, al contrario, un ente di diritto privato che, nell'esercizio della propria autonomia privata e nel perseguimento dei propri scopi statutari, può instaurare rapporti di collaborazione con la pubblica amministrazione.

Gli esempi testé riportati ben testimoniano, allora, la perdurante elasticità dello schema fondazionale⁽³⁾, come “stampo” che, emancipatosi dalla rigida disciplina di matrice ottocentesca condensata nel codice civile, si è nel tempo rilevato idoneo ad assumere forme e funzioni assai eterogenee. Al contempo, essi rispecchiano in modo esemplare anche il carattere altamente frammentato – o «disaggregato»⁽⁴⁾ – assunto dalla nostra pubblica amministrazione⁽⁵⁾, disarticolata sempre di più in una pluralità difficilmente ordinabile di figure soggettive in cui si mescolano, secondo vari dosaggi e gradazioni, elementi pubblicistici e privatistici⁽⁶⁾.

Ciò risulta particolarmente evidente nel settore della promozione e valorizzazione del patrimonio e delle attività culturali⁽⁷⁾. In tale ambito, oltre alle fondazioni di

³ In tema, diffusamente A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995. Sulla progressiva perdita di rigidità del modello fondazionale nell'ordinamento costituzionale e dell'espresso riconoscimento dei corpi intermedi e delle formazioni sociali, si v. A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., 38.

⁴ S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 471. In questi termini, cfr. altresì, con specifico riferimento alle fondazioni, S. LUCATTINI, *Nel dominio dell'amministrazione disaggregata: il caso della fondazione Sistema Toscana*, in *Aedon*, n. 1/2022.

⁵ Sulla connotazione in senso oggettivo dell'attività amministrativa, per tutti, già U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6; G. BERTI, *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, 1993.

⁶ Sulla frammentazione della nozione di ente pubblico e sulla sua pluralizzazione in diversi “enti pubblici”, imprescindibile risulta il lavoro di G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991. In tema, altresì G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, 2003, spec. 265 ss.; G. SCIULLO, *Alla ricerca del centro. Le trasformazioni in atto nell'amministrazione statale italiana*, Bologna, 2000. Segnala inoltre la frammentazione del «potere pubblico e la sua evoluzione verso modelli pluricentrici, plurimorfi e multiorganizzativi» in cui viene meno «la stessa possibilità di ricondurre per intero a centri soggettivi e unitari la capacità di agire in modo autosufficiente per la cura dell'interesse pubblico», M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 107. Sul punto, si v. altresì diffusamente G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 2020, spec. 516, ove si fa riferimento a una amministrazione “in briciole”, in cui si vanno moltiplicando le figure organizzative e l'utilizzo dei privati in funzione ausiliaria di pubbliche amministrazioni.

⁷ Lo rileva G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., 91 ss.; F. ROTA, *Esperienze di fondazioni in ambito culturale*, in G. PALMA, P. FORTE (a cura di), *Fondazioni*, cit., 278. Sul punto, con particolare riferimento

diritto comune, operano diverse tipologie di fondazione, ciascuna caratterizzata da un regime giuridico “speciale” o “singolare”, parzialmente derogatorio rispetto alla disciplina generale dettata dal codice civile: dalle fondazioni di partecipazione alle numerose “fondazioni legali”, dalle fondazioni lirico-sinfoniche alle fondazioni di origine ministeriale, fino alle fondazioni di origine bancaria.

Il campo della «cultura»⁽⁸⁾ appare cioè densamente popolato di numerose «fondazioni di origine pubblica»⁽⁹⁾, ossia di soggetti di diritto privato, latamente riconducibili al tipo fondazionale, che presentano una comune radice pubblicistica, vuoi in quanto derivanti dalla trasformazione di preesistenti enti pubblici, vuoi in quanto istituiti con legge ovvero direttamente dalle pubbliche amministrazioni per “portare fuori” dall’apparato amministrativo tradizionale lo svolgimento di attività di interesse pubblico.

Obiettivo del presente scritto è, dunque, quello di riflettere, pur per sommi capi, su alcune delle ragioni che hanno determinato la “fortuna” (e la successiva “torsione”) dell’istituto fondazionale, al fine di mettere in luce alcuni caratteri che consentono di scorgere nel *tipo* «fondazione»⁽¹⁰⁾ una invariante di tipo funzionale che appare tuttora accomunare le molteplici *tipologie* di fondazioni. Tali considerazioni permetteranno, in seguito, di affrontare il tema delle fondazioni operanti nel settore della cultura secondo una prospettiva *funzionale*, spostando cioè il fuoco dell’analisi dal piano della rilevazione e classificazione delle diverse fattispecie normative e delle relative varianti tipologiche a quello degli interessi e degli obiettivi che il legislatore ovvero le pubbliche amministrazioni hanno di volta in volta inteso perseguire attraverso la loro costituzione o il loro utilizzo.

2. IL TIPO FONDAZIONALE NELLA SUA EVOLUZIONE STORICA. LE FONDAZIONI TRA AUTONOMIA PRIVATA E «SOSTRATO MATERIALMENTE PUBBLICISTICO»

ai rapporti tra pubblico e privato nel settore del patrimonio culturale, si vedano i contributi raccolti in A. MOLITERNI (a cura di), *Patrimonio culturale e soggetti privati. Criticità e prospettive del rapporto pubblico-privato*, Napoli, 2019; nonché, da ultimo, in F. ALBISINNI (a cura di), *Il coinvolgimento degli enti privati nella valorizzazione e nella gestione dei beni culturali pubblici*, Napoli, 2022.

⁸ Sulla perimetrazione di tale campo e sul ruolo svolto dai pubblici poteri, imprescindibile appare tuttora il rinvio a M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991.

⁹ G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, cit., 66 ss.

¹⁰ Per un’applicazione del “metodo tipologico” all’analisi delle fondazioni, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., spec. 13 ss.

L'“erompere” delle fondazioni⁽¹¹⁾ nello spazio pubblico ha rappresentato l'interessante punto di congiunzione di diverse traiettorie riformatrici che, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, hanno attraversato, non solo in ambito culturale⁽¹²⁾, la nostra pubblica amministrazione⁽¹³⁾. Specie nei settori non economici, la fondazione è stata ritenuta uno strumento particolarmente adatto a realizzare l'obiettivo di riduzione (*rectius*: ri-organizzazione⁽¹⁴⁾) della sfera pubblica⁽¹⁵⁾, di quel processo cioè che ha portato a una ridefinizione complessiva del ruolo, del perimetro e degli strumenti dell'intervento pubblico attraverso le note politiche di privatizzazione di preesistenti enti pubblici, di esternalizzazione di compiti e servizi verso soggetti terzi, nonché di previsione di nuove forme di collaborazione partenariale tra pubblico e privato. Si ricorderà, d'altronde, come tali processi riformatori, riconducibili a una più generale tendenza a «privatizzare il diritto amministrativo»⁽¹⁶⁾, si proponevano in buona sostanza due obiettivi principali: da una parte, la riduzione della spesa pubblica; dall'altra, il miglioramento dell'efficienza amministrativa attraverso il ricorso a strumenti più agili e flessibili in cui il privato fosse messo nelle condizioni di apportare il proprio contributo in termini di capacità gestionali e finanziarie, di professionalità e creatività.

In quest'ottica, ben si comprendono allora le ragioni che, a prescindere dagli esiti non sempre soddisfacenti raggiunti nella pratica, hanno determinato la “fortuna”

¹¹ Così, A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, cit., 40.

¹² Cfr., per tutti, M. CAMMELLI, *Decentramento e “outsourcing” nel settore della cultura: il doppio impasse*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 261. Sui processi di apertura della gestione dei beni culturali secondo criteri imprenditoriali e sul coinvolgimento del privato nella funzione di valorizzazione, cfr. in particolare L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 651 ss.; ID., *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 785; nonché, da ultimo, ID., *Patrimonio culturale*, in B.G. MATTARELLA-M. RAMAJOLI (a cura di), *Funzioni amministrative. Enciclopedia del Diritto*, I Tematici, Vol. 3, Milano, 2022, *ad vocem*.

¹³ In tema, per tutti, S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 79 ss. Più recentemente, G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., spec. 518 ss., cui si rinvia anche per l'ampia rassegna bibliografica.

¹⁴ In tal senso, si v. già S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 579 ss.; nonché diffusamente G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., *passim*, spec. 15 ss.

¹⁵ Pur criticando l'applicazione datane in concreto, evidenzia l'astratta idoneità dello strumento fondazionale a ridurre la sfera pubblica, F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 75 ss.

¹⁶ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 75 ss., ove si mette in luce come i diversi interventi coinvolgessero ogni aspetto della materia: l'organizzazione, l'attività e persino la tutela giurisdizionale. Sul punto, altresì G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 692.

del modello fondazionale nella «amministrazione della cultura»⁽¹⁷⁾, tanto a livello statale, quanto a quello regionale e locale⁽¹⁸⁾. Nel quadro di un complessivo ripensamento del rapporto tra sfera pubblica e sfera privata, tra diritto pubblico e diritto privato, la fondazione ha fornito, per i suoi peculiari caratteri funzionali e strutturali, uno schema normativo piuttosto elastico, ritenuto capace di assicurare un passaggio graduale a modalità gestionali di tipo imprenditoriale⁽¹⁹⁾, preservando al contempo tanto la funzionalizzazione dell'attività a interessi di spessore pubblicitario, quanto la possibilità per il soggetto pubblico di continuare a esercitare una qualche forma di ingerenza sulla vita dell'ente.

Sul punto, si deve peraltro preliminarmente osservare come, con riferimento ai beni e alle attività culturali, i processi che si andranno a esaminare non hanno interessato le amministrazioni investite della funzione di tutela, la quale assume tipicamente una dimensione unilaterale e autoritativa, interessando al contrario l'insieme delle organizzazioni pubbliche esercenti le funzioni di gestione e valorizzazione⁽²⁰⁾. Queste ultime, invero, consistendo prevalentemente nello svolgimento di attività non autoritative e operazioni materiali, non implicano generalmente spendita di poteri amministrativi in senso stretto, quanto semmai il ricorso a strumenti negoziali di diritto comune, quali ad esempio contratti d'appalto, di locazione, di sponsorizzazione⁽²¹⁾.

Alla luce di tale premessa, e per meglio cogliere nel loro aspetto dinamico i caratteri propri del modello fondazionale, non appare inutile svolgere alcune brevi considerazioni in merito alle origini dell'istituto e alla sua successiva evoluzione⁽²²⁾.

¹⁷ Così, F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 128.

¹⁸ Sulle forme di gestione dei beni e delle attività culturale a livello regionale e locale, cfr., da ultimo, M. CROCE, *La gestione diretta delle attività di promozione della cultura in ambito regionale e locale*, in A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, cit.

¹⁹ Per un'analisi del fenomeno sotto il profilo economico-manageriale, L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon*, n. 2/2003.

²⁰ Sui caratteri di tali funzioni, per tutti, L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, in C. BARBATI-M. CAMELLI-L. CASINI-G. PIPERATA-G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 191.

²¹ Così, V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., 16.

²² In tema, nella letteratura civilistica, soprattutto P. RESCIGNO, *Fondazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, 1968, 790 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Bologna, 1969; G. ALPA (a cura di), *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988. Più recentemente, M.V. DE GIORGI, *Le organizzazioni collettive*, in *Le fonti e i soggetti, Diritto civile*, diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno, Milano, 2009, 336 ss.; EAD.,

Nella prospettiva della presente indagine, l'analisi storica sembra infatti aiutare a comprendere le ragioni che hanno contribuito a definire l'attuale fisionomia "incipite" delle fondazioni, come *oggetto* e – insieme – *soggetto* di amministrazione. È noto che la fondazione – il "tipo" fondazionale poi disciplinato dal codice civile – si sviluppa nel contesto liberale tardo ottocentesco come istituto che, sottraendo alla libera circolazione ingenti patrimoni privati, poteva trovare tutela e riconoscimento da parte dell'ordinamento solamente nella misura in cui non realizzasse l'interesse egoistico del fondatore, bensì una immediata finalità di carattere sociale, nei limiti "funzionali" del vincolo finalistico dello scopo di pubblica utilità⁽²³⁾. Di qui discendeva la necessità di definire in modo rigoroso l'assetto tipico dell'istituto e di assoggettarlo a un sistema penetrante di controlli amministrativi. A tale stregua, si riteneva altresì che l'esercizio dell'autonomia privata venisse a esaurirsi nel momento genetico e costitutivo del soggetto, in coincidenza della destinazione da parte del fondatore di un patrimonio allo scopo statutario: la successiva attività rimaneva, invece, affidata agli amministratori della fondazione, i quali però non godevano di vera autonomia privata, essendo d'un lato vincolati al perseguimento dello scopo prefissato nell'atto di costituzione e dall'altro sottoposti alla vigilanza dell'autorità governativa.

L'esaurimento dell'autonomia privata in coincidenza con il momento fondativo, la destinazione stabile e perpetua di un patrimonio a uno scopo di interesse generale, la presenza di una struttura organizzativa di tipo amministrativo ben spiegavano il perché il codice civile del 1865 non disciplinasse affatto le fondazioni: esse erano ritenute non già una figura tipica del diritto civile, bensì un istituto riconducibile all'ordinamento pubblicistico⁽²⁴⁾.

Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli, Pisa, 2021; M. BASILE, *Le persone giuridiche*, Milano, 2014.

²³ Sulla diffidenza dello Stato liberale e della classe borghese verso istituti, quali la sostituzione fedecommissaria, in grado di preservare l'immobilismo economico e sociale di stampo feudale, per tutti, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 185; A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969; nonché, più di recente, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 24 ss. In tema, anche P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. PALMA-P. FORTE (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, cit., spec. 35 ss., ove si osserva come «l'unica ragione che ha consentito di superare l'ostracismo storico nei confronti della preservazione delle ricchezze mediante immobilizzazione patrimoniale è stata la loro destinazione, la presenza di un vincolo di scopo di pubblica utilità».

²⁴ Sul punto, cfr. le acute osservazioni di A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo*, cit., 35 ss. Sull'atto di fondazione come atto unilaterale di disposizione patrimoniale e, insieme, di or-

Come noto, tali connotati sono rimasti invariati (venendo, anzi, positivizzati) nella disciplina del codice civile del 1942, il quale ha confermato l'assetto materialmente pubblicistico dell'istituto, mantenendone inalterata tanto la morfologia, quanto la soggezione al controllo governativo e il riconoscimento della personalità giuridica per concessione dell'autorità⁽²⁵⁾.

Sembra, cioè, corretto ritenere che l'ingerenza pubblica, il vincolo finalistico orientato a scopi di pubblica utilità e l'intreccio tra diritto pubblico e diritto privato appartengano, per così dire, al "codice genetico" dell'istituto, e ne accompagnino, pur nella nuova cornice costituzionale, la successiva evoluzione. Del resto, ciò che continua a costituire il tratto distintivo dello schema fondazionale, giustificandone la sottoposizione a un regime giuridico speciale, è dato proprio dalla destinazione vincolata di un *patrimonio* a uno *scopo* non lucrativo, come «unica ragione sociale [...] compatibile con una società con caratteri aperti e dinamici, specie in relazione all'uso dei beni economici»⁽²⁶⁾.

Così, nel quadro del nuovo sistema di rapporti tra Stato e formazioni sociali delineato dalla Costituzione⁽²⁷⁾, se d'un lato è destinata a venir meno la precedente diffidenza del legislatore liberale e la conseguente rigidità della disciplina codicistica, dall'altro sembrano aprirsi invece nuovi spazi per uno sviluppo "atipico" dell'istituto e, dunque, per la possibile evoluzione del modello in diverse «tipolo-

ganizzazione della struttura preposta alla realizzazione dello scopo statutario, attraverso cui il fondatore si spoglia della disponibilità del patrimonio ed esaurisce la propria autonomia privata, cfr. F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit.; ID., *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, 1996, spec. 388.

²⁵ In tema, S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contratto e impresa*, 1993, n. 1, 4.

²⁶ P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie sociali*, cit., 37 ss., ove si mette ulteriormente in evidenza come «la connessione tra fondazione e bisogni sociali collettivi sia una vera e propria costante, ed anzi [...] un carattere dell'istituto, mentre il [...] regime giuridico della sua costituzione e le connessioni con le istituzioni pubbliche di governo [...] non è carattere strutturale della configurazione giuridica», dipendendo piuttosto dall'ambiente politico-culturale in cui l'istituto si è originariamente modellato. Sul punto, anche G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013, 5, il quale efficacemente rileva come le fondazioni, essendo «create dall'autonomia privata per il perseguimento di scopi di interesse generale, che non fanno capo specificamente ad alcuno [...] sono sottoposte – con disposizione eccezionale per chi opera in regime di autonomia privata – alla *vigilanza* di autorità pubbliche».

²⁷ In argomento, *ex multis*, M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss.; A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, 55 ss.; N. BOBBIO, *Società civile*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, Torino, 1983, 1084; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989. Sul punto, con specifico riferimento alle fondazioni, si vedano le acute osservazioni di A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 1163 ss.

gie»⁽²⁸⁾, a seconda degli interessi volta per volta perseguiti.

Si deve in particolare alla dottrina civilistica il superamento di una concezione “dogmatica” dell’istituto e, con esso, la mutata considerazione dello schema normativo posto dal codice civile come modello non più conchiuso e rigido, ma aperto e flessibile, capace di realizzare la volontà di uno o più soggetti di dare vita a una figura organizzativa collettiva deputata a gestire un patrimonio in vista del perseguimento di scopi superindividuali. Benché, dunque, si vada nel tempo sfrangiando l’assetto *strutturale* proprio dell’originario “tipo” civilistico (si pensi al superamento della distinzione tra *universitas bonorum* e *universitas personarum*, al venir meno del tradizionale distacco dell’ente dal fondatore, alla formazione progressiva del patrimonio e alla presenza di una pluralità di organi rintracciabili nelle fondazioni di partecipazione⁽²⁹⁾), perdura invece, pur nella successiva evoluzione della prassi legislativa e amministrativa, il «sostrato materialmente pubblicistico»⁽³⁰⁾ della fondazione, la sua congenita inclinazione *funzionale* al perseguimento di finalità non lucrative di pubblica utilità.

Vero è che, come ha osservato attenta dottrina, l’impianto costituzionale necessariamente apre alla pluralità degli scopi perseguibili dalla fondazione, evidenziando così una «tendenziale plurifunzionalità dello schema fondazionale»⁽³¹⁾.

²⁸ Tale passaggio è colto, ed efficacemente ricostruito, da A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*. Così, anche S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, cit., 165 ss., ove si rileva l’evoluzione della fondazione da «istituto unitario» a «complesso proteiforme di organismi».

²⁹ Su tali profili, cfr. in particolare E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio. Pubblico e Privato per il non-profit*, Firenze, 1998; M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione*, cit.; 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.P. CHITI (a cura di), *Il Partenariato Pubblico-Privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 317 ss.; A. POLICE, *La fondazione di partecipazione*, 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, 393 ss.; A. PAIRE, *Fondazioni di partecipazione e pubblica amministrazione. Rischi e opportunità di un modello organizzativo “atipico”*, in *Federalismi*, 30/2020. Per un approfondimento sul punto, con particolare riferimento all’esperienza toscana, si leggano i contributi di M. GIUSTI-A. PIRRI, *Le fondazioni culturali toscane: un’analisi ragionata*; nonché, nella prospettiva del management, di F. FINO-Y. TONGA, *le fondazioni culturali toscane in una prospettiva gestionale*, entrambi contenuti in A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, cit.

³⁰ Così, A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 38, il quale osserva come «il sostrato materialmente pubblicistico di un istituto che riveste tuttavia forma giuridica privata è probabilmente all’origine delle recenti fortune del modello nella vicenda della c.d. privatizzazione per fondazioni».

³¹ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 39. Così anche A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*.

Nondimeno, ci sembra corretto ritenere che da ciò non discenda affatto la pretesa neutralità della figura organizzativa rispetto agli scopi astrattamente realizzabili all'interno dell'ordinamento, e che dunque, ragionando in termini funzionali, le diverse finalità perseguibili dal soggetto fondazionale debbano pur sempre continuare a trovare, anche là dove svolte nelle forme e nei modi tipici dell'attività di impresa⁽³²⁾, un fattore comune nella aspirazione alla soddisfazione di uno scopo di pubblica utilità ovvero nella cura di interessi generali o di bisogni propri della collettività⁽³³⁾.

In questi termini, si possono ancora scorgere numerose assonanze tra i tratti funzionali propri della fondazione e quelli tipici della pubblica amministrazione: esistenza di una struttura organizzativa deputata alla gestione di beni e attività orientate alla cura in concreto di un interesse "altro" e sottratto alla libera determinazione degli organi dell'ente⁽³⁴⁾; presenza di un vincolo finalistico alla sfera di autonomia privata propria del soggetto; indisponibilità del fine e del patrimo-

³² In tema, per tutti, P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, *Riv. società*, 1967, 812; Id., *Fondazione (dir. civile)*, cit., 790. In argomento, si deve peraltro osservare come la compatibilità tra esercizio di impresa e perseguimento di finalità di interesse generale risulti ormai definitivamente riconosciuta dall'ordinamento sovranazionale (cfr., ad esempio, Corte giust. CE, C-70/95, *Sodemare SA*, par. 31-32), oltre che testualmente affermata, *ex multis*, dal d.lgs. n. 112/2017 relativo alle imprese sociali. Sul punto, cfr., tra i tanti, M.V. DE GIORGI, *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa, 2021.

³³ Mette in evidenza il carattere essenziale del perseguimento di uno scopo di pubblica utilità, in particolare, F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., *passim*. *Contra*, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 17 ss., ove si critica tale assunto "dogmatico", ritenendolo lo strascico della concezione liberale tardo ottocentesca, e si ricollega l'attività della fondazione all'esercizio della libera iniziativa economica. Sul punto, si v. la condivisibile analisi di P. Forte, *op. cit.*, 38 ss., il quale in proposito avverte come, nel quadro dei principi pluralistici dettati dalla Costituzione, la soddisfazione di tali bisogni non può più ritenersi riservata ai soggetti pubblici, dovendosi accogliere una nozione oggettivata, aperta all'apporto dei singoli e delle formazioni sociali, di funzione pubblica e di cura degli interessi della collettività. In tema, si v. altresì F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 346, ove si considera che «il concetto di pubblico non appare limitato allo Stato persona, né allo Stato amministrazione, ma collegandosi, invece, con lo Stato ordinamento, esalta giuridicamente il dovere di agire nell'interesse della collettività con esiti di inderogabilità che trovano, del resto, preciso riscontro nella norma fondamentale *ex art. 2 Cost.*».

³⁴ In tal senso, anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1990, spec. 274, in cui si evidenzia la natura intrinsecamente amministrativa di tali enti, i quali hanno al vertice della propria organizzazione degli amministratori che non sono portatori di un interesse proprio e personale all'esistenza e all'attività dell'organizzazione, bensì di un interesse altrui; da ciò anche la natura di organi serventi rispetto all'interesse statutario attribuito all'ente. La presenza di un vincolo di scopo che condiziona l'attività degli amministratori come organi "serventi" è messa bene in luce da F. GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni*, cit., 425.

nio⁽³⁵⁾; previsione di un sistema di controlli esterni deputati ad assicurare il corretto svolgimento dell'attività e la sua corrispondenza con le finalità istituzionalmente predeterminate⁽³⁶⁾.

A tale stregua, ci sembra dunque opportuno continuare a ricondurre, pur nel nuovo quadro ordinamentale, le fondazioni a un fenomeno latamente “amministrativo”, di cura in concreto di un interesse altrui, di carattere generale, non riducibile a mero esercizio di autonomia privata, e collocabile piuttosto in una “zona grigia”, a cavallo tra pubblico e privato⁽³⁷⁾. In quest'ottica, si comprende altresì come, nel farsi strumento di riorganizzazione della sfera pubblica – e, dunque, a ben vedere, *soggetto* di amministrazione – lo schema fondazionale abbia subito significativi processi di modifica e di (non sempre coerente) adattamento dei propri tradizionali caratteri organizzativi e strutturali.

Quanto sopra ben spiega, d'altronde, anche l'ampia diffusione, a partire dal “tipo” civilistico (la *fondazione di diritto comune*), di numerose “tipologie” di fondazioni, a disciplina singolare o speciale⁽³⁸⁾, caratterizzate – ciascuna in base alle esigenze volta per volta da realizzare – da una struttura partecipativa o associativa, dalla previsione di forme più o meno ampie di controllo, ingerenza o finanziamento pubblico, dalla differente articolazione organizzativa interna ovvero dalla presenza di diverse forme di riconoscimento della personalità giuridica.

Dalla dimensione funzionale degli interessi sottesi alla creazione di tali fonda-

³⁵ La proprietà della fondazione si caratterizza, a ben vedere, come proprietà funzionalizzata al perseguimento di un interesse altro da sé, come proprietà-ufficio o funzione, difficilmente assimilabile alle pur diverse varianti della proprietà individuale. Sul punto, cfr. G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971, spec. 110 ss.; nonché, più di recente, P. FORTE, *op. cit.*, 71.

³⁶ Lo mette bene in luce P. FORTE, *op. cit.*, 68, rilevando come «quando si ha il potere, la facoltà, la possibilità di occuparsi giuridicamente di interessi non propri e pre-definiti, questa attività debba essere riconoscibilmente non-parziale» e, per tale ragione, assoggettata «ad una più intensa disciplina giuridica, a limiti predeterminati, in guisa che la loro violazione possa comportare conseguenze giuridicamente rilevanti».

³⁷ L'espressione, utilizzata per descrivere quelle zone dell'ordinamento in cui vengono a confluire interessi pubblici e interessi privata, diritto pubblico e diritto privato, è – come noto – di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 720.

³⁸ Sulla contrapposizione tra fondazione di diritto comune (regolate dal codice civile) e fondazioni di diritto speciale (sottratte dal legislatore alla disciplina codicistica e soggette a un regime speciale, formulato per categorie di enti) ovvero di diritto singolare (in quanto oggetto di disciplina formulata per una singola persona giuridica dalla legge istitutiva), tra le quali vanno ricomprese anche le fondazioni di diritto pubblico, si v. F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 279; ID., *Persone giuridiche*, cit., 102.

zioni speciali o singolari conviene perciò prendere le mosse per affrontare il tema della «amministrazione per fondazioni»⁽³⁹⁾ nel settore della cultura.

3. DALLE TIPOLOGIE ALLE FUNZIONI: LA «AMMINISTRAZIONE PER FONDAZIONI»

Si è appena osservato che, nell'aprirsi all'intervento e all'apporto dei privati, l'amministrazione ha fatto ampio ricorso al modello fondazionale come schema legale particolarmente adatto a replicare, sul piano degli strumenti privatistici, alcuni tratti funzionali tipici dell'amministrazione pubblica. Ciò ha portato, d'un lato, alla proliferazione di figure soggettive speciali e, dall'altro, a una moltiplicazione e intensificazione delle relazioni tra soggetti pubblici e fondazioni.

Sotto questo profilo, occorre dunque rilevare la perdita di centralità della disciplina dettata dal codice civile e la necessità di fare riferimento a un insieme variegato (oltre che assai disordinato) di discipline speciali, singolari e settoriali⁽⁴⁰⁾. Come affermato dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo recante il c.d. Codice del Terzo settore⁽⁴¹⁾, «i più recenti sviluppi normativi e l'evoluzione sociale hanno progressivamente reso obsoleto e marginale il sistema codicistico originario». Si è assistito, cioè, negli scorsi anni «alla “destrutturazione” degli enti [del Libro I del c.c.], le cui tipologie concrete non trovano oramai corrispondenza negli “stampi” del 1942 (si pensi: alle fondazioni culturali e di partecipazione, all'impresa sociale ...)».

La disciplina codicistica delle fondazioni si svuota così, d'un lato, per effetto della moltiplicazione delle «fondazioni legali»⁽⁴²⁾ istituite e disciplinate da leggi *ad hoc* e, dall'altro, in conseguenza dello sviluppo nella prassi delle fondazioni di partecipazione, tuttora prive di un immediato riferimento normativo generale, nonché infine a seguito della previsione di una disciplina organica e settoriale in materia di enti del terzo settore. Ma se lo schema normativo codicistico si va “prosciugan-

³⁹ A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, cit.

⁴⁰ La tendenza è efficacemente segnalata da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999. In tema, cfr. altresì, più di recente, A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano 2008.

⁴¹ Cons. Stato, comm. spec., 14/06/2017, n. 1405 sullo schema di decreto legislativo recante Codice del Terzo settore.

⁴² Sul tema, ampiamente S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo o e diritto privato*, cit., *passim*.

do”, mentre vanno moltiplicandosi le fattispecie di diritto speciale o singolare, si registra parallelamente un significativo ampliamento della presenza e del ruolo delle fondazioni nel campo dell’amministrazione della cultura⁽⁴³⁾.

Nel tentativo di ordinare la complessa “fenomenologia” delle fondazioni di diritto amministrativo, la dottrina pubblicistica ha proposto diversi tipi di classificazione. Così, ad esempio, con particolare riferimento al fenomeno della «privatizzazione per fondazione»⁽⁴⁴⁾, autorevole dottrina ha riconosciuto tre diverse ipotesi in cui il soggetto fondazionale rappresenta: *a)* il ritorno alla forma originaria di soggetti giuridici privati in passato trasformati in enti pubblici; *b)* la trasformazione di un soggetto originariamente pubblico; *c)* la creazione *ex novo* di fondazioni per “esternare” attività svolte da una pubblica amministrazione.

Altra parte della dottrina, muovendo dall’esigenza di identificare la disciplina volta per volta applicabile all’attività e all’organizzazione di tali soggetti, ha individuato tre possibili tipologie di «fondazioni di origine pubblica»⁽⁴⁵⁾: *a)* le “fondazioni a base privata”, che erogano prestazioni e finanziamenti grazie alle rendite derivanti dal patrimonio originariamente costituito dal privato; *b)* le “fondazioni a partecipazione privata”, enti pubblici trasformati in fondazioni di diritto privato che mirano a coinvolgere nel capitale e nella gestione anche soggetti privati; *c)* le “fondazioni strumentali all’ente pubblico fondatore”, derivanti da processi di esternalizzazione in cui la partecipazione del privato è meramente eventuale.

Nel tentativo di tracciare la linea di confine tra pubblico privato, altri ancora hanno classificato le fondazioni operanti nel settore culturale in base al tipo di rapporto che si instaura tra diritto pubblico e diritto privato⁽⁴⁶⁾, riscontrando l’esistenza di: *a)* “fondazioni private di interesse pubblico”, le quali conservano pienamente natura giuridica privatistica, pur presentando alcuni profili funzionali o strutturali a connotazione pubblicistica e, per tale ragione, soggetti a una disciplina speciale, parzialmente derogatoria rispetto al tipo civilistico; *b)* “enti pubblici in forma di fondazione/fondazioni di diritto pubblico”, i quali pur assumendo forma giuridica privatistica possono essere qualificati da un punto di vista sostanziale e alla luce

⁴³ Mette bene in luce come l’apertura dell’amministrazione all’intervento dei privati per l’affidamento di compiti e servizi pubblici determini la «pluralizzazione delle forme giuridiche utilizzate dalla normazione amministrativa», G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., 23.

⁴⁴ Il riferimento è a F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 89 ss.

⁴⁵ G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, cit., 71 ss.

⁴⁶ E. MITZMAN, *Le fondazioni della pubblica amministrazione nel settore della cultura: una prospettiva di diritto comparato*, cit., 441.

delle diverse discipline settoriali come enti pubblici; c) “fondazioni di diritto privato istituite o partecipate da pubbliche amministrazioni”, specie a livello locale e tipicamente in via non legislativa, e riconducibili prevalentemente al modello delle fondazioni di partecipazione, aperte alla partecipazione dei privati e di altri enti pubblici.

A tali ricostruzioni “per tipologie” ci sembra utile affiancare un ulteriore tentativo classificatorio, basato, tuttavia, sulla “funzione” che la fondazione, a prescindere dalla sua genesi pubblicistica o privatistica, svolge in rapporto all’esercizio di compiti e servizi pubblici. Pur nella consapevolezza della limitatezza insita in qualsiasi operazione tassonomica, ci si propone in tal modo di allargare lo spettro dell’indagine al fenomeno fondazionale nel suo complesso, oltre dunque le fondazioni di origine pubblica, al fine di identificare i diversi modi attraverso cui si realizza la «amministrazione per fondazioni» nello specifico settore della cultura. Punto di partenza dell’indagine è, pertanto, la dimensione degli interessi e degli obiettivi perseguiti dai poteri pubblici attraverso l’utilizzo, a diverso titolo, del modello fondazionale nell’esercizio delle proprie funzioni. Del resto, sul piano metodologico, l’utilità di tale approccio sembra suggerito da quella dottrina civilistica che, con riferimento all’istituto della proprietà, nel constatare al contempo «l’unità del concetto» e «la varietà degli aspetti che esso assume»⁽⁴⁷⁾, ha lucidamente consigliato di impostare l’indagine a partire dall’*interesse* come «centro di unificazione rispetto al quale si compongono gli elementi strutturali dell’istituto»⁽⁴⁸⁾.

Così, una volta individuata la comune matrice funzionale del modello fondazionale, appare possibile isolare alcune declinazioni più puntuali del fenomeno qui in esame, ossia vari modi in cui, in senso ancora volutamente generico, la fondazione diviene *soggetto*, o quantomeno *strumento*, dell’amministrazione della cultura. A tale stregua, ci sembra possibile identificare tre principali schemi relazionali attraverso cui un soggetto fondazionale si rapporta all’attore pubblico nell’esercizio di attività oggettivamente amministrativa: la *privatizzazione per fondazioni*; la *esternalizzazione di beni, servizi e attività a fondazioni*; la *collaborazione tra*

⁴⁷ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, spec. 300 ss.

⁴⁸ *Ibidem*. In tal senso altresì A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo*, cit., 45, il quale mette in luce l’opportunità di contrapporre alla «decodificazione immanente nel mondo dei soggetti» una «ricodificazione per interessi».

fondazioni e pubblica amministrazione.

4. LA PRIVATIZZAZIONE PER FONDAZIONI

Come è stato osservato in dottrina, «la fondazione dovrebbe essere, per sua natura – almeno nella sua accezione originaria di patrimonio amministrato per il raggiungimento di un fine –, la persona giuridica di diritto privato apparentemente più idonea per ridurre la sfera pubblica nei settori non economici»⁽⁴⁹⁾. Per i caratteri funzionali e strutturali sopra evidenziati, la fondazione è parsa cioè particolarmente adatta a realizzare la *privatizzazione*⁽⁵⁰⁾ di numerosi enti pubblici operanti in ambiti, quali quello scientifico e culturale, tradizionalmente estranei alle logiche del mercato e del profitto. Diversamente dalla trasformazione in società per azioni, la privatizzazione per fondazioni non necessita, inoltre, di passare attraverso l’alienazione del capitale sociale: il passaggio da ente pubblico a fondazione ben avrebbe potuto realizzare immediatamente la recisione del legame istituzionale con la pubblica amministrazione e, con essa, la privatizzazione

⁴⁹ Così, F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 75. Analogamente, G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2014, XIII ed., 50, secondo il quale «dato che le fondazioni sono costituite per perseguire uno scopo prefissato di pubblico interesse, sotto questo profilo la loro attività assomiglia a quella di enti pubblici che non siano titolari di pubblici poteri, ma svolgano attività di pura gestione. Questa somiglianza spiega come possa essere agevole per il legislatore trasformare enti pubblici di questo genere in fondazioni, quando ritenga opportuno privatizzarne l’amministrazione».

⁵⁰ In generale, sui processi di privatizzazione in Italia, tra i tanti, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione*, cit., 579 ss.; C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino, 1992; ID., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 464; P. JAEGER, *Privatizzazioni (profili generali)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, vol. XXIV; S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell’amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 519; M. SANINO, *Le privatizzazioni. Stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, 1996; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, 822; E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, 2004; EAD., *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, 297 ss.; M. CAMELLI-G. SCIULLO (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni ’90: un primo bilancio*, Rimini, 2004; E. BAROCCI-F. PIEROBON, *Le privatizzazioni in Italia*, Roma, 2007. Con specifico riferimento alla privatizzazione attraverso fondazioni, cfr. F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 75 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell’organizzazione amministrativa*, cit., 15 ss.; G. MANCUSO, *Le fondazioni nella privatizzazione della pubblica amministrazione*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il Partenariato Pubblico-Privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 135 ss.; S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo o e diritto privato*, cit., 13 ss.

“sostanziale” dell’ente⁽⁵¹⁾, senza con ciò abdicare alla perpetuazione, da parte del nuovo soggetto, dell’originario scopo istituzionale. Si aggiunga poi che, come osservato in precedenza, la trasformazione dell’ente pubblico in fondazione appariva astrattamente in grado di ridimensionare la spesa pubblica e, soprattutto, di portare fuori dal circuito politico e dai vincoli del diritto amministrativo lo svolgimento di alcune attività (tipicamente non autoritative) che avrebbero potuto trovare nel privato, specie *non profit*, e negli strumenti civilistici una migliore e più efficiente gestione.

Quello della cultura rappresenta probabilmente uno dei settori maggiormente interessati da consistenti processi di privatizzazione per fondazioni⁽⁵²⁾. Il caso più noto e rilevante, come testimonia l’ampia produzione scientifica sul tema, è quello degli enti lirico-sinfonici⁽⁵³⁾, la cui privatizzazione è stata avviata dal d.lgs. n. 367/1996 e poi completata dai successivi d.lgs. n. 134/1998, e d.l. n. 345/2000, conv. in legge n. 6/2001. La disciplina introdotta dal legislatore statale, successivamente estesa anche agli enti operanti nel settore musicale, del teatro e della danza (legge n. 137/2002), prevede un modello fondazionale speciale e ampiamente derogatorio rispetto a quello codicistico, in larga misura plasmato su quello della fondazione di partecipazione. Eppure, come segnalato criticamente dalla maggior parte dei commentatori, a dispetto della manifestata intenzione di dare corso a una trasformazione in senso privatistico del settore, la privatizzazione degli enti lirici sembra essere avvenuta solo sul piano formale, dal momento che, accedendo a una prospettiva sostanzialistica – che guardi, cioè, alla vera «natura delle

⁵¹ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 76.

⁵² Per una dettagliata illustrazione delle principali privatizzazioni che hanno interessato il settore culturale, cfr. S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali”*, cit., spec. 219 ss.

⁵³ Sul punto, *ex multis*, A. DI MAJO, *Le neo-fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. Giur.*, 1997, n. 11, 114; E. FRENI, *La trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 1115; G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998; A. SERRA, *La difficile privatizzazione delle fondazioni liriche: strumenti pubblici e presenza privata*, in *Aedon* n. 2/1999; M. IMMORDINO, *Le fondazioni teatrali: incerta collocazione tra pubblico e privato*, in S. RAIMONDI, R. URSI, *op. cit.*; V. CERULLI IRELLI, *Le Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *Aedon*, n. 3/2012; S. DE GÖTZEN, *Ordinamento e divenire delle fondazioni liriche*, in M. MALO-B. MARCHETTI-D. DE PRETIS (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015, 405; A. GUALDANI, *L’amministrazione dello spettacolo dal vivo. Stato dell’arte e prospettive di riforma*, Torino, 2020, spec. 37 ss.; EAD., *I soggetti produttori di spettacolo dal vivo: dalla grande lirica, alla musica e alla prosa*, in A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, cit.

cose»⁽⁵⁴⁾ –, tali fondazioni risultano soggette alla disciplina del codice civile solo per aspetti residuali, mantenendo in larga misura i precedenti caratteri di stampo pubblicistico, con tutte le conseguenze che ne discendono in termini di disciplina applicabile⁽⁵⁵⁾.

È, infatti, la legge a predeterminare il contenuto minimo dello statuto e a disciplinare nel dettaglio gli organi delle fondazioni liriche, ivi inclusa la loro composizione e le relative modalità di nomina⁽⁵⁶⁾; sono previsti penetranti poteri di controllo e vigilanza, anche di tipo ispettivo, da parte dell'amministrazione; si mantiene inoltre la sottoposizione al controllo della Corte dei conti e il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato; si impone poi espressamente la soggezione alle procedure di evidenza pubblica. Non stupisce, dunque, che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 153/2011, abbia affermato che la legge di revisione organica del settore lirico-sinfonico (d.l. n. 64/2010, conv. in legge n. 100/2010) afferisce alla materia «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali» di cui alla lettera g) dell'art. 117, co. 2 Cost., proprio sulla base del riconoscimento della qualificazione in senso pubblicistico delle fondazioni liriche, così come peraltro già riconosciuto dalla prevalente giurisprudenza ordinaria e amministrativa⁽⁵⁷⁾.

Ma a tale stregua, la forte coloritura pubblicistica impressa dal legislatore alle fondazioni lirico-sinfoniche ha finito per frustrare la principale finalità perseguita con la trasformazione dell'ente pubblico in fondazione. Il ruolo preponderante riconosciuto alla componente politico-amministrativa all'interno della governance della fondazione ha contribuito a scoraggiare la partecipazione dei privati, determinando la perdurante dipendenza di tali soggetti dal finanziamento pubblico

⁵⁴ F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 39; ID., *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 78 ss. In senso critico rispetto a tale prospettiva, mette l'accento sulla necessità di “prendere sul serio” la volontà del legislatore di dare corso alla privatizzazione del soggetto pubblico attraverso un'applicazione “a geometrie variabili” della disciplina pubblicistica, G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica*, cit., 67; ID., *Soggetti privati “enti pubblici”*, cit., 828.

⁵⁵ Così, in particolare, V. CERULLI IRELLI, *Le Fondazioni lirico-sinfoniche*, cit.

⁵⁶ Tale disciplina mantiene ben saldo il collegamento tra la fondazione e gli enti pubblici territoriali, prevedendo in particolare che la presidenza dell'ente spetti di diritto al Sindaco del Comune ove ha sede la fondazione e che i membri del Consiglio di amministrazione siano nominati con decreto dell'autorità di governo competente.

⁵⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. un., n. 2637/2006; Tar Liguria, Sez. II, n. 230/2009; Tar Sardegna, Sez. II, n. 1051/2008.

e dall'indirizzo politico-amministrativo. Con l'ulteriore conseguenza che, costituendo tali elementi due dei principali indici sostanziali di pubblicità, anche alcuni spazi lasciati liberi dalla disciplina speciale (e, dunque, astrattamente rimessi alle regole di diritto comune) sono stati oggetto di incrementale ri-pubblicizzazione⁽⁵⁸⁾ da parte della giurisprudenza chiamata a definire il regime giuridico volta per volta applicabile all'attività e all'organizzazione di tali soggetti.

Una simile eterogenesi dei fini ha segnato anche altri casi di trasformazione in fondazione di precedenti enti pubblici operanti nel settore culturale. Il riferimento corre, in particolare, alla privatizzazione *ope legis* del Centro sperimentale di cinematografia (d.lgs. n. 426/1997), dell'ente Biennale di Venezia (d.lgs. n. 19/1998, poi modificato dal d.lgs. n. 1/2004, che ne ha definitivamente sancito la trasformazione in fondazione)⁽⁵⁹⁾, dell'Istituto nazionale per il dramma antico (d.lgs. n. 20/1998), dell'ente autonomo Triennale di Milano (d.lgs. 273/1999) ovvero del Museo della scienza e della tecnica Leonardo da Vinci (d.lgs. 258/1999)⁽⁶⁰⁾. Si tratta, come noto, di fondazioni legali a disciplina singolare, il cui regime giuridico è stato definito direttamente dal legislatore con previsioni ampiamente derogatorie rispetto allo schema codicistico. Anch'esse sono caratterizzate da una scarsa autonomia statutaria, dalla permanenza di legami organici con l'amministrazione, dalla nomina pubblica dei componenti del consiglio di amministrazione, dalla sottoposizione a poteri di controllo pubblicistici, nonché al controllo della Corte dei conti, e dalla presenza di limitazioni alla partecipazione dei privati.

Si tratterebbe allora, in tutti i casi sin qui menzionati, di una privatizzazione meramente fittizia, che, una volta squarciato il velo della forma fondazionale, preserva immutata l'originaria sostanza pubblicistica dell'ente preesistente. Insieme alla «veste insincera»⁽⁶¹⁾ del soggetto fondazionale, emerge infatti la vera *ratio* sottesa

⁵⁸ P. CARPENTIERI, *Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali*, in *Aedon*, n. 3/2018.

⁵⁹ In argomento, F. CORTESE, *La Biennale di Venezia, il Centro sperimentale di cinematografia e l'Istituto nazionale per il dramma antico nel quadro delle recenti riforme culturali*, in *Aedon*, n. 2/2004.

⁶⁰ In tema, F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 125, ove le fondazioni sono qualificate, al pari delle fondazioni liriche, come «enti pubblici a fondo di dotazione ipoteticamente associativo sotto le mentite spoglie della fondazione di diritto privato». In tema, si v. altresì S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali"*, cit., 256 ss.

⁶¹ L'espressione è, come noto, utilizzata da T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 1013, in relazione alle società di capitali a prevalente partecipazione pubblica, e poi ripresa, con riferimento alle fondazioni, da G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, cit., 103.

all'intervento di privatizzazione.

Come ha lucidamente colto attenta dottrina, l'obiettivo realmente perseguito dalle citate riforme «non è quello della depubblicizzazione, né dell'ente né della sua attività, ma solo quello della sottoposizione ad un diverso regime giuridico, che il legislatore reputa atto a consentire il miglior perseguimento dei fini di interesse generale affidati alle cure dell'ente, senza soluzione di continuità tra la sua esistenza come soggetto di diritto pubblico e quella come soggetto di diritto privato»⁽⁶²⁾. E invero si deve constatare come il legislatore non abbia affatto inteso realizzare una «depubblicizzazione, intesa come defunzionalizzazione, ovverosia come sottrazione al vincolo di perseguimento dell'interesse pubblico»⁽⁶³⁾. La privatizzazione ha investito la sola veste giuridico-formale del soggetto pubblico, al più limitato fine di assicurare una maggiore flessibilità della sua azione, ma non ha inciso affatto sulla dimensione degli interessi ad esso affidati, dal momento che l'attività del nuovo ente privatizzato continua a essere espressamente funzionalizzata *ex lege* al perseguimento di ben definiti obiettivi di interesse generale.

È evidente, dunque, che un tale soggetto, al pari dell'ente pubblico, non può considerarsi espressione di autonomia privata, né nel suo momento genetico, né nella sua successiva attività, trovando piuttosto origine nella volontà del legislatore di attribuire al nuovo soggetto la cura (necessaria⁽⁶⁴⁾) dei medesimi interessi precedentemente affidati all'ente pubblico. La stessa conformazione dell'assetto organizzativo dell'ente avviene, d'altronde, per via legislativa, così come la consacrazione di un legame di tipo funzionale e strutturale con – rispettivamente – gli indirizzi politico-culturali e le esigenze organizzative espressi dall'ente territoriale di riferimento⁽⁶⁵⁾.

Tali considerazioni non trovano smentita, ma al contrario ulteriore conferma, nel-

⁶² Così, G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *op. cit.*, 64.

⁶³ G. PAGLIARI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴ Si richiama qui la nota tesi di G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., spec. 264 ss., secondo cui «è pubblico l'ente la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale» [corsivo nel testo].

⁶⁵ Come rileva M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., 29, gli interventi legislativi di privatizzazione mettono in evidenza una frequente eterogenesi dei fini: in luogo di un arretramento degli enti pubblici e della disciplina pubblicistica, la rilevanza collettiva dell'attività e il trapianto di strutture pubbliche nel diritto privato hanno finito per ampliare la cerchia degli enti privati sottoposti a norme di diritto pubblico. Sugli itinerari di ri-pubblicizzazione degli enti privatizzati, cfr. ampiamente G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., *passim*.

la speculare vicenda della privatizzazione delle fondazioni di origine bancaria⁽⁶⁶⁾. Anche tali soggetti sono l'esito di una complessa vicenda di privatizzazione di preesistenti enti pubblici; anche in questi casi il soggetto fondazionale è sottoposto a una disciplina "speciale" e parzialmente derogatoria rispetto a quella codicistica. Tuttavia, in questo caso la trasformazione del soggetto pubblico in ente di diritto privato risponde innanzitutto all'esigenza di riallineare la forma giuridica del soggetto alla sostanziale "privatezza" dell'attività svolta⁽⁶⁷⁾. Da qui, l'espressa qualificazione dei nuovi soggetti fondazionali come «persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale»⁽⁶⁸⁾, nonché la loro espressa collocazione da parte della Corte costituzionale «tra i soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali"», piuttosto che all'interno della diversa «nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo»⁽⁶⁹⁾.

Si tratta, in altri termini, di una privatizzazione che, diversamente da quanto riscontrato in precedenza, reca con sé anche una *defunzionalizzazione* dell'ente, le

⁶⁶ La letteratura sul punto è amplissima: cfr. almeno F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le fondazioni Casse di Risparmio*, Rimini, 1998; S. AMOROSINO-F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Le "fondazioni" bancarie*, Padova, 1999; F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata: cronache di una riforma decennale*, Torino, 2000; ID., *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 96 ss.; M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, 2001; G. PONZANELLI (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, Torino, 2005; G. PASTORI, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, Bologna, 2011; nonché, più di recente, V. BONTEMPI, *Fondazioni di origine bancaria e settore culturale: limiti e virtù del controllo pubblico sull'autonomia privata*, in A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, cit.

⁶⁷ In tal senso, G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica*, cit., 72, il quale riconduce le fondazioni di origine bancaria tra le «fondazioni a base privata che erogano prestazioni e finanziamenti grazie alle rendite derivanti da patrimoni storicamente alimentati dai privati».

⁶⁸ Art. 2, co. 1, d.lgs. n. 153/1999.

⁶⁹ Corte cost., 29 settembre 2003, n. 300, commentata, tra i tanti, da F. MERUSI, *Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata*, in *Le Regioni*, 2004, 274; M. CLARICH-A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie: ultimo approdo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1264; S. FOÀ, *Le fondazioni di origine bancaria quali soggetti privati espressione delle "libertà sociali": "ordinamento civile" e sussidiarietà orizzontale*, in *Il Foro amm. C.d.S.*, 2003, 10, 2838; B. CARAVITA DI TORITTO, *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, in *Federalismi.it*, n. 4/2008. La collocazione delle fondazioni bancarie nell'alveo delle organizzazioni collettive di diritto privato, espressione della società civile, è confermata più di recente anche dall'art. 1, co. 1, legge n. 106/2016, recante delega per la riforma del Terzo settore, ove, pur escludendo l'integrale soggezione delle fondazioni bancarie alle disposizioni di riordino della materia, se ne riconosce espressamente l'astratta riconducibilità alla sfera del terzo settore.

cui finalità, seppur individuate a monte dal legislatore, sono definite con la formula ampia e generica del perseguimento di «scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti»⁽⁷⁰⁾. Detto altrimenti, si può osservare come in tali ipotesi la privatizzazione rechi con sé una effettiva soluzione di continuità (anche) funzionale rispetto all'attività svolta dall'ente preesistente. Come ha rilevato la Corte costituzionale, del resto, la stessa predeterminazione *ex lege* dei settori in cui la fondazione di origine bancaria può svolgere il proprio operato deve essere interpretata «in un senso logicamente compatibile con il carattere *non pubblicistico* dell'attività delle fondazioni e, quindi, come riferentisi solo a quelle attività, socialmente rilevanti, diverse, pur se *complementari e integrative*, da quelle demandate ai pubblici poteri»⁽⁷¹⁾. Così, pur mantenendo un forte radicamento con il territorio di riferimento, le fondazioni di origine bancaria – aprendosi alla partecipazione di diversi «enti (pubblici o privati) comunque espressivi delle realtà locali»⁽⁷²⁾ – non possono considerarsi soggetti strumentali o serventi rispetto all'ente territoriale di riferimento.

Ciò spiega, d'un lato, la soggezione quasi integrale di tali soggetti alle regole civilistiche e, dall'altro, il tipo di relazione che essi generalmente instaurano con la pubblica amministrazione: un rapporto di tipo essenzialmente collaborativo, espressione dei principi di sussidiarietà orizzontale e solidarietà, che – come si vedrà meglio *infra* – si declina vuoi in diverse forme di finanziamento all'arte, alle attività e ai beni culturali, vuoi nella partecipazione a protocolli di intesa stipulati con le amministrazioni pubbliche al fine di coordinare gli interventi di valorizzazione sul patrimonio culturale.

5. LA ESTERNALIZZAZIONE DI BENI, SERVIZI E ATTIVITÀ CULTURALI

A una logica diversa risponde l'utilizzo della fondazione a fini di esternalizzazione di attività tradizionalmente proprie della pubblica amministrazione. Come noto, le esternalizzazioni si legano a doppio filo con le vicende della privatizzazione e, più in generale, con quel movimento di riduzione e razionalizzazione della sfera pubblica attraverso l'affidamento di compiti e funzioni a soggetti terzi,

⁷⁰ Art. 2, co. 1, d.lgs. n. 153/1999.

⁷¹ Corte cost., 29 settembre 2003, n. 301 [enfasi aggiunta].

⁷² *Ibidem*. La Corte riconosce, del resto, espressamente il «collegamento con le realtà locali, quale riflesso del radicamento territoriale degli enti bancari e delle casse di risparmio da cui traggono origine».

esterni all'apparato amministrativo tradizionale⁽⁷³⁾. Eppure, mentre nella privatizzazione è lo stesso soggetto pubblico a mutare veste giuridica, in modo solo formale o anche sostanziale, mantenendo ovvero dismettendo la propria funzione originaria, nell'esternalizzazione (o *outsourcing*) il soggetto pubblico rimane tale e conserva su di sé la titolarità della funzione, ma decide di affidare all'esterno lo svolgimento di alcune attività o porzioni di essa, anziché gestirle internamente tramite i propri organi e uffici.

Nel quadro delle indicazioni provenienti dalle teorie del *new public management*, tali operazioni miravano a snellire e semplificare l'organizzazione amministrativa, attraverso una complessiva razionalizzazione delle burocrazie e un maggior coinvolgimento del privato nella gestione della cosa pubblica⁽⁷⁴⁾. Il ricorso a soggetti esterni all'apparato burocratico tradizionale risponde, in particolare, al paradigma della *lean organisation*, ossia della ricerca di un assetto organizzativo più snello ed efficiente, orientato al risultato, in cui anche l'amministrazione è chiamata a «fare di più, con meno»⁽⁷⁵⁾. Al contempo, attraverso l'esternalizzazione, l'amministrazione si pone solitamente nelle condizioni di mantenere un certo legame con i soggetti incaricati dello svolgimento dell'attività esternalizzata, vuoi attraverso l'esercizio di un generale potere di vigilanza o controllo, vuoi attraverso la previsione di poteri di indirizzo e conformazione, vuoi ancora per mezzo di poteri di nomina o di definizione dell'assetto organizzativo. Specie a livello locale, ciò ha portato alla configurazione dell'ente territoriale alla stregua di un centro propulsore e di coordinamento di una pluralità di soggetti, pubblici o privati, che sono in vario modo a esso collegati attraverso nessi di tipo funzionale e strutturale⁽⁷⁶⁾. Si rammenta, in proposito, come la scelta dell'amministrazione di perseguire le proprie finalità istituzionali rivolgendosi ad organismi terzi possa essere astratta-

⁷³ In tema, cfr. G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963 ss.

⁷⁴ In tema, S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, cit. Segnalano la crisi e lo scarso successo delle teorie del *New Public Management*, in particolare, F. DI MASCIO, A. NATALINI, *Oltre il New Public Management. Le riforme amministrative tra meccanismi e contesti*, Roma, 2018; ma cfr. altresì, in prospettiva sociologica, l'analisi critica di P. LASCUMES-P. LE GALÈS (a cura di), *Gouverner par les instruments*, Paris, 2007, trad. it., *Gli strumenti per governare*, Milano, 2009.

⁷⁵ Sull'amministrazione di risultato, si v. i diversi saggi raccolti in AA.VV., *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003 e in particolare i contributi di M. CAMELLI, *ivi*, 197 ss. e di G. CORSO, *ivi*, 127 ss.; nonché S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941 ss.; M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004.

⁷⁶ Sull'utilizzo delle fondazioni come strumento di realizzazione dell'interesse dell'amministrazione (soprattutto locale), A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo*, cit., 40.

mente realizzata in vari modi e secondo diverse formule organizzative, ciascuna rispondente a una logica in parte differente, e ciascuna connotata dalla sottoposizione a un diverso regime giuridico⁽⁷⁷⁾. Nella prospettiva della presente indagine è possibile identificare almeno tre moduli organizzativi e funzionali attraverso cui la pubblica amministrazione esternalizza una determinata attività a un soggetto privato riconducibile al tipo fondazionale⁽⁷⁸⁾.

In una prima ipotesi, la fondazione è costituita *ex novo* dal legislatore ovvero dall'amministrazione come soggetto meramente strumentale all'ente pubblico fondatore; in secondo luogo, la fondazione (specie nella sua variante della fondazione di partecipazione) istituita dall'amministrazione rappresenta la formula organizzativa attraverso cui si intende strutturare in via stabile la cooperazione tra diversi soggetti pubblici e privati nella gestione di beni o servizi pubblici; infine, la fondazione può risultare affidataria della gestione di un determinato bene ovvero di uno specifico servizio in virtù di un contratto di concessione o, più raramente, d'appalto, a valle di una procedura competitiva.

Ai nostri fini appare consigliabile affrontare separatamente tali ipotesi, stante il diverso ruolo che, in ciascuno di essi, la fondazione può assumere in relazione all'attore pubblico e rispetto all'esercizio della funzione di valorizzazione. Invece, nel primo caso l'esternalizzazione riguarda generalmente lo svolgimento di attività materiali o strumentali che la fondazione è chiamata a svolgere a beneficio e nell'interesse dell'amministrazione di riferimento; nel secondo caso, l'esternalizzazione della gestione di un bene o di un servizio a un soggetto fondazionale persegue l'aspirazione alla realizzazione di un maggiore coordinamento tra diversi enti pubblici e a un più ampio coinvolgimento dei soggetti privati; nel terzo, l'affidamento di un bene o di un servizio al privato realizza pienamente lo scopo

⁷⁷ Come noto, all'interno della formula "esternalizzazione" possono essere ricomprese vicende assai diverse tra loro. Sul punto, e con particolare riferimento al settore culturale, cfr. per tutti M. CAMELLI, *Decentramento e "outsourcing" nel settore della cultura*, cit., 265, il quale rileva come «nel termine di esternalizzazione si tendono a ricomprendere realtà molto eterogenee sia sul piano concettuale che su quello economico ed organizzativo», riconducibili essenzialmente a tre tipologie: «l'affidamento ad altro soggetto (pubblico o privato) di un bene culturale, o di un complesso di attività costituenti servizio pubblico o, infine, di singole attività materiali o comunque strumentali rispetto alla gestione del bene o servizio pubblico», tutte accomunate dal «collocare all'esterno dell'ente pubblico titolare oggetti diversi (beni, servizi pubblici, prestazioni o semplici attività)».

⁷⁸ Rileva l'attitudine in astratto della fondazione a costituire lo «strumento più funzionale all'attività di gestione e di valorizzazione dei beni culturali» secondo i moduli dell'esternalizzazione, G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, cit., 101.

organizzativo di allocare all'infuori dell'amministrazione e dei suoi enti strumentali la gestione di compiti originariamente svolti dal soggetto pubblico.

Sotto altro profilo, si può inoltre notare come nei primi due casi la fondazione sia costituita *ad hoc* dal legislatore ovvero dall'amministrazione per lo svolgimento in via stabile e duratura di attività di interesse pubblico; nella terza ipotesi, la fondazione concessionaria ha generalmente origine e natura privatistica e si presenta come un soggetto realmente terzo rispetto all'apparato amministrativo tradizionale, entrando in contatto con quest'ultimo nell'ambito di un rapporto contrattuale a contenuto patrimoniale. Ne deriva che solo in quest'ultimo caso la fondazione agisce nell'esercizio della propria autonomia privatistica, svolgendo, pur entro i limiti statutari, un'attività d'impresa; diversamente, nei primi due casi, l'azione della fondazione di origine pubblica rimane ampiamente funzionalizzata al perseguimento degli scopi di interesse pubblico prestabiliti dal legislatore o dall'amministrazione alla stregua di quanto in precedenza osservato. Così, nel primo caso si avrà una fondazione che, in sostanza, appare riconducibile alla categoria degli enti pubblici strumentali; nel secondo, si tratterà di un organismo misto pubblico-privato, contrassegnato dall'applicazione di una disciplina giuridica ibrida; nel terzo caso, la fondazione agisce formalmente e sostanzialmente come un soggetto di diritto privato, analogamente a una impresa operante nel mercato, sebbene pur sempre nel perseguimento di finalità non lucrative di interesse generale.

5.1. LA FONDAZIONE COME SOGGETTO STRUMENTALE: IL CASO DELLA FONDAZIONE *IN HOUSE* SISTEMA TOSCANA

Nella prima ipotesi che si prende qui in esame l'esternalizzazione a un soggetto terzo risponde all'obiettivo di collocare all'esterno dell'apparato burocratico tradizionale una semplice attività materiale o strumentale rispetto al perseguimento delle finalità proprie dell'ente pubblico titolare della funzione. L'esternalizzazione di determinati compiti e attività a un soggetto formalmente privato ed autonomo, ma – come vedremo – sottoposto a forte (là dove non integrale) controllo e indirizzo pubblico, risponde in tali casi a una mera riorganizzazione o razionalizzazione della sfera pubblica.

L'esempio più noto di soggetto formalmente privato, ma sostanzialmente pubblico, istituito con legge come strumento operativo del Ministero dei beni culturali e attività culturali, oggi Ministero della cultura (MiC), è costituito da Ales s.p.a.

Tale soggetto, costituito in forma di società di capitali interamente partecipata dal soggetto pubblico, risponde al modello dell'*in house providing*, svolgendo per intero le proprie attività in favore del MiC, secondo le direttive e gli indirizzi vincolanti da questo impartiti⁽⁷⁹⁾. Un'esperienza analoga si registra anche livello locale e, segnatamente, nel caso della costituzione da parte di Roma Capitale della società Zètema s.r.l., come azienda strumentale operante nel settore della gestione e valorizzazione di diverse attività di rilievo culturale.

Come abbiamo osservato in apertura, ad analoghe finalità è stato più di recente destinato anche un soggetto istituito, sempre in via legislativa, in forma fondazionale. In modo piuttosto innovativo, infatti, la legge reg. Toscana 13 novembre 2018, n. 61⁽⁸⁰⁾ ha espressamente qualificato la Fondazione Sistema Toscana, precedentemente costituita come fondazione di partecipazione, come “fondazione *in house*”, soggetta al “controllo analogo” della Regione⁽⁸¹⁾. La Fondazione, disciplinata nel dettaglio dalla legge istitutiva, è chiamata a svolgere le proprie attività nel perseguimento delle finalità istituzionali proprie della Regione e, segnatamente, degli obiettivi di sviluppo della comunicazione digitale per la valorizzazione e la promozione dei beni e delle attività culturali, della ricerca e dell'innovazione; della promozione dell'integrazione fra offerta culturale e offerta turistica; della promozione e diffusione del cinema e dell'audiovisivo; delle attività di *film commission*; della promozione e valorizzazione dell'identità toscana e dello sviluppo delle politiche giovanili⁽⁸²⁾. Si tratta, in altri termini, di un soggetto posto in funzione strumentale rispetto all'ente pubblico di riferimento, in cui si scorge il rapporto potestà-soggezione che tipicamente connota l'ente pubblico ausiliario

⁷⁹ In argomento, cfr., per tutti, C. BARBATI, *Organizzazione e soggetti*, in C. BARBATI-M. CAMMELLI ET ALII, *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 133.

⁸⁰ Legge reg. Toscana, 13 novembre 2018, n. 61 (*Disposizioni in materia di attività e modalità di finanziamento della Fondazione Sistema Toscana*). In tema, cfr., per tutti, S. LUCATTINI, *La fondazione Sistema Toscana. Natura e prospettive*, in A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, cit.

⁸¹ Art. 9, legge reg. n. 61/2018, ove si prevede che «La Regione esercita il controllo analogo sulla Fondazione Sistema Toscana, nel rispetto dei principi e delle disposizioni del diritto europeo e della legislazione nazionale in materia di organismi “in house providing”, attraverso la nomina del consiglio di amministrazione e del revisore unico da parte del Consiglio regionale e il controllo dei seguenti atti: a) bilancio di previsione; b) bilancio di esercizio; c) programma di attività; d) atti di partecipazione a programmi comunitari e nazionali; e) atti di gestione straordinaria del patrimonio; f) atti relativi alla dotazione organica; g) contratti di consulenza».

⁸² Art. 1, legge reg. Toscana, 13 novembre 2018, n. 61.

rispetto all'ente ausiliato⁽⁸³⁾.

Il legislatore regionale ha dato vita così a una nuova (e per il momento piuttosto isolata) variante tipologica della fondazione⁽⁸⁴⁾, in cui – diversamente da quanto generalmente avviene nelle fondazioni incaricate della gestione di beni o attività culturali – si esclude a monte la stessa possibilità di aprire la fondazione alla partecipazione dei privati e, al contempo, si prevede espressamente un controllo costante e particolarmente incisivo da parte del soggetto pubblico fondatore. Per un verso, dunque, tale nuovo modello di fondazione legale porta alle estreme conseguenze quel tratto, tipico delle fondazioni di partecipazione, di attenuare la separazione tra soggetto fondatore e fondazione, assicurando – all'inverso – una presenza immanente e continuativa del primo nella vita e nell'attività della seconda, attraverso l'attribuzione all'ente pubblico dei «poteri di indirizzo, controllo e, in generale, di sovra-ordinazione, che, nel regime di diritto amministrativo, sono tipici del rapporto organizzativo della strumentalità»⁽⁸⁵⁾. Per altro verso, contrariamente alla fondazione di partecipazione, la fondazione *in house* si presenta come soggetto strutturalmente “chiuso” alla partecipazione di altri soggetti e, dunque, come figura organizzativa del tutto strumentale alle esigenze e agli obiettivi dell'amministrazione pubblica di riferimento, alla stregua di una sua *longa manus*.

Senza poter in questa sede approfondire ulteriormente la questione, ci sembra tuttavia opportuno segnalare che, tra i diversi problemi sollevati da tale nuova fattispecie⁽⁸⁶⁾, vi sia, d'un lato, quello della sua conciliabilità con il modello fon-

⁸³ Sul punto, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, 1970, Milano, 191.

⁸⁴ Sulla configurabilità di un modello di fondazione *in house*, cfr. A. PAIRE, *Fondazioni di partecipazione e pubblica amministrazione. Rischi e opportunità di un modello organizzativo “atipico”*, in *Federalismi.it.*, 2020, 172, il quale giustamente rileva come i requisiti dell'*in house* «possano essere soddisfatti, in astratto, anche del rapporto tra un ente pubblico e un soggetto di natura non societaria», come emerge del resto anche dallo stesso Codice dei contratti pubblici, là dove, all'art. 5, fa riferimento genericamente a una «persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato». In giurisprudenza, per la configurabilità della Fondazione Campania dei festival come soggetto *in house* della Regione, cfr. Cons. Stato, sez. I, parere n. 2477/2019 del 18.09.2019; nonché, in relazione alla Fondazione Field come organismo *in house* della Regione Calabria, cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, n. 595/2011, confermato da Cons. Stato, sez. V, n. 66/2013.

⁸⁵ A. AVERARDI, *Fondazioni e patrimonio culturale: ascesa, trasformazioni e prospettive future*, in A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, cit.

⁸⁶ Sul punto, cfr. diffusamente S. LUCATTINI, *La fondazione Sistema Toscana* cit.

dazionale⁽⁸⁷⁾ e, dall'altro, quello dell'astratta idoneità di tale modello a realizzare efficacemente gli obiettivi sottesi allo schema organizzativo dell'*in house providing*, non casualmente sinora calato per lo più all'interno del diverso "stampo" della società di capitali⁽⁸⁸⁾.

5.2. LA GESTIONE DI BENI E SERVIZI CULTURALI DA PARTE DELLE FONDAZIONI DI PARTECIPAZIONE COME ORGANISMI MISTI PUBBLICO-PRIVATO

Una ulteriore ipotesi è rappresentata dall'affidamento dell'attività di gestione di un bene o di un servizio culturale a un soggetto fondazionale aperto alla partecipazione di altri soggetti pubblici e privati. In tali casi, l'operazione di esternalizzazione non determina l'affidamento a un soggetto realmente terzo individuato all'esito di una procedura concorrenziale, giacché il conferimento di un bene o l'attribuzione di un servizio ha come destinatario una particolare figura fondazionale, formalmente privata, a tal fine costituita ovvero partecipata dalla stessa pubblica amministrazione. Quantomeno nelle originarie intenzioni del legislatore, il soggetto designato per la gestione esternalizzata delle citate attività si presenta come un organismo misto pubblico-privato, ossia come una figura organizzativa strutturalmente e funzionalmente deputata ad assicurare il coordinamento tra diversi soggetti nella realizzazione di una medesima finalità di interesse pubblico. A livello statale, l'esempio di maggior rilievo è storicamente rappresentato dalle fondazioni costituite o partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali previste e disciplinate dall'art. 10, d.lgs. n. 368/1998⁽⁸⁹⁾. Si ricorderà, d'altronde,

⁸⁷ Cfr., ad esempio, sebbene in relazione al profilo della giurisdizione contabile sugli amministratori delle società pubbliche, i dubbi espressi da Cass., Sez. un., 2 febbraio 2018, n. 2584, secondo cui «la figura dell'affidamento in house trova la sua precipua collocazione nell'ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e che proprio in tale ambito può trovare spazio l'analisi dell'ente al fine di rinvenire un agire sul mercato in termini concorrenziali con altri soggetti economici: situazione questa che va del tutto esclusa, in ragione della statutaria previsione della Fondazione, di non perseguire fini di lucro».

⁸⁸ In tema, cfr., più di recente, M. ANTONIOLI-A. BELLAVISTA E ALTRI, *Le società in house*, Napoli, 2020.

⁸⁹ In tema, si v. in particolare E. BRUTI LIBERATI, *Il ministero fuori dal ministero (art. 10 del d.lg. n. 368/1998)*, in *Aedon* n. 1/1999; S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal Ministero dei Beni e le Attività culturali*, in *Aedon* n. 1/2002; F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni*, cit., 128; G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, cit., 95 ss.; T. PONTELLO, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato*, cit., 324 ss.; G. MANFREDI, *I modelli organizzativi nell'amministrazione dei beni culturali tra mito e realtà*, in *Giustamm.*, n. 2/2017.

che tale disposizione, ora abrogata per effetto del d.lgs. n. 156/2006, consentiva al Ministero di esternalizzare a una fondazione da esso appositamente costituita o partecipata la gestione e la valorizzazione dei beni culturali e la promozione delle attività culturali ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni. La disciplina di dettaglio era poi contenuta in un regolamento ministeriale (d.m. n. 491/2001) che configurava tali figure organizzative come soggetti di diritto privato, istituiti nelle forme della fondazione partecipazione, aventi l'obiettivo di realizzare un «punto di saldatura tra i principi della sussidiarietà verticale ed orizzontale»⁽⁹⁰⁾. In tal modo, l'obiettivo di esternalizzazione andava idealmente a congiungersi tanto con l'esigenza di apprestare forme strutturate di coordinamento tra diversi enti pubblici, quanto con quella di favorire, sulla scorta di quanto sancito dall'art. 118, ultimo comma della Costituzione, «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale».

Anche in questo caso, se si eccettua l'esperienza della fondazione Museo egizio di Torino⁽⁹¹⁾, l'obiettivo perseguito dal legislatore veniva poi concretamente frustrato dalla disciplina di dettaglio introdotta dal citato regolamento ministeriale. Quest'ultimo attribuiva al soggetto politico una nutrita serie di poteri, piuttosto incisivi, di controllo e indirizzo sull'organizzazione interna e sull'attività della fondazione⁽⁹²⁾, finendo però per depotenziare la *ratio* innovativa della riforma e rendendo assai poco appetibile l'ingresso di soggetti privati, *profit* o *non profit*, nella compagine dell'ente. Risaltava, in altri termini, la natura sostanzialmente pubblicistica di tali fondazioni, criticamente definite in dottrina come «una sorta di aziende municipalizzate della cultura, prive dell'apporto di risorse, idee e di energie di privati che pur nelle dichiarazioni e nei propositi si ritengono indispensabili»⁽⁹³⁾.

⁹⁰ Così, E. BRUTI LIBERATI, *Il ministero fuori dal ministero*, cit., in relazione all'ipotesi delineata dall'art. 10 del d.lgs. n. 368/1998.

⁹¹ Si tratta, come noto, di uno dei pochi esempi di fondazione istituita dal Ministero dei beni culturali, quale strumento di gestione di un bene museale, ai sensi del citato art. 10, d.lgs. n. 368/1998. Sul punto, S. FOÀ, *Lo statuto-tipo della fondazione museale: il caso del Museo egizio di Torino*, cit.; S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali"*, cit., 240 ss.

⁹² Cfr., in particolare l'art. 13, del citato d.m. n. 491/2001.

⁹³ G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, cit., 113, ove l'A. mette in luce la natura «gattopardesca» dell'operazione di esternalizzazione laddove, come nel caso di specie, non venga meno l'apparato burocratico ministeriale (o della regione o dell'ente locale) con «la sua incombenza gestionale».

Problemi analoghi emergono anche in numerose esperienze regionali e locali⁽⁹⁴⁾. Si ricorda infatti che, a seguito dei ben noti processi di decentramento e di promozione del ruolo delle autonomie territoriali in ambito culturale, anche le amministrazioni regionali e locali hanno fatto ampio ricorso allo schema fondazionale (specie nella sua declinazione della fondazione di partecipazione), per la gestione e la valorizzazione di beni e attività culturali. Ciò è prevalentemente avvenuto in via di prassi, e dunque in assenza di un modello normativo “speciale” espressamente codificato dal legislatore⁽⁹⁵⁾. Ancora una volta emerge tuttavia la difficoltà nel realizzare un corretto bilanciamento tra l’esigenza pubblicistica di esercitare una forma di controllo e influenza sull’ente fondazionale, d’un lato, e la sua capacità di attrarre investimenti privati e di stimolare forme proficue di collaborazione con i partner privati, dall’altro. La volontà dell’attore pubblico di conservare un legame stretto con la fondazione ha sortito, a ben vedere, l’effetto di disincentivare la partecipazione dei privati e di rendere il modello prescelto uno strumento funzionale soprattutto ai bisogni e agli interessi dell’amministrazione: uno strumento capace, per lo più, di strutturare la cooperazione tra diversi enti pubblici. Le numerose ipotesi in cui l’ente pubblico rimane di fatto l’unico soggetto partecipante⁽⁹⁶⁾ ben esemplificano, d’altronde, le difficoltà di pervenire a un soddisfacente equilibrio tra la tutela degli interessi pubblici e la effettiva capacità di intercettare gli interessi privati in vista dell’attivazione di quelle efficaci sinergie che, come auspicato da chi ha elaborato il modello della fondazione di partecipazione, sarebbero in grado di consentire al pubblico di interagire con il privato

⁹⁴ Si v., ad esempio, in relazione all’operato della fondazione di partecipazione “Matera-Basilicata 2019”, Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Basilicata, Deliberazione n. 56/2020/VSGO, Potenza, 22 dicembre 2020, in cui è stata accertata «l’esistenza di criticità nella utilizzazione dello strumento della fondazione di partecipazione per la gestione degli eventi connessi alla nomina di Matera a capitale della cultura 2019, nonché dei finanziamenti pubblici ad essa assegnati, riconducibili anche alla natura atipica di tale strumento organizzativo». In particolare, la Corte dei conti ha rilevato le seguenti principali criticità: «una gestione delle risorse assegnate in maniera più agile ma sicuramente meno regolamentata e responsabilizzata»; «carenti regole di governance ed accountability del settore e alle scarse conoscenze scientifico-statistiche del medesimo»; un «trattamento fiscale-tributario delle stesse che costituisce un altro elemento di opacità del settore». Sul punto, si v. inoltre all’accurata analisi, condotta su alcune fondazioni di partecipazione della Regione toscana, di M. GIUSTI-A. PIRRI, *Le fondazioni culturali toscane: un’analisi ragionata*, cit.

⁹⁵ Sulle origini del modello, E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio*, cit., 61 ss.; M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione*, cit.

⁹⁶ Si v., tra gli esempi più noti, quello della Fondazione Grande Brera, su cui, in particolare, S. BAIÀ CURIONI, *A proposito di Grande Brera*, in *Aedon*, n. 3/2012.

«non dall'esterno, bensì dall'interno, associandosi con esso»⁽⁹⁷⁾.

Pur con alcune significative eccezioni, anche in relazione a tali processi di esternalizzazione si avvertono, in definitiva, le medesime criticità che hanno contraddistinto alcune ipotesi di (pseudo)privatizzazione viste in precedenza. Anche in questo caso, i processi di esternalizzazione, specie laddove realizzati tramite legge, hanno finito per dare vita a fenomeni di mera riorganizzazione della sfera pubblica, senza perciò determinare né una effettiva apertura di tali soggetti agli apporti, anche finanziari, dei privati, né una reale de-pubblicizzazione della relativa disciplina giuridica.

Eppure, guardando al fenomeno fondazionale dal punto di vista delle modalità di gestione delle attività di valorizzazione dei beni culturali, si deve comunque osservare come un certo *favor* del legislatore verso la gestione “indiretta” (ossia esternalizzata) di beni culturali attraverso fondazioni miste pubblico-private emergesse – e, d'altronde, tuttora traspare – dalle disposizioni del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio). Si rammenta, infatti, come, ai sensi della preminente formulazione dell'art. 115, il Codice dei beni culturali ammettesse, tra le forme di gestione delle attività di valorizzazione dei beni culturali pubblici, anche «l'affidamento a istituzioni, fondazioni o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono»⁽⁹⁸⁾. A tale disposizione faceva eco l'art. 113-bis, co. 3, d.lgs. n. 267/2000 (t.u. enti locali)⁽⁹⁹⁾, là dove prevedeva che gli enti locali potessero procedere «all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro

⁹⁷ E. BELLEZZA-F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio*, cit., 39 e 131, per i quali la fondazione di partecipazione rappresentava (o avrebbe dovuto rappresentare) un modulo operativo, un «luogo giuridico», in cui realizzare l'incontro tra pubblico e privato, in virtù della «contestualità, anche fisica, dei processi dialettici e decisionali».

⁹⁸ Art. 115, co. 3, lett. a), poi modificato dall'art. 2, d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, con la precisazione, correttamente sottolineata in dottrina, per cui tale facoltà doveva in ogni caso interpretarsi restrittivamente, limitandone l'applicazione alle sole ipotesi in cui l'attività oggetto di affidamento non fosse suscettibile di produrre reddito e che fosse, cioè, annoverabile tra i servizi non economici di interesse generale. Sul punto, cfr., *ex multis*, S. FOÀ, *Commento all'art. 115*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004. A livello locale, d'altronde, era lo stesso art. 113-bis t.u. enti locali a qualificare i servizi culturali come servizi privi di rilevanza economica.

⁹⁹ Come noto tale disposizione è stata poi dichiarata incostituzionale da Corte cost. n. 272/2004 per violazione delle regole di riparto delle competenze legislative Stato-Regioni. Sulle conseguenze di tale sentenza sulla materia dei beni culturali, cfr. G. SCIULLO, *Gestione dei servizi culturali e governo locale dopo la pronuncia 272/2004 della Corte costituzionale*, in *Aedon*, n. 3/2004

costituite o partecipate».

Oggi, pur a seguito della riscrittura dell'art. 115 e dell'abrogazione dell'art. 10, d.lgs. n. 368/1998 ad opera del citato d.lgs. n. 156/2006⁽¹⁰⁰⁾, non sembra essere venuta la copertura normativa per la costituzione ovvero la partecipazione di fondazioni culturali da parte delle pubbliche amministrazioni. In disparte la considerazione per cui ben potrebbe l'amministrazione, nell'esercizio della propria capacità di diritto privato, decidere di costituire un soggetto fondazionale ovvero di parteciparvi ai fini dell'esercizio della propria missione istituzionale ed entro i consueti limiti tracciati dall'ordinamento, si deve invero considerare che l'attuale art. 112, co. 5 del Codice dei beni culturali stabilisce espressamente che lo Stato, per il tramite del Ministero, e le altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono costituire "appositi soggetti giuridici" cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo di piani strategici di sviluppo culturale. All'art. 115, co. 7, il Codice soggiunge, inoltre, che al patrimonio di tali soggetti, le amministrazioni possono partecipare anche attraverso il conferimento in uso dei beni culturali che ad esse pertengono e che siano oggetto della valorizzazione.

Ebbene, nonostante l'ambigua formulazione adottata dal legislatore e le incertezze che circondano la lettura degli artt. 112 e 115, ci sembra che dal combinato disposto di tali disposizioni si possano inferire una serie di considerazioni che assumono particolare rilievo ai fini del discorso che si sta qui conducendo.

Innanzitutto, appare pacifico che tali soggetti (in dottrina più efficacemente ribattezzati come «organismi per la valorizzazione»⁽¹⁰¹⁾) ben potrebbero essere costituiti nelle forme della fondazione e, in particolare, della fondazione di partecipazione, come è dato intendere dalla previsione secondo cui a tali soggetti possono partecipare sia privati proprietari di beni culturali suscettibili di essere oggetto di valorizzazione, sia persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione (art. 112, co. 8).

¹⁰⁰ P. CARPENTIERI, *Le ragioni della novella degli articoli 112 e 115 del Codice dei beni culturali*, in G. MORBIDELLI-G. CERRINA FERONI (a cura di), *I musei. Discipline, gestioni, prospettive*, Torino, 2010, 165. In tema, più di recente, M. CROCE, *Il perimetro soggettivo dei partenariati e le tipologie di privati per la valorizzazione del patrimonio culturale (tra profit e non profit)*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Patrimonio culturale e soggetti privati*, cit., 99 ss.; F. PILEGGI, *L'esternalizzazione ai privati delle attività di valorizzazione e dei servizi per il pubblico negli istituti e luoghi di cultura*, *Ibidem*, 125 ss.

¹⁰¹ Così, L. CASINI, *Valorizzazione e tutela*, cit., 211.

In secondo luogo, se ne deduce altresì la generale capacità degli enti pubblici territoriali (e, dunque, non solo dello Stato) di dare vita a una forma istituzionalizzata di partenariato pubblico-privato⁽¹⁰²⁾, plasmata sul modello delle fondazioni di partecipazione e all'infuori dei limiti e della disciplina stabiliti dal sopra citato d.m. n. 249/2001, cui affidare l'elaborazione di strategie e programmi di valorizzazione dei beni culturali di pertinenza pubblica.

In terzo luogo, sembra corretto ritenere che, pur con le criticità evidenziate in dottrina⁽¹⁰³⁾, il Codice dei beni culturali ammetta che tali organismi, in quanto conferitari di beni culturali pubblici, possano decidere di mantenerne altresì la gestione, in alternativa al loro affidamento a terzi in concessione. A conforto di tale lettura sta invero la previsione secondo cui la gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi, la quale può essere disposta tanto da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono, quanto dagli stessi soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'art. 112, co. 5, i quali dunque ben potrebbero non limitarsi all'elaborazione di strategie e programmi di valorizzazione, e svolgere altresì, come sembra d'altronde logico, attività di gestione in concreto di tali beni⁽¹⁰⁴⁾. A ben vedere, tale opzione ci sembra percorribile quantomeno nelle ipotesi in cui, per la natura dell'attività oggetto di affidamento e per le concrete modalità in cui si esplicita la scelta organizzativa dell'amministrazione, il servizio possa qualificarsi come privo di rilevanza

¹⁰² Sul punto, cfr. *ex multis*, G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d. lg. 156/2006?*, in *Aedon*, n. 2/2006; G. SEVERINI, *Art. 112*, cit., 1025; F. SAVO AMODIO, *Il partenariato istituzionalizzato per la valorizzazione del patrimonio culturale*, in A. MOLTERRI (a cura di), *op. ult. cit.*, 255 ss. Più in generale, sugli strumenti di partenariato cfr. almeno gli studi raccolti in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, cit.; nonché in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

¹⁰³ Cfr., in particolare, G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali*, cit.

¹⁰⁴ In questo senso, ad esempio, lo studio coordinato da M. CAMELLI, *Autonomie territoriali e beni culturali dopo il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Aedon* nn. 1-2/2006, ove si mette ulteriormente in luce come anche le regioni sembrerebbero poter disciplinare l'esternalizzazione dei servizi culturali di regioni ed enti locali attraverso l'affidamento a organismi misti costituiti ad hoc o partecipati dalle amministrazioni proprietarie dei beni. In tal senso, cfr., ad esempio, la legge reg. Toscana 25 febbraio 2010, n. 21 (Testo unico delle disposizioni in materia di beni, istituti e attività culturali), la quale, all'art. 14, dispone, sulla falsariga dell'art. 115 del d.lgs. n. 42/2004, che «l'organizzazione degli istituti e luoghi della cultura come servizi privi di rilevanza economica può avvenire mediante gestione in forma diretta o in forma indiretta» e che «la gestione in forma diretta può avvenire per mezzo di associazioni, fondazioni o altri organismi, le cui finalità consistano nella prestazione di servizi culturali, sui quali l'amministrazione cui l'istituto o il luogo della cultura appartiene esercita un'influenza dominante».

economica e, dunque, sottratto all'applicazione delle regole europee in materia di affidamento di contratti d'appalto o di concessione. Inoltre, come rilevato in dottrina⁽¹⁰⁵⁾, tra le forme di gestione diretta, il legislatore del Codice ricomprende anche le forme consortili pubbliche, le quali andrebbero interpretate in senso ampio, come strutture organizzative a prevalente controllo pubblico e, dunque, comprensive anche delle fondazioni culturali soggette a prevalente indirizzo pubblico. In proposito si deve tuttavia nuovamente osservare come alla disciplina legislativa non sia seguita una coerente e soddisfacente applicazione pratica. E ciò per diversi motivi. Anzitutto, per la mancata emanazione, da parte del Ministero competente, del decreto attuativo relativo alle modalità e ai criteri di costituzione da parte di tali soggetti giuridici, pure richiesta dallo stesso art. 112 del Codice. Un'ulteriore ragione è stata individuata nella limitazione della partecipazione ai soli privati proprietari ovvero appartenenti al settore del *non profit*, con esclusione del privato lucrativo. Aggiungiamo, inoltre, che lo scarso successo di tale formula si lega alla insufficiente attenzione generalmente prestata dagli attori pubblici alla programmazione degli interventi di valorizzazione, oltre che a una eccessiva rigidità delle forme e delle modalità di attivazione della collaborazione pubblico-privato⁽¹⁰⁶⁾. Infine, a scoraggiare il ricorso a tali moduli partenariali e l'ingresso dei privati sta l'incertezza del quadro normativo e la frammentarietà della disciplina relativa all'affidamento a terzi di beni e servizi pubblici, specie a livello locale. Non sempre agevole risulta, ad esempio, l'inquadramento dell'attività da esternalizzare nell'alveo dei servizi d'interesse economico generale e, di conseguenza, la soggezione o meno alle regole di evidenza pubblica di matrice sovranazionale; si pensi, in particolare, come già sottolineato, alla possibilità di configurare la fondazione alla stregua di soggetto *in house* ovvero all'affidamento di un servizio culturale a rilevanza economica a una fondazione mista pubblico-privata e all'eventuale necessità di fare ricorso al meccanismo della gara a doppio oggetto.

5.3. L'AFFIDAMENTO DELLE ATTIVITÀ DI VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI A FONDAZIONI TRAMITE CONCESSIONE O APPALTO

¹⁰⁵ In tal senso, in particolare, S. AMOROSINO, *Diritto dei beni culturali*, Milano, 2019, 222.

¹⁰⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a A. MAGLIARI, *La collaborazione pubblico-privato nella programmazione degli interventi di valorizzazione dei beni culturali: criticità e prospettive*, in F.G. ALBISINNI (a cura di), *Il coinvolgimento degli enti privati nella valorizzazione e nella gestione dei beni culturali pubblici*, cit., 39 ss.

Si è detto in precedenza che l'esternalizzazione dell'attività di gestione di un bene o servizio culturale a soggetto fondazionale può avvenire in diversi modi, spettando in ultima analisi all'amministrazione titolare della funzione decidere se esternalizzare la gestione del bene e, eventualmente, attraverso quale formula organizzativa⁽¹⁰⁷⁾. Il citato art. 115 del Codice, con una formulazione che deve ritenersi non tassativa⁽¹⁰⁸⁾, attribuisce all'amministrazione la facoltà di scegliere tra una gestione *diretta* delle attività di valorizzazione, attraverso le proprie strutture organizzative interne, ovvero *indiretta*, tramite concessione o contratto d'appalto⁽¹⁰⁹⁾ a soggetti terzi individuati «mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti»⁽¹¹⁰⁾.

Il segnalato insuccesso della gestione dei beni culturali tramite organismi misti pubblico-privati, d'un lato, e la difficoltà dell'amministrazione di gestire internamente il vastissimo patrimonio culturale presente nel nostro paese, dall'altro, ben spiegano allora l'ampio ricorso alle formule più tradizionali e collaudate dell'affidamento a soggetti privati del tutto estranei all'apparato amministrativo attraverso la stipula di contratti di concessione o di appalto. In tali ipotesi, l'esternalizzazione dell'attività a un soggetto terzo non prevede un coinvolgimento organizzativo diretto dell'ente pubblico, come avviene nelle forme del partenariato istituzionale

¹⁰⁷ Come noto, ai sensi dell'art. 115, co. 4, Codice dei beni culturali, la scelta organizzativa dell'amministrazione di affidare il bene in concessione presso terzi deve essere orientata all'obiettivo «di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali» e deve basarsi su una «valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti».

¹⁰⁸ In tal senso, ad esempio, G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali*, cit.

¹⁰⁹ Il riferimento ai contratti di appalto è stato inserito, all'art. 115, co. 3, d.lgs. n. 42/2004, dall'art. 8, co. 7-bis, lett. a), n. 1), d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni), convertito con modificazioni in legge 11 settembre 2020, n. 120.

¹¹⁰ Art. 115, co. 3, Codice dei beni culturali. In tema, L. AMMANNATI, *La concessione come modello di gestione dei beni culturali*, in P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Milano, 2006, 156 ss.; nonché, più recentemente, F. PILEGGI, *L'esternalizzazione ai privati delle attività di valorizzazione e dei servizi per il pubblico negli istituti e luoghi della cultura*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Patrimonio culturale e soggetti privati*, cit., 125; M.C. PANGALLOZZI, *Le modalità di affidamento ai privati nell'ambito della valorizzazione dei beni culturali*, e F. CAPORALE, *Le forme di collaborazione pubblico-privato nella gestione del patrimonio culturale*, entrambi in F.G. ALBISINNI (a cura di), *Il coinvolgimento degli enti privati nella valorizzazione e nella gestione dei beni culturali pubblici*, cit., rispettivamente 85 e 137.

viste in precedenza, bensì l'instaurazione di un rapporto contrattuale e di durata tra la pubblica amministrazione e il privato individuato tramite idonee procedure competitive⁽¹¹¹⁾.

Ai fini che qui interessano, si tratta dunque di osservare come un soggetto fondazionale, nell'esercizio della propria autonomia privata e nei limiti del perseguimento delle proprie finalità statutarie, ben potrebbe assumere – come avviene, del resto, di frequente nella prassi – la veste di soggetto concessionario della gestione di un bene o di un servizio culturale.

Si pensi alle numerose ipotesi in cui una fondazione ottiene la gestione in concessione di un bene culturale ovvero di un istituto di cultura al fine di assicurarne una più ampia e consapevole fruizione ovvero una riqualificazione rispetto al contesto socio-culturale di riferimento. In tal senso, si possono richiamare le molteplici iniziative intraprese da fondazioni impegnate nella difesa dell'ambiente e del patrimonio artistico e monumentale italiano, quali in particolare il Fondo ambiente italiano (FAI)⁽¹¹²⁾. Valga, a titolo di esempio, l'affidamento in concessione al FAI del Teatrino di Vetriano (Lucca) il teatro storico pubblico più piccolo del mondo oppure la positiva esperienza della valorizzazione dell'Abbazia di Cerrate, in provincia di Lecce, affidata al FAI all'esito di una procedura di evidenza pubblica in concessione trentennale con l'obiettivo di valorizzare l'intero complesso architettonico mediante lo svolgimento di attività dirette a promuovere la conoscenza del bene e ad assicurarne una migliore fruizione da parte degli utenti, in combinazione con interventi di promozione e sostegno agli interventi di conservazione del sito. In molti casi si tratta di una concessione mista in quanto prevede la concessione in uso del bene e lo svolgimento dei relativi servizi culturali ovvero la realizzazione di lavori accessori di manutenzione e riqualificazione. Gli obiettivi della valorizzazione possono poi richiedere, oltre allo svolgimento di attività di promozione del sito e di attivazione di modalità più innovative di fruizione, anche attività di studio, di prevenzione, di conservazione o di restauro del patrimonio culturale.

¹¹¹ In generale, e senza alcuna pretesa di esaustività, sulle diverse ricostruzioni dell'istituto concessorio si v. almeno M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III ed., 1989, 293 ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

¹¹² Il Fondo Ambiente Italiano (FAI) è – come noto – una fondazione riconosciuta ai sensi del codice civile che opera a livello nazionale per la tutela, promozione e valorizzazione di beni di interesse artistico, storico e del paesaggio; per la tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente; per la promozione dell'arte e della cultura.

Ma può trattarsi anche, più semplicemente, di assicurare un servizio continuativo di apertura alla pubblica fruizione di istituti e luoghi di cultura usualmente chiusi in ragione della cronica carenza di personale interno alle amministrazioni⁽¹¹³⁾.

Nelle ipotesi qui brevemente individuate si può osservare come l'esternalizzazione dell'attività a un soggetto realmente terzo rispetto all'amministrazione affidante realizzi un modello riconducibile al partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale, in cui il partner pubblico procede (o quantomeno dovrebbe procedere) alla definizione degli obiettivi strategici di interesse pubblico da realizzare attraverso l'affidamento esterno, mentre al soggetto privato spetta l'assunzione della gestione concreta del bene o del servizio sulla base del progetto presentato all'amministrazione in sede di valutazione comparativa. I rapporti con i concessionari, i reciproci diritti e obbligazioni, sono poi regolati mediante un contratto di servizio, al cui interno sono recepiti i contenuti del bando di gara e dell'offerta vincitrice presentata dal soggetto concessionario, oltre alla regolazione economico-finanziaria del rapporto contrattuale⁽¹¹⁴⁾.

All'interno di tale schema le fondazioni partecipano alla gestione di beni o servizi culturali alla stregua di un comune soggetto di diritto privato, estraneo all'apparato amministrativo, e nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, sebbene pur sempre in adempimento alla propria missione statutaria e con estraneità dello scopo lucrativo. L'affidamento non presenta, dunque, tratti peculiari, giacché nell'operazione di esternalizzazione attraverso contratto d'appalto o concessione non assumono immediata rilevanza le caratteristiche funzionali o strutturali tipi-

¹¹³ Tra i diversi corpi normativi che a vario titolo disciplinano la materia delle concessioni di valorizzazione di beni immobili particolarmente significativo appare ai nostri fini il Decreto del Mibact del 6 ottobre 2015, relativo alla concessione in uso a privati di beni immobili del demanio culturale dello Stato. Il regolamento prevede che i beni culturali immobili dello Stato, per i quali non è corrisposto alcun canone concessorio e che richiedono interventi di restauro, possano essere conferiti in concessione d'uso ai soggetti privati di cui al Libro I del codice civile, dotati di personalità giuridica e prive di fini di lucro che perseguano, tra le finalità statutarie, quelle della tutela, promozione e valorizzazione dei beni culturali. La concessione d'uso deve essere finalizzata alla realizzazione di un progetto di gestione del bene che ne assicuri la corretta conservazione e l'apertura alla pubblica fruizione nell'ottica di una migliore valorizzazione. Per un'analisi dei principali interventi di riforma in materia di patrimonio pubblico si vedano i contributi raccolti in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 247 ss. Nella dottrina non giuridica, si leggano le considerazioni critiche di S. SETTIS, *Italia S.p.A. L'assalto del patrimonio culturale*, Torino, 2007 e di T. MONTANARI, *Privati del patrimonio*, Torino, 2015.

¹¹⁴ In tema, si v. F. CAPORALE, *Le forme di collaborazione pubblico-privato nella gestione del patrimonio culturale*, cit.

che del soggetto fondazionale. Potremmo dire, in altri termini, che, per il tipo di rapporto giuridico che si instaura tra privato e amministrazione, il soggetto fondazionale appare “fungibile” con qualsiasi altro soggetto giuridico di diritto privato, anche eventualmente *for profit*, dotato delle necessarie competenze tecniche e professionali, trattandosi in definitiva di fornire un servizio che l’amministrazione decide di far svolgere, in sua vece, a un soggetto terzo, nell’ambito di un disegno di esternalizzazione pura o di *contracting out* dell’attività originariamente svolta dall’ente pubblico.

Tra soggetto pubblico e attore privato si instaura, in definitiva, una relazione che, sebbene a volte qualificata come “collaborativa”, evidenzia piuttosto una suddivisione precisa di ruoli e compiti tra le due parti negoziali, spettando (idealmente) all’amministrazione la definizione *ex ante* degli obiettivi di interesse pubblico, e al privato la gestione concreta del bene o del servizio pubblico oggetto di concessione, sulla base del progetto presentato all’amministrazione nel quadro di un rapporto di natura sinallagmatica a contenuto patrimoniale⁽¹¹⁵⁾.

6. LA COLLABORAZIONE TRA FONDAZIONI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

A una logica ulteriormente differente risponde, da ultimo, l’operato dell’amministrazione titolare della funzione che, anziché esternalizzare l’attività di valorizzazione al soggetto privato, decide di instaurare con quest’ultimo un rapporto di tipo collaborativo in vista della realizzazione di comuni obiettivi di interesse generale. In tali ipotesi si realizza una sorta di “alleanza” tra ente pubblico ed ente privato⁽¹¹⁶⁾, in cui il privato non si sostituisce all’amministrazione nella cura dell’inte-

¹¹⁵ Mette bene in evidenza il diverso tipo di relazione che si instaura tra pubblica amministrazione e soggetto privato nel quadro degli istituti collaborativi previsti dal Codice del Terzo settore rispetto a quanto avviene nell’ambito della conclusione di un contratto di appalto o concessione, M. BOMBARDELLI, *Alcune considerazioni di sintesi sul rapporto tra pubblica amministrazione e terzo settore*, in S. PELLIZZARI-A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico*, Napoli, 2019, spec. 218 ss. Sugli strumenti di collaborazione previsti dal Codice del Terzo settore, cfr. *infra* par. 6.

¹¹⁶ Di “alleanza” fra istituzioni e cittadini per l’interesse generale parla, nella prospettiva della costruzione del paradigma dell’amministrazione condivisa, G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, n. 117-118, 29 ss.; ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 43 ss. Sulle diverse forme di collaborazione tra pubblico e privato e sulle diverse declinazioni che esse assumono, cfr. F. CORTESE, *Tipologia e forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubbli-*

resse pubblico, ma collabora con essa, fornendo il proprio contributo conoscitivo, progettuale, professionale ovvero finanziario, secondo gli stilemi propri del principio di sussidiarietà orizzontale⁽¹¹⁷⁾.

A tale paradigma, estraneo tanto alla tradizionale logica bipolare autorità-libertà, tanto a quella *stricto sensu* negoziale⁽¹¹⁸⁾, possono essere ricondotti diversi strumenti giuridici attraverso cui il soggetto privato svolge attività di interesse generale in collaborazione con l'amministrazione della cultura. Diversamente da altre ipotesi esaminate in precedenza, in questo caso il soggetto privato con cui si instaura la relazione collaborativa mantiene una pressoché totale distinzione organizzativa e strutturale con il soggetto pubblico. Diversamente dall'ipotesi di esternalizzazione di beni o servizi culturali tramite concessione o appalto, nella fattispecie in esame i soggetti costituiti in forma fondazionale (o, più in generale, gli enti *non profit*) sono coinvolti nell'esercizio di attività amministrativa proprio in virtù di specifiche caratteristiche funzionali che, per la "meritevolezza" degli interessi da essi perseguiti, valgono a differenziarli dai soggetti privati operanti con fine di lucro. Non è un caso, dunque, che tra i diversi strumenti di collaborazione qui richiamati alcuni sono espressamente riferiti alle sole "fondazioni bancarie", mentre altri sono rivolti esclusivamente agli "enti del terzo settore" di cui all'art. 4, del citato d.lgs. n. 117/2017.

Sembra innanzitutto possibile ricondurre entro tale schema le diverse forme di finanziamento alle attività di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale assicurate dai c.d. enti filantropici. Rientrano così all'interno di tale paradigma le

co-privato e l'ordinamento amministrativo, cit., spec. 35 ss.; nonché ID., *Concetti e istituti del coordinamento pubblico-privato: sotto la "lente" del partenariato*, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, cit., 7 ss.

¹¹⁷ In tema, la letteratura è amplissima, ma si v. almeno G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 4 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in AA.VV., *Sudi in onore di Giorgio Berti*, 2005, Napoli, II, 1751; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, *Ibidem*, I, 179 ss.; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013. Sulle potenzialità applicative del principio di sussidiarietà nella valorizzazione del patrimonio culturale, cfr., in particolare, N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, cit., 281.

¹¹⁸ Sul punto, V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, in corso di pubblicazione.

erogazioni liberali in favore di enti pubblici o di altri soggetti *non profit* per la realizzazione di attività di interesse generale effettuate dalle fondazioni di origine bancaria⁽¹¹⁹⁾; in tal senso, si possono considerare altresì i contributi di natura finanziaria che le fondazioni di origine bancaria apportano all'interno di figure soggettive miste pubblico-private, come appunto le fondazioni di partecipazione⁽¹²⁰⁾. Un ulteriore strumento di collaborazione pubblico-privato è rappresentato dagli accordi conclusi, ai sensi dell'art. 121 del Codice dei beni culturali, tra pubbliche amministrazioni e fondazioni bancarie che statutariamente perseguono scopi di utilità sociale nel settore dell'arte e della cultura, al fine di definire congiuntamente le modalità di finanziamento o di intervento operativo rispetto ad interventi di valorizzazione del patrimonio culturale.

Ma gli sviluppi più rilevanti provengono oggi dall'avvenuta introduzione di una disciplina organica degli enti del terzo settore ad opera del d.lgs. n. 117/2017 (c.d. Codice del terzo settore)⁽¹²¹⁾. Quest'ultimo ha, d'un lato, dettato una disciplina di dettaglio delle singole tipologie di soggetti riconducibili alla categoria giuridica degli enti del terzo settore e, dall'altro, ha previsto alcuni strumenti volti a realizzare nuove forme di collaborazione tra pubbliche amministrazioni ed enti del

¹¹⁹ In argomento, *ex multis*, A. SAU, *Le erogazioni liberali delle fondazioni bancarie: definizione, tipologia e regime giuridico*, in *Aedon*, n. 3/2011; R. CHIEPPA, *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle Fondazioni nel settore pubblico*, in *Aedon*, n. 1/2010; nonché più di recente L. BALDINELLI, *Il ruolo dei privati nel finanziamento del patrimonio culturale*, in F. ALBISINNI (a cura di), *Il coinvolgimento degli enti privati nella valorizzazione e nella gestione dei beni culturali pubblici*, cit., 185 ss.

¹²⁰ Esulano, invece, da tale modello collaborativo le c.d. sponsorizzazioni di cui all'art. 120 del Codice dei beni culturali, visto che in tal caso viene in rilievo primariamente un interesse egoistico di tipo patrimoniale dello *sponsor*, il cui finanziamento si situa all'interno di un rapporto contrattuale e di scambio di utilità anche economiche. In tema, *ex multis*, F. MASTRAGOSTINO, *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, in *Aedon* n. 1/2010; G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, n. 1-2/2012; L. LEONE, *Fondazioni bancarie e valorizzazione dei beni culturali*, in *Econ. cult.*, 2013, 63 ss.; P. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014; S. VALAGUZZA, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 1381.

¹²¹ In tema, *ex multis*, F. DONATI-F. SANCHINI (a cura di), *Il nuovo Codice del Terzo settore*, Milano, 2019; P. CONSORTI-L. GORI-E. ROSSI, *Il Diritto del terzo settore*, Bologna, 2021; P. MICHARA, *L'ordinamento giuridico del Terzo settore. Profili pubblicistici*, in *Munus*, 2019, 457 ss.; F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del terzo settore*, in *Munus*, 2019, 499 ss.; A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *Federalismi*, 2021, 113 ss.

terzo settore nello svolgimento di attività di interesse generale.

Nella prima direzione sembra invero opportuno evidenziare come non tutte le fondazioni, in quanto enti *non profit* di diritto privato, possano essere ricondotte nell'alveo degli enti del terzo settore. In virtù dell'art. 4, co. 2 del d.lgs. n. 117/2017, «non sono enti del terzo settore le amministrazioni pubbliche [...], nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile». Devono, dunque, considerarsi escluse tutte quelle fondazioni, specie di origine pubblica, che, alla luce di quanto osservato in precedenza, presentano una serie di caratteristiche tali da renderle sostanzialmente equiparabili a una pubblica amministrazione⁽¹²²⁾. Sebbene la citata disposizione non possa rivestire di per sé natura sistematica, sembra tuttavia opportuno attribuire rilevanza alla scelta del legislatore delegato di introdurre una disciplina generale che, pur non incidendo sulle disposizioni del codice civile (le quali rimangono, dunque, astrattamente applicabili a tutti i soggetti fondazionali)⁽¹²³⁾, ha l'effetto di differenziare espressamente le fondazioni-enti del terzo settore da quelle riconducibili entro la nozione di “fondazioni di diritto amministrativo”. Come si diceva, la disposizione non può assumere portata generale e sistematica, ma traccia – forse inconsapevolmente – per la prima volta una linea di demarcazione tra due macro-tipologie di fondazioni: quelle che, pur mantenendo una funzionalizzazione all'interesse generale, devono considerarsi fondazioni a base privata, espressione di formazioni sociali costituzionalmente protette ai sensi dell'art. 2 Cost., in cui si può manifestare a pieno titolo l'autonoma iniziativa dei cittadini e quelle che, variamente costituite dal legislatore ovvero dalla pubblica amministrazione per lo svolgimento di attività oggettivamente amministrativa, devono considerarsi sostanzialmente riattribuite all'interno dell'orbita pubblicistica.

Così, all'interno del Titolo IV del Codice del terzo settore (*Delle associazioni e*

¹²² Sul punto, si v. M. PASTORELLI, *Le fondazioni di partecipazione al crocevia tra diritto pubblico e privato. Cenni alle principali problematiche*, in A. AVERARDI-A. GUALDANI-A. MAGLIARI (a cura di), *Amministrare le fondazioni, amministrare per fondazioni*, cit.

¹²³ Il Codice del Terzo settore realizza, in altri termini, una ulteriore “fuga dal codice civile”, come rilevato dal Cons. Stato, comm. spec., nel citato parere n. 1405 del 2017 sullo schema di decreto legislativo recante Codice del Terzo settore, in cui ha segnalato come «la scelta del Governo di limitarsi a creare soltanto un sotto-settore delle associazioni e fondazioni operanti nel terzo settore avrà verosimilmente l'effetto di determinare un ulteriore svuotamento di contenuto normativo del Libro I del codice civile», dando vita a un multistrato normativo di difficile lettura e dal difficile coordinamento.

delle fondazioni del Terzo settore), vengono definite alcune regole, speciali rispetto alla disciplina del codice civile, applicabili a tutti gli enti del terzo settore costituiti in forma di associazione ovvero di fondazione relative, in particolare, alle modalità di costituzione (art. 21), all'acquisto della personalità giuridica (art. 22) e all'organizzazione interna (artt. 23-31)⁽¹²⁴⁾. Merita, inoltre, una menzione l'inserimento tra gli enti del terzo settore degli "enti filantropici", i quali sono costituiti in forma di associazione o di fondazione «al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale» (art. 37), nelle forme tipiche delle fondazioni *grant making*. Il legislatore delegato ha inoltre previsto un articolato sistema di controlli, tanto di tipo "interno" che "esterno"⁽¹²⁵⁾. Ai fini che qui rilevano, si deve dunque constatare, a conferma di quanto già osservato, come sia proprio la particolare natura degli interessi perseguiti dagli enti del terzo settore e la loro attitudine a svolgere attività coerenti con gli obiettivi della pubblica amministrazione a richiedere – e, in definitiva, a giustificare – una maggiore compressione dell'autonomia privata di tali soggetti e, dunque, una più capillare e penetrante attività di controllo, anche pubblicistico, sulla loro organizzazione interna e sul loro operato⁽¹²⁶⁾.

Nella seconda direzione sopra accennata si deve invece considerare come gli enti in parola - e, tra questi, le fondazioni del terzo settore - possano intrattenere diversi tipi di relazione con le pubbliche amministrazioni. Oltre a venire in rilievo come possibili soggetti concessionari di beni o servizi alla stregua di quanto considerato in precedenza, essi instaurano con le amministrazioni anche rapporti di tipo collaborativo, in esplicitazione dei sopra richiamati principi di sussidiarietà orizzontale e di solidarietà. In tali casi, la fondazione del terzo settore non si pone come fornitore di un servizio alla pubblica amministrazione nell'ambito di un disegno di esternalizzazione, né la sua attività costituisce tecnicamente una "prestazione" dedotta in un rapporto di tipo patrimoniale instaurato con l'ente pubblico; non vi è, in definitiva, una sostituzione dell'amministrazione da parte del privato

¹²⁴ Uno degli elementi di specialità più rilevanti introdotto dal Codice del Terzo settore riguarda la previsione espressa di un organo di controllo di cui le fondazioni del terzo settore sono tenute a dotarsi in deroga a quanto disposto dal codice civile, il quale – come noto – non prevede affatto siffatto obbligo.

¹²⁵ In tema, P. CONSORTI-L. GORI-E. ROSSI, *Il Diritto del terzo settore*, cit., spec. 199 ss.

¹²⁶ Si v., in tal senso, Corte cost., n. 72/2022, secondo cui «i tratti caratterizzanti del sistema degli ETS sono il perseguimento del bene comune (art. 1), lo svolgimento di attività di interesse generale (art. 5) senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), la soggezione a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11) e a rigorosi controlli (artt. da 90 a 97)».

concessionario⁽¹²⁷⁾.

Al contrario, all'interno dello schema funzionale che qui si intende mettere in luce, il soggetto fondazione-ente del terzo settore coopera con l'amministrazione, secondo una logica di integrazione non antagonistica tra pubblico e privato. Ciò riguarda anche il settore della cultura, posto che il d.lgs. n. 117/2017, all'art. 5, co. 1, lettere *f*) e *i*), riconosce espressamente che anche la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale, così come l'organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, rientrano tra le attività di interesse generale esercitabili dai soggetti privati e che, là dove tali soggetti agiscano senza scopo di lucro e nel perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, le pubbliche amministrazioni ne «assicurano il coinvolgimento attivo»⁽¹²⁸⁾ nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale.

In questo scenario, particolare rilievo assumono allora gli strumenti *lato sensu* collaborativi disciplinati dall'art. 55 del Codice del terzo settore. Come ormai noto, attraverso di essi il legislatore delegato ha inteso introdurre due diverse modalità di condivisione di obiettivi e risorse tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore: la co-programmazione, volta alla «individuazione, da parte della pubblica amministrazione precedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili»⁽¹²⁹⁾ e la co-progettazione, preordinata «alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione»⁽¹³⁰⁾. In attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'amministrazione viene chiamata, cioè, ad avviare procedimenti partecipativi, aperti all'intervento col-

¹²⁷ In argomento, cfr. nuovamente M. BOMBARDELLI, *Alcune considerazioni di sintesi sul rapporto tra pubblica amministrazione e terzo settore*, cit., 220 ss.; nonché ID., *Dal "contracting out" alle forme di amministrazione condivisa*, in C. BORZAGA-F. ZANDONAI (a cura di), *L'impresa sociale in Italia. Economia e istituzioni dei beni comuni*, Roma, 2009, 173 ss.

¹²⁸ Art. 55, co. 1. Sul punto, cfr. altresì il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali n. 72/2021 recante *Linee Guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*.

¹²⁹ Art. 55, co. 2.

¹³⁰ Art. 55, co. 3. In tema, sebbene con principale riferimento al settore dei servizi sociali, S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e Enti del terzo settore*, in *Munus*, 2019, 545 ss.; E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali. Un itinerario di diritto amministrativo*, Torino, 2021; L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, Torino, 2022.

laborativo degli enti del terzo settore, ai fini dell'individuazione degli obiettivi strategici di valorizzazione di beni o attività culturali e dei relativi programmi di intervento, nonché a definire in modo concertato gli specifici progetti volti a darvi concreta attuazione. Ciò, peraltro, dovrebbe avvenire nel quadro di procedimenti intesi a favorire la convergenza di obiettivi, l'aggregazione di risorse e la condivisione di informazioni, conoscenze ed esperienze per la programmazione e la progettazione di attività e interventi di interesse generale, all'infuori di una dinamica competitiva e secondo moduli di azione riconducibili piuttosto al paradigma della «amministrazione condivisa»⁽¹³¹⁾, come riconosciuto testualmente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020.

Non potendo in questa sede indugiare oltre su tali istituti, preme nondimeno evidenziare come si tratti di strumenti ancora poco utilizzati dalle amministrazioni, specie al di fuori del settore dei servizi sociali in cui essi hanno trovato origine, e tuttora scarsamente esplorati dalla stessa scienza giuridica, la quale non sembra essere riuscita a mettere ancora completamente a fuoco le potenzialità applicative che tali strumenti potrebbero trovare nel settore dei beni e delle attività culturali. Deve invero rilevarsi come, specie in questo ambito, si pongano stringenti necessità di addivenire a un giusto coordinamento tra interessi pubblici e privati, oltre che a una proficua aggregazione di risorse, competenze e conoscenze tra attori pubblici e privati. Al contempo, occorre altresì constatare come tali obiettivi non sembrano trovare sempre adeguata soddisfazione nel quadro degli schemi partenariali o negoziali sopra esaminati. Le diverse formule di esternalizzazione di beni e attività a soggetti privati, inoltre, spesso si accompagnano nei fatti a una rinuncia da parte dell'attore pubblico alla definizione degli obiettivi di interesse pubblico, attraverso una integrale rimessione delle scelte strategiche al soggetto concessionario.

Nel quadro degli strumenti qui in esame, invece, e diversamente da quanto osservato in relazione all'esternalizzazione tramite appalto o concessione, il fruttuoso utilizzo degli strumenti collaborativi previsti dal Codice del terzo settore ben potrebbe avere l'effetto di stimolare nell'amministrazione una maggiore presa di co-

¹³¹ Il paradigma dell'amministrazione condivisa è stato, come noto, teorizzato e poi ulteriormente sviluppato da G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., 29 ss.; ID., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, cit., 43 ss., nonché ID., *I custodi della bellezza*, TCI, 2020. In tema, si v. altresì i contributi raccolti in G. ARENA-M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., in corso di pubblicazione.

scienza circa l'importanza del momento programmatico e di definizione strategica degli obiettivi di interesse generale sottesi agli interventi di valorizzazione⁽¹³²⁾, anche attraverso momenti di confronto aperto e partecipato con le organizzazioni della società civile. Tanto più che, nell'alveo di tali procedimenti collaborativi, gli enti del terzo settore (e, tra questi, anche le fondazioni del terzo settore) entrano in relazione con le pubbliche amministrazioni proprio in virtù di alcuni caratteri peculiari che valgono a distinguerli - per la «meritevolezza degli interessi perseguiti» e la loro intrinseca «attitudine a partecipare insieme ai soggetti pubblici alla realizzazione dell'interesse generale»⁽¹³³⁾ - dalla generalità degli altri soggetti privati.

Ci si muove, in definitiva, nell'ambito di rapporti collaborativi tra pubblico e privato che costituiscono l'espressione più compiuta del principio di sussidiarietà orizzontale richiamato dall'art. 118, co. 4, Cost. Sebbene spesso invocato per giustificare le più svariate forme di interazione tra pubblico e privato, tale principio sembra invece doversi più limitatamente riferire, d'un lato, ai soli «veri soggetti privati, che si muovono in un contesto organizzativo privatistico, e per regola nel perseguimento di interessi propri»⁽¹³⁴⁾, con esclusione dunque di quei soggetti che, oltre la forma giuridica privatistica, conservano «corpo e anima pubblicistici»⁽¹³⁵⁾ e, dall'altro, alle sole ipotesi in cui tra pubblico e privato non si instaurano rapporti di reciproca esclusione o competizione, bensì dinamiche di collaborazione e di condivisione di risorse, obiettivi e scelte strategiche in una prospettiva «reciprocamente sussidiaria», in cui cioè «gli uni e gli altri si sostengono (si «sussidiano») a vicenda nel perseguimento di quell'interesse generale che per gli uni coincide con la loro stessa ragion d'essere, per gli altri è un obiettivo liberamente scelto sulla base di motivazioni variamente connotate»⁽¹³⁶⁾.

¹³² Sul punto, nella prospettiva dell'integrazione della disciplina dei beni culturali e di quella del Codice del Terzo settore in punto di programmazione degli interventi, sia consentito rinviare a A. MAGLIARI, *La collaborazione pubblico-privato nella programmazione degli interventi di valorizzazione dei beni culturali*, cit., 39.

¹³³ Entrambe le espressioni sono tratte da Corte cost., n. 131/2020.

¹³⁴ V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, cit., 31. Sul punto, diffusamente, ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 25; nonché F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, cit., 45 ss.

¹³⁵ V. CERULLI IRELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁶ Così, G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale e le sue applicazioni: un nuovo modo di amministrare*, in *Labsus*, 2003. Sulla distinzione tra esternalizzazione, partenariato e sussidiarietà, cfr. altresì F. CORTESE, *Tipologia e forme di collaborazione tra pubblico e privato*, cit., 10 ss.

7. LE FONDAZIONI NELL'AMMINISTRAZIONE DELLA CULTURA: I NODI PRINCIPALI

L'analisi, appena condotta, delle relazioni che, nell'ambito dell'esercizio delle funzioni amministrative nel campo della cultura, possono instaurarsi tra attori pubblici e soggetti *lato sensu* fondazionali restituisce un'immagine estremamente complessa e frastagliata, dai contorni poco nitidi e dagli sviluppi ancora incerti. L'erompere delle fondazioni negli anni Novanta dello scorso secolo, insieme alla proliferazione delle sue varianti tipologiche, se d'un lato suggeriscono una particolare idoneità del "tipo" a realizzare obiettivi di interesse generale e a porsi così alla stregua di un *soggetto* dell'amministrazione obiettivata della cultura, dall'altro seguitano a sollevare vecchie e nuove perplessità circa gli esiti, invero non sempre soddisfacenti, che il ricorso a soggetti fondazionali produce sul piano della concreta realizzazione degli obiettivi originariamente prefissati dal legislatore ovvero dall'amministrazione.

All'esito delle riflessioni sin qui svolte, ci sembra possibile individuare alcuni "nodi", particolarmente problematici, che segnano trasversalmente il tema della «amministrazione per fondazioni» nel settore culturale.

In primo luogo, emerge una notevole complessità e frammentarietà del quadro normativo. Questo appare il risultato, d'un lato, di interventi legislativi puntiformi, volti a incidere su singoli istituti o su singole tipologie di fondazioni legali e, dall'altro, di una mancata azione di riordino, volta a conferire maggiore sistematicità ai tanti corpi normativi singolari o settoriali che costellano la disciplina delle fondazioni, non solo in ambito culturale. Ciò ha avuto l'effetto di esasperare quel duplice fenomeno, da tempo segnalato in dottrina, di "fuga" dal codice civile e, al contempo, di polverizzazione delle figure giuridiche soggettive e delle relative discipline. Alla moltiplicazione delle fattispecie si accompagna, del resto, un'estrema difficoltà nell'individuazione della disciplina, pubblicistica o privatistica, volta per volta applicabile all'attività e all'organizzazione delle fondazioni, specie con riguardo all'evidenza pubblica, ai rapporti di lavoro, alla responsabilità amministrativa, alle norme in materia di anticorruzione e trasparenza⁽¹³⁷⁾.

Di qui, dunque, quell'esigenza, messa bene in luce in dottrina, di indagare il tema in oggetto secondo una prospettiva che «alla decodificazione immanente nel mon-

¹³⁷ Su cui si v., più di recente, M. PASTORELLI, *Le fondazioni di partecipazione al crocevia tra diritto pubblico e privato*, cit., con ampi richiami giurisprudenziali.

do dei soggetti» tenta di opporre «una ricodificazione per interessi»⁽¹³⁸⁾. A ciò si accompagna, evidentemente, il complesso ruolo del giurista, chiamato non solo a decifrare le peculiarità di ciascuna figura soggettiva all'interno del suo contesto funzionale, ma anche a interrogarsi circa l'effettiva idoneità del modello organizzativo prescelto a rispondere agli obiettivi stabiliti dalla pubblica amministrazione e dal legislatore.

In secondo luogo, e in conseguenza di quanto appena rilevato, si deve constatare come la pluralità delle figure organizzative di diritto privato e la loro ibridazione con moduli pubblicistici sollevi numerosi interrogativi in merito alla disciplina volta per volta applicabile all'attività e all'organizzazione interna di tali soggetti. La specialità di alcune tipologie, specie delle fondazioni di origine pubblica, determina, come osservato, una alterazione sostanziale del modello fondazionale, tale da renderlo a tratti incompatibile con la disciplina di diritto comune e con gli stessi principi costituzionali posti a presidio dell'autonomia di diritto privato. Sotto questo profilo, particolarmente calzante ci pare allora quell'intuizione, autorevolmente avanzata da parte della dottrina civilistica, secondo cui qualsiasi elemento di deroga rispetto alla disciplina di diritto comune reca necessariamente con sé un tratto di pubblicità del soggetto giuridico fondazionale⁽¹³⁹⁾. Ed invero, l'analisi sin qui condotta ha evidenziato come la diversa *gradazione*⁽¹⁴⁰⁾ della sostanziale “pubblicità” ovvero “privatezza” di ciascuna figura soggettiva dipenda, prima di tutto, «dalla *ratio* dell'istituzione per legge del soggetto giuridico e dalla funzionalizzazione concreta a interessi generali, come tali obbiettivati dal legislatore»⁽¹⁴¹⁾.

Da ultimo, deve rilevarsi come gli esiti non sempre soddisfacenti raggiunti nella pratica, tanto nel caso delle privatizzazioni meramente formali, quanto – soprattutto – nelle diverse ipotesi di esternalizzazione a soggetto fondazionale, sembrano discendere principalmente dal mancato raggiungimento di un giusto equilibrio tra

¹³⁸ A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo*, cit., 45.

¹³⁹ L'intuizione è, come noto, di F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*.

¹⁴⁰ Sulla teoria gradualista come chiave di lettura del diritto e, in particolare, della personalità giuridica di diritto pubblico, G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 693, ora anche in ID., *Il diritto amministrativo nella evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, vol. I, *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni*, a cura di D. D'ALESSANDRO-D. PAPPANO, Torino, 2019, 191 ss.

¹⁴¹ G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica*, cit., 55.

due (apparentemente) divergenti esigenze: d'un lato, quella di mantenere in capo al soggetto pubblico la responsabilità ultima delle scelte strategiche e di cura della funzione di valorizzazione; dall'altro, quella di assicurare spazi aperti, flessibili e attrattivi in favore del privato a diverso titolo interessato a prendere attivamente parte ai processi di valorizzazione e gestione di beni e attività culturali.

Ne costituiscono il segno evidente le frequenti “eterogenesi dei fini” prodottesi all'esito di molti dei processi riformatori sopra menzionati: dalla ri-pubblicizzazione sostanziale dei soggetti privatizzati alla limitata capacità di attrarre attori e investitori privati all'interno delle fondazioni di partecipazione, dalla scarsa diffusione delle formule di partenariato istituzionale alla frequente rinuncia da parte del soggetto pubblico di procedere a una definizione consapevole di obiettivi e strategie degli interventi di valorizzazione attraverso il ricorso a soluzioni organizzative di mera esternalizzazione a terzi del bene o del servizio. Ne emerge, in definitiva, una scarsa consapevolezza circa il modo con cui si è proceduto a “riversare” all'interno dello stampo fondazionale i paradigmi del *new public management*, dell'aziendalizzazione e del partenariato pubblico-privato nell'amministrazione della cultura e dei beni culturali⁽¹⁴²⁾, in tal modo troppo spesso trascurando di prendere in dovuta considerazione le peculiarità della funzione volta per volta da organizzare.

Eppure, alla stregua di quanto esaminato in precedenza, si deve altresì considerare che ai moduli della privatizzazione e dell'esternalizzazione si sta gradualmente venendo a contrapporsi – o quantomeno ad affiancarsi – quello della collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetto privato istituito in forma fondazionale, promosso in particolare dal Codice del terzo settore. Si tratta, allora, di scoprire (e di mettere poi a frutto) le potenzialità racchiuse in tale modello di relazione pubblico-privato, con il duplice obiettivo di valorizzare pienamente tanto il contributo che la fondazione-ente del terzo settore, come soggetto genuinamente privato ed espressione della società civile, appare in grado di apportare all'esercizio della funzione, quanto il ruolo della pubblica amministrazione, quale responsabile ultima delle scelte strategiche di cura dell'interesse pubblico.

¹⁴² Sul punto, cfr. altresì la critica di G. MANFREDI, *I modelli organizzativi nell'amministrazione dei beni culturali tra mito e realtà*, cit., il quale evoca a tal proposito il noto monito «In principio sono le funzioni» di M.S. GIANNINI (ora in M.S. GIANNINI, *Scritti*, IV, Milano, 2004, 721 e ss.), secondo cui l'organizzazione di ogni struttura amministrativa può essere efficiente solo se è modellata sulle funzioni che essa viene chiamata a svolgere.

ABSTRACT

Il contributo esamina il ruolo delle fondazioni all'interno della c.d. amministrazione della cultura. Dopo aver individuato alcuni caratteri funzionali tipici del modello fondazionale, si individuano diverse "funzioni" che la fondazione, a prescindere dalla sua genesi pubblicistica o privatistica, svolge in rapporto all'esercizio di compiti e servizi pubblici in ambito culturale. Si esaminano, così, la "privatizzazione per fondazioni"; le diverse formule di esternalizzazione a fondazioni di beni, servizi e attività culturali; la instaurazione di forme di collaborazione tra soggetti pubblici e fondazioni (specie, nel quadro del c.d. terzo settore).

This contribution examines the role of "Fondazioni" (charities) within the so-called administration of culture. After identifying some typical functional characteristics of the model, it identifies various "functions" that the "Fondazione", regardless of its public or private genesis, performs in relation to the exercise of public tasks and services in the cultural sphere. Thus, the article examines: the "privatisation by foundations" process; the various formulas for outsourcing cultural goods, services and activities to charities; the establishment of forms of collaboration between public administrations and charities (especially belonging to the so-called third sector).