



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CURRICULUM IN DIRITTO E CULTURA

XXXII CICLO

TESI DI DOTTORATO

**LA GESTIONE DEL SERVIZIO CULTURALE TRA PUBBLICO, PRIVATO E
TERZO SETTORE. PROFILI ORGANIZZATIVI E FUNZIONALI**

Coordinatore.

Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

Tutor

Chiar.mo Prof. Domenico D'Orsogna

Dottorando

Giacomo Biasutti

Anno Accademico 2018/2019

INDICE

Premessa	6
Capitolo 1	
Il patrimonio culturale tra tutela e valorizzazione	
Introduzione	11
.I. Il concetto di bene culturale	22
.II. Il diritto culturale nella costituzione italiana	34
.III. I presupposti della ricerca	42
.IV. I parametri di diritto positivo intorno alla nozione di bene culturale: immaterialità, pubblicità e necessità di tutela	44
.V. I limiti all'utilizzazione del patrimonio culturale ed i parametri in negativo di ricerca	48
.VI. Segue. I parametri della ricerca in negativo: il bene culturale quale elemento materiale di interessi di natura immateriale e pubblica	57
.VII. Il divieto di distruzione, danneggiamento, deterioramento ed adibizione ad usi non conformi dei beni culturali ed i limiti alla relativa circolazione. Spunti verso la valorizzazione del patrimonio storico-artistico	61
.VIII. Tutela e valorizzazione: verso un'interpretazione dinamica della nozione di bene culturale	68

.IX. Segue. I nuovi termini della gestione del patrimonio culturale tra tutela e valorizzazione	77
.X. La gestione del patrimonio culturale tra pubblico e privato	82
.XI. Alcune note conclusive: diritti soggettivi in relazione al patrimonio culturale	88

Capitolo 2

Il servizio pubblico culturale

Introduzione	90
.I. Nozioni introduttive: servizio pubblico e vincoli finalistici nel dettato costituzionale	93
.II. La nozione di servizio pubblico nel diritto amministrativo: tra teoria soggettiva e oggettiva	96
.III. Sulla nozione di servizio pubblico nell'ordinamento comunitario	106
.IV. L'attuale fisionomia del servizio pubblico. I beni culturali	114
.V. Il servizio pubblico culturale tra funzione e servizio	117
.VI. L'esternalizzazione del servizio pubblico tra appalto e concessione. Dal diritto dei beni culturali al diritto della cultura: il servizio pubblico culturale	122
.VII. Il servizio pubblico culturale nel prisma del diritto comparato: dal <i>service public culturel</i> al <i>kulturstaat</i>	128
.VIII. Il diritto alla cultura come livello essenziale delle prestazioni da garantire	

	135
.IX. La struttura del servizio pubblico culturale	
	140
.X. Conclusioni	
	144
Capitolo 3	
I nuovi soggetti del terzo settore	
Introduzione	
	146
.I. Nuovi modelli e ibridazioni funzionali	
	150
.II. Nuovi modelli operativi ed istituzionali	
	157
.III. Servizio pubblico e vincolo teleologico dei soggetti operanti nel terzo settore	
	161
.IV. La convenzione di Faro ed il suo ruolo nella codeterminazione delle politiche inerenti ai beni culturali	
	165
.V. I limiti della gestione privata di interessi collettivi	
	175
.VI. Il terzo settore: le ragioni di una riforma	
	179
.VII. Gli enti del terzo settore	
	181
.VIII. Le attività vincolate per i soggetti del terzo settore	
	185
.IX. I vincoli di destinazione patrimoniale	
	197
.X. Costituzione e vita sociale degli enti del terzo settore: aspetti salienti	

	203
.XI. Con specifico riferimento ai requisiti degli enti del terzo settore: associazioni e fondazioni	
	207
.XII. Ordinamento ed amministrazione degli enti del terzo settore	
	212
.XIII. Segue. La vita delle associazioni e delle fondazioni	
	213
.XIV. Le responsabilità degli organi sociali	
	225
.XV. La disciplina agevolativa degli enti del terzo settore	
	232
.XVI. Segue. Sul lavoro negli enti del terzo settore tra impiego di diritto privato e sfruttamento consentito del volontariato	
	239
.XVII. Il regime e controlli sugli enti del terzo settore. Le fondazioni	
	242
.XVII. Conclusioni	
	247

Capitolo 4

Strumenti di azione nel nuovo terzo settore

.I. Sulla possibilità che i soggetti del terzo settore siano partecipati da pubbliche amministrazioni	
	248
II. L'esternalizzazione attraverso la creazione di enti del terzo settore: la fondazione nel diritto comune e le sue peculiarità	
	257
.III. Vincolo finalistico e pubblica utilità nelle fondazioni di diritto comune	
	271

.IV. Tipologie di fondazioni di diritto comune	277
.V. Alcune osservazioni sul modello della fondazione di diritto comune	281
.VI. Le fondazioni quali strumenti del terzo settore	283
.VII. I nuovi soggetti del terzo settore e nuove forme di coordinamento	294
.VIII. Il contratto di rete	307
.IX. La disciplina normativa del contratto di rete: ibridazione dei modelli civilistici	312
.X. Il contratto di rete e la sua differenza rispetto ai raggruppamenti temporanei di imprese ed ai consorzi. Profili problematici con riferimento agli enti del terzo settore	327
.XI. Compatibilità del Contratto di rete con gli enti del terzo settore: l'esempio delle reti museali	335
.XII. La stipula del contratto di rete attraverso l'accordo di programma	345
.XIII. Conseguenze sul riparto di giurisdizione dell'inserimento del contratto di rete all'interno dell'accordo di programma	353
.XIV. Spunti problematici tra accordo di programma e contratto di rete	359
Conclusioni	368
BIBLIOGRAFIA	377

Premessa

Il concetto di bene culturale è tra le figure più controverse e complesse all'interno dell'ordinamento giuridico. Muta non solo al mutare della società, bensì si declina diversamente al progredire delle scienze tecniche. Modelli di tutela e valorizzazione che fino a poco tempo fa non parevano nemmeno ipotizzabili sono oggi vie quasi obbligate per poter procedere ad una gestione consapevole del patrimonio di interesse storico-artistico¹. In generale, allora, pare oggi condivisa la consapevolezza di come la fisionomia del bene culturale sia cangiante e, per ciò stesso, la sua materia diviene terreno fecondo per la predisposizione di modelli gestionali che possano tenere il passo con l'evoluzione del sostrato sociale – donde metagiuridico – che gli è presupposto. Certo, per proporre innovazioni si dovrà prima di tutto partire dal considerare quale sia la fisionomia dell'oggetto del presente studio, comprendendo innanzitutto cosa non sia possibile fare con gli stessi per disegnare, per identità e differenza, uno statuto che abbia valenza di premessa concettuale alla tutela e valorizzazione che la carta costituzionale impone quali attività vincolate ed imprescindibili su questa categoria di beni. Ciò non con ambizione definitoria generale, bensì con finalità operativa, alla ricerca di quali siano i limiti giuridici che il tecnico del diritto debba assumere ad assi cartesiani nel proporre un modello di gestione del patrimonio culturale.

Su queste premesse, si cercherà di inscrivere nel modello costituzionale il concetto di servizio pubblico culturale, quale strumento attraverso il quale inverte sul piano materiale quelle posizioni soggettive oppostive – acciocché i beni culturali non siano danneggiati nella loro essenza – e pretensive – connesse al “diritto” di fruizione dei beni stessi – che il legislatore riconosce in capo ai consociati. Ciò che si intuisce dallo statuto del patrimonio di rilevanza storico-artistica, infatti, è che siano sottese allo stesso delle posizioni giuridiche soggettive di carattere complesso, direttamente inerenti ai principi di tutela e valorizzazione che, come si ambisce a dimostrare, non possono in realtà prescindere l'uno dall'altro. Data la valenza di testimonianza valoriale propria del bene culturale, infatti, emerge che non può esservi reale tutela se non consentendo la fruizione dello stesso e la

¹ Si riferirà poco oltre del senso nel quale il termine deve essere inteso, ossia non in una concezione meramente estetizzante per come invalsa durante il XX secolo, bensì nel senso di sinonimo di beni culturali. Ossia di oggetti che presentino un interesse che si manifesta come valore testimonianza di civiltà.

diffusione dei valori ad esso afferenti, a strati quanto più possibile ampi di popolazione. Di converso, non vi potrà essere vera valorizzazione se non attraverso il rispetto della testimonianza connaturata al bene². La somma di queste attività, inscrivibile nel termine più generale della gestione della risorsa³ disegna un ben preciso compendio di compiti ascritti alla P.A. In questi termini, la nozione di servizio pubblico è un ausilio fondamentale per spiegare le ragioni dell'intervento pubblico (*recte* dell'ingerenza pubblica), ove il ruolo dell'amministrazione è proprio quello di garantire che lo statuto del bene culturale sia al contempo rispettato e portato alle sue conseguenze in punto di fruizione da parte della -e per la- collettività.

Se l'attività di gestione del patrimonio culturale si può inserire negli schemi con i quali si spiega il concetto di servizio pubblico⁴ nei più recenti arresti con i quali la dottrina e la

² E ciò a prescindere che lo stesso si concreti nell'essere un bene materialmente tangibile ovvero permanga mera manifestazione esteriore di un insieme di valori che caratterizzano una comunità in un dato momento del tempo.

³ Si usa il termine risorsa nella consapevolezza che non sono avulsi dall'attività gestionale i risvolti economici della stessa, come da tempo sottolineato dalla dottrina. Per tutti, M.C. CAVALLARO, *I beni culturali tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon*, 3/2018, che sottolinea come la valorizzazione in termini rispettosi rispetto alla finalità di interesse generale propria dei beni culturali non sia affatto in contrasto con lo statuto normativo dei beni culturali. Anzi, in una congiuntura economica come quella contemporanea, i due aspetti debbono essere valorizzati in termini di reciproca interferenza. L'intuizione è in effetti condivisa in dottrina, basti, ad esempio, porre mente a quanto argomentato da L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, in C. BARBATI – M. CAMMELLI – L. CASINI – G. PIPERATA – G. SCIULLO (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, ove si afferma che in tempi recenti sono cambiate le stesse finalità con le quali il patrimonio culturale viene ad essere gestito. L'esempio riportato dall'Autore è quello di Palermo, annoverata tra le capitali italiane della cultura.

⁴ Rispetto alla quale si è debitori innanzitutto delle intuizioni di M. Vaquer Caballeria, che a livello interno, come si vedrà, compendia le teorie del *Kulturstaat* tedesco, del *service public culturel* francese e dei beni culturali di stampo gianniniano italiana per ricostruire sistematicamente la nozione non solo a fini definitori, bensì con l'intento di fornire all'operatore del diritto i mezzi attraverso i quali inscrivere l'azione dei pubblici poteri in materia di beni culturali. Per garantire, come si accennava, l'effettività delle pretese previste in astratto dal legislatore nel concreto della vita sociale. Cfr. M. VAQUER CABALLERÍA, *La relación entre cultura y mercado en el Derecho de la Unión Europea: de la excepción a la diversidad cultural*, in *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, II, 2013.

giurisprudenza ricostruiscono la nozione⁵, si può dunque procedere verso quello che è l'obiettivo principale del presente studio, ossia l'individuazione degli strumenti maggiormente innovativi attraverso i quali è possibile erogare il servizio stesso.

Il sedime concettuale all'interno del quale vuole muovere la ricerca è, tuttavia, quello di una geometricamente progressiva compressione dell'intervento pubblico, vuoi per un mutato sentimento collettivo, vuoi per i limiti di bilancio che si vedono imposte le P.A. anche per mano costituzionale⁶. Si impone così in maniera larvata una compartecipazione degli strati sociali intermedi rispetto alla gestione di un patrimonio che è sia fonte di entrate in casi particolarmente significativi, ma che può anche apprezzarsi come un costo cui la collettività deve fare fronte che crea *deficit* strutturali di bilancio. Per questo pare imporsi un ripensamento degli schemi tradizionali verso una esternalizzazione della risorsa culturale che possa dirsi rispettosa di quei vincoli immanenti di tutela e valorizzazione che ne costituiscono lo statuto e che si propagano secondo il principio di effettività delle posizioni giuridiche verso l'erogazione del servizio pubblico ad esso afferente. Su queste premesse, emerge che una delle maggiori novità che in tempi recenti si è affacciata nel panorama giuridico è stata quella della disciplina per la prima volta organica degli enti del terzo settore. Ciò che è apparso di particolare rilievo è la possibilità di compartecipazione alla gestione di interessi generali di soggetti giuridici diversi dalle amministrazioni tradizionalmente intese. Tra le attività cui gli enti del terzo settore – ETS possono essere istituzionalmente preposti, infatti, vi sono pure quelle afferenti alla tutela ed alla valorizzazione dei beni culturali. Si è allora cercato di comprendere in che modo si possa procedere all'esternalizzazione di queste funzioni fondamentali inerenti al patrimonio di interesse storico-artistico verso gli strati sociali intermedi in maniera tale da consentire un controllo amministrativo che garantisca quel vincolo funzionale immanente che è proprio

⁵ Ad esempio, sul tema non si può non ricordare il recente contributo che ha visto annoverare l'accesso ai luoghi di cultura quale servizio pubblico essenziale. Il rilievo di una mutata prospettiva all'interno della qual inquadrare la fruizione del patrimonio culturale è sottolineato da C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero*, in Aedon, 3/2015, il quale declina in particolare dal punto di vista procedurale le garanzie riconosciute dalla normativa in tema di sciopero nei servizi essenziali prendendo atto di come la scelta normativa implichi delle notevoli conseguenze in ordine a come le attività sindacali vengono ad essere trattate a livello normativo.

⁶ Il riferimento è alla modifica dell'art. 97 operata a mano della legge costituzionale n. 1/2012.

di questa categoria di beni che sono pubblici quanto a fruizione⁷, a prescindere dallo stesso regime proprietario che si possa loro in concreto predicare. Il sistema che si è voluto studiare è stato quello della partecipazione dell'amministrazione attraverso fondazioni del terzo settore. Lo strumento consente infatti da un lato il conferimento a soggetti terzi del patrimonio culturale, mentre dall'altro garantisce attraverso assetti di *governance* all'uopo predisposti il mantenimento di quella ingerenza amministrativa che caratterizza l'erogazione del servizio pubblico culturale. L'obiettivo del sincretismo tra pubblico e privato nel terzo settore è quello di fornire strumenti innovativi per rispondere a problemi che, seppur antichi, prendono nuove vesti nell'attuale ordinamento socio-economico. Attraverso la partecipazione nell'ETS si dà infatti accesso alla legislazione di particolare favore che si è voluta riconoscere agli strati sociali intermedi che propongano la propria azione nel perseguimento di interessi generali.

Ammessa la partecipazione pubblica negli ETS si potrà quindi saggiare quali siano gli strumenti che possono essere concretamente sviluppati a cavallo tra pubblico e privato nell'ambito dei soggetti giuridici così delineati nell'ambito della relativa missione istituzionale volta a tutela e valorizzazione del patrimonio storico-artistico. La finalità che si propone lo studio, in questo caso, è quella di proporre metodologie operative che si facciano forza dell'ambivalenza costituita dalla partecipazione di un soggetto pubblico all'interno di un ente formalmente privato per poter garantire i migliori esiti operativi nel rispetto del vincolo immanente che afferisce propriamente ai beni culturali.

Insomma, che ci si trovi in un periodo storico nel quale appaiano per molti versi inefficaci gli strumenti che si pensavano a inizio millennio quale soluzione per una problematica complessa quale quella della gestione esternalizzata dei beni culturali in tempi di progressivo contingentamento della spesa pubblica, è oramai cosa nota⁸. Che forse la

⁷ Il riferimento è alla nota teorizzazione di M.S. Giannini, che a partire dal suo celebre saggio del 1976 pubblicato sulla Rivista trimestrale di diritto pubblico ha ricostruito lo statuto del bene culturale andando oltre le categorizzazioni dei beni pubblici e privati che fino a quel momento avevano costituito una barriera alla giustificazione della sussistenza di poteri significativi di ingerenza pubblica rispetto a questa categoria di oggetti giuridici.

⁸ Consapevole di un tanto è ad esempio G. PADRONI, *Processi di valorizzazione e gestione del Patrimonio Culturale: alcune riflessioni negli scenari della complessità*, in *Impresa Progetto – Electronic journal of*

soluzione di questa problematica possa in definitiva prescindere da una sistematica generale che miri a definire in positivo quale sia la fisionomia del bene culturale, si può forse intuire dando rilievo alla circostanza che utili spunti di riflessioni possano derivare pure da una ricerca in negativo sui limiti di gestione del patrimonio di rilevanza storico artistica. Su queste premesse, allora, si vuole proporre uno studio degli strumenti che, a cavallo tra diritto amministrativo e diritto privato possano fornire soluzioni operative concrete per la tutela e valorizzazione dei beni culturali nell'ambito dei soggetti del terzo settore, enti d'elezione per la gestione in forma privata di interessi di carattere generale.

management, 1/2012, che giunge ad affermare la necessità di superamento degli schemi convenzionali attraverso l'istituzione di reti e strumenti innovativi nella gestione del patrimonio culturale.

Capitolo 1

Il patrimonio culturale tra tutela e valorizzazione

Introduzione

Il tentativo di ricostruzione sistematica del concetto di bene culturale⁹ si rinviene per la prima volta in maniera compiuta nell'opera di M. Grisolia, nel 1952¹⁰. La locuzione,

⁹ Amplicissima la dottrina che specificamente si è appuntata sul tema. *Ex multis*, trattano in maniera critica la questione dei beni culturali nel loro inquadramento sistematico all'interno dell'ordinamento, A. ANGIULI – V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, M.A. CABIDDU – N. GRASSO, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2008, M. CAMMELLI, *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon*, 3/2017, L. CASINI, *Beni culturali (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, A. CATELANI – S. CATTANEO – P. STELLA RICHTER (a cura di), *I beni e le attività culturali*, Padova, 2002, S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1988, pag. 673 e ss., V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, A. FERRETTI, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, 2016, P. FERRI – M. PACINI (a cura di), *La nuova tutela dei beni culturali e ambientali*, Lavis-Milano, 2001, M. GRISOLIA, *Arte (profili costituzionali e organizzazione amministrativa)*, Milano, 1958, G. LEONE – A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, B.G. MATTARELLA, *La codificazione del diritto dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, pag. 793 e ss.

¹⁰ M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, 1952, pag. 124. Sebbene L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, III, 2001, pag. 651, nota 2, sottolinei che tale locuzione sia stata ripresa dall'Autore dal rapporto di Georges Berlia a conclusione della riunione di esperti convocati dall'U.N.E.S.C.O. a Parigi dal 17 al 21 ottobre 1950. Il rapporto che da tale riunione è esitato descrive infatti i beni culturali come “*i beni mobili o immobili, pubblici o privati, che costituiscono dei monumenti d'arte o di storia, o sono delle opere d'arte, o documenti di storia, od oggetti di collezione*”. Si deve ricordare come, in questa elencazione casistica l'elemento che pare essere connotato a tutti gli oggetti cui è predicato il valore di culturalità, è la sussistenza di un supporto materiale cui tale valore accede. Cfr. pure, in epoca più risalente, I. SANTANGELO SPOTO, *Opere d'arte*, Torino, 1904-1908, L. BIAMONTI, *Natura del diritto dei privati sulle cose di pregio artistico e storico*, in *Il Foro italiano*, 1913 e P. CALAMANDREI, *Immobili per destinazione artistica*, in *Il Foro italiano*, 1933, nonché L. PARGAGLIOLO, *Codice delle antichità e degli oggetti d'arte*, Roma, 1932-1935. Ricostruisce i termini storici della questione in data anteriore alle leggi Bottai R. BALZANI, *Per le antichità e le belle arti. La legge n. 364 del 1909 e l'Italia giolittiana. Dibattiti storici in Parlamento*, Bologna, 2003. Cfr. anche A. RAGUSA, *Alle origini dello Stato*

tuttavia, è stata utilizzata in un testo legislativo – o meglio convenzionale – solo due anni più tardi, nel 1954, nella Convenzione dell’Aja per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato¹¹. Per vero, già in data anteriore la legislazione si era occupata di quelle che allora erano chiamate le “cose d’arte”¹², attraverso la legge n. 1089 del 1939¹³: senza

contemporaneo. Politiche di gestione dei beni culturali e ambientali tra Ottocento e Novecento, Milano, 2011.

¹¹ Art. 1: “*Ai fini della presente Convenzione, sono considerati beni culturali, prescindendo dalla loro origine o dal loro proprietario:*

a) i beni, mobili o immobili, di grande importanza per il patrimonio culturale dei popoli, come i monumenti architettonici, di arte o di storia, religiosi o laici; le località archeologiche; i complessi di costruzione che, nel loro insieme, offrono un interesse storico o artistico; le opere d'arte, i manoscritti, libri e altri oggetti d'interesse artistico, storico, o archeologico; nonché le collezioni scientifiche e le collezioni importanti di libri o di archivi o di riproduzione dei beni sopra definiti;

b) gli edifici la cui destinazione principale ed effettiva è di conservare o di esporre beni culturali mobili definiti al capoverso a), quali i musei, le grandi biblioteche, i depositi di archivi, come pure i rifugi destinati a ricoverare, in caso di conflitto armato, i beni culturali definiti al capoverso a);

c) i centri comprendenti un numero considerevole di beni culturali, definiti ai capoversi a) e b), detti "centri monumentali"”. Prima ancora si ricorda la legge 20 giugno 1909, n. 364.

¹² Come si avrà modo di vedere, la visione del legislatore di inizio novecento era essenzialmente estetizzante, valorizzando il patrimonio delle cose di interesse storico-artistico in quanto portatore di un determinato valore fisicamente percepibile di bellezza. L’evoluzione successiva, tuttavia, ha portato all’abbandono del supporto materiale quale elemento imprescindibile per l’assunzione del valore culturale da parte del compendio che di volta in volta viene in rilievo per il legislatore. Non si è mancato di sottolineare, tuttavia, come da una concezione siffatta, estremamente restrittiva, si rischi di passare in tempi recenti all’“*eccesso opposto del panculturalismo*”, secondo M. FIORILLO, *L’ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2003, pag. 105, cit. Si vedrà, tuttavia, che dell’analisi di quelle che sono le caratteristiche principali dei beni culturali

¹³ Art. 1 “*Sono soggette alla presente legge le cose, immobili e mobili, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnografico, compresi: a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà; b) le cose d’interesse numismatico; c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, i documenti notevoli, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe e le incisioni aventi carattere di rarità e di pregio. Vi sono pure compresi le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico. Non sono soggette alla disciplina della presente legge le opere di autori viventi o la cui esecuzione non risalga oltre cinquanta anni”.* Art. 2. “*Sono altresì sottoposte alla presente legge le cose immobili che, a causa del loro riferimento con la storia politica; militare, della letteratura, dell’arte e della cultura in genere, siano state riconosciute, di interesse particolarmente importante e come tali abbiano formato oggetto di notificazione; in forma*

voler approntare una definizione generale di cosa dovessero essere gli oggetti della neonata legislazione unitaria, ad inizio secolo si sottoponevano a regime di tutela i beni selezionati dal normatore in quanto meritevoli di protezione per una propria caratteristica di pregio esteriore¹⁴. Ciò di cui si era già a consapevolezza era tuttavia l'eterogeneità delle cose d'arte, elemento che rende sfuggente all'inquadramento sistematico il fenomeno¹⁵. Per tale ragione, la dottrina prima che il legislatore è stata indotta al tentativo di reperire quelli che possano definirsi i caratteri comuni del patrimonio culturale¹⁶. La consapevolezza che muoveva la ricerca era data dalla circostanza per cui il patrimonio culturale pur legato –

amministrativa, del Ministro per la educazione nazionale. La notifica, su richiesta del Ministro, è trascritta nei registri delle conservatorie delle ipoteche ed ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore della cosa a qualsiasi titolo”.

La normativa è il primo esempio di legislazione organica della materia, laddove un primo catalogo delle cose d'arte era stato approntato con legge 12 giugno 1902 n. 185 relativa alle esportazioni e sostituita l'anno successivo dalla legge 27 giugno 1903, n. 242 e poi dalla legge 20 giugno 1909, n. 364.

La legge del 1939 invece, era stata voluta dall'allora ministro per l'educazione nazionale Giuseppe Bottai, da cui riprende il nome, per essere scritta, si ritiene, da Santi Romano sotto la spinta di illustri architetti e archeologi, tra i quali si ricomprendono Giulia Carlo Argan e Roberto Longhi. Cfr. S. SETTIS, *Discendere alle cose. Giulio Carlo Argan e i beni culturali*, in *Belfagor*, 2010, pag. 287 e ss. nonché S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976 e M. SERIO, *La legge di tutela delle cose di interesse artistico e storico*, in V. CAZZATO (a cura di) *Mibac, ufficio studi, Istituzioni e politiche culturali in Italia negli anni trenta*, Roma, 2001.

¹⁴ R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e ambientali*, Milano, 2000, propone una sintesi diacronica della evoluzione legislativa sul tema. Sebbene l'Autore non espliciti lo scarto concettuale avvenuto nel corso del XX Secolo quanto al superamento della concezione essenzialmente estetizzante che ammantava la materia all'inizio del '900, si ha consapevolezza nel testo di come l'avvento della carta costituzionale abbia introdotto una profonda mutazione nel modo in cui il legislatore trattava la materia.

¹⁵ Tentativo nel quale si spendono V. PIERGIGLI – A.L. MACCARI, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, 2006. Le Autrici, in particolare, declinano lo studio analizzando partitamente i diversi aspetti intorno ai quali si concentra la legislazione dei beni culturali nel Codice Urbani, ad esempio prendendo individualmente in considerazione la circolazione del patrimonio di rilievo storico artistico e la esternalizzazione della sua gestione, cercando di ricreare spunti ricostruttivi sistematici dalla somma delle discipline individuali analizzate.

¹⁶ Dalla eterogeneità delle formule esteriori attraverso le quali il fenomeno può venire a manifestarsi, si aveva sin da subito la consapevolezza di fondo di una inefficacia del tentativo teorico di una elencazione meramente formale di quello che era il patrimonio culturale.

anche – ad un bene materiale, prescindeva dallo stesso¹⁷, caratterizzando il supporto fisico con un valore che ne attribuiva il differenziarsi da tutte le cose simili. Altra caratteristica che veniva emergendo nella consapevolezza del sentire comune, quella per cui il patrimonio culturale restasse aperto per sua natura alla fruizione di tutta la collettività¹⁸. E ciò proprio in virtù della caratteristica immanente che ne era – e ne è – l'elemento distintivo.

In risposta a queste cennate consapevolezza sono maturate in dottrina diverse risposte ricostruttive. Vi è chi ha parlato di “*proprietà divisa*”¹⁹, sostenendo che i beni culturali fossero oggetto di due diritti proprietari, uno dello Stato, l'altro del privato²⁰. Altri,

¹⁷ Ritene addirittura di poter ricavare degli elementi caratterizzanti suoi propri alla classe dei beni culturali immateriali A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 1/2019. L'Autrice, in particolare, auspica lo sviluppo di metodologie di tutela e valorizzazione specifiche per i beni immateriali, attraverso una nuova categoria museologica e l'approntamento di linee di finanziamento direttamente agli stessi afferenti. Resta da comprendere, tuttavia, se non si possa giungere a risultati analogamente soddisfacenti adattando le categorie tradizionali alla categoria di oggetti giuridici in parola.

¹⁸ Come sottolineato dalla più autorevole dottrina, M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, non si può operare alcuna effettiva distinzione rispetto agli oneri di fruizione del valore immateriale riconnesso al patrimonio culturale sulla base del titolo dominicale di appartenenza. Infatti “*le potestà pubbliche inerenti alle cose che costituiscono beni culturali sono esattamente le medesime, qualunque sia il regime dominicale che le accompagna. La funzione di questi, quindi, è unica, ma ciò non implica l'unicità dell'appartenenza, non solo sotto il profilo dominicale, il che è ovvio, ma neppure sotto quello più generale ed astratto di una qualche “appartenenza collettiva” ad un non meglio precisato patrimonio collettivo di valenza culturale*” pag. 151, cit. In questi termini si sconfessa viepiù quella ricostruzione teorica che vuole sui beni di appartenenza privata l'applicazione di una destinazione pubblica di carattere funzionale. Come si avrà modo di vedere, diverse sono state le teorie che, con varie sfaccettature, hanno preso in considerazione questa natura ibrida dei beni culturali, sui quali lo Stato vuole esercitare delle potestà riservate anche soprattutto prescindendo dal regime dominicale ad essi relativo.

¹⁹ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pag. 92, cit. L'Autore, cui si deve la più innovativa ricostruzione della nozione di bene culturale, aveva già intuito all'epoca dello scritto come il regime proprietario di questa categoria di beni fosse alterato dalla loro caratteristica intrinseca, venendo, come si vedrà, a compiere una precisa enumerazione delle relative caratteristiche in uno scritto successivo del 1976, che costituisce tutt'oggi il punto di riferimento dottrinario in materia.

²⁰ Come si può notare questa ricostruzione teorica fa riferimento alla sussistenza di due veri e propri diritti dominicali tra loro autonomi sul medesimo bene. Proprio la ricostruzione giuridica dell'Autore che inizialmente aveva elaborato questa tesi (cfr. nota che precede) è tuttavia giunta alla consapevolezza che non

catalogavano questi oggetti tra i “*beni di interesse pubblico*”²¹ secondo una partizione che consente la distinzione tra beni di proprietà di enti pubblici e beni che, pur di proprietà privata, siano soggetti ad interesse pubblico per la relativa destinazione²². Infine, si è giunti a riconoscere, in maniera piuttosto condivisa, che il bene culturale “*è pubblico, in quanto bene di fruizione, ma non di appartenenza*”²³. In altri termini, si ha oggi che il dato da

fosse il regime dominicale il discrimine per l’individuazione in via generalizzata di cosa fosse il patrimonio culturale, quanto piuttosto la natura delle posizioni di interesse a questo inerente e, per diretta conseguenza, la tipologia di poteri pubblici che possono venire sullo stesso ad essere esercitato

²¹ A.M. SANDULLI voce *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959, pag. 277, cit. Discrimine concettuale rispetto alla nozione che si è lumeggiata sopra, l’insussistenza di un vero e proprio diritto dominicale sui beni, bensì la sussistenza di un interesse di carattere pubblicistico che giustifica l’esercizio, in via diretta o mediata, di veri e propri poteri amministrativi sopra il compendio che rivesta interesse sotto il profilo culturale. L’Autore fa a tale scopo l’esempio delle collezioni private di beni culturali, rispetto alle quali vengono esercitate potestà pubbliche per conseguire “*quel medesimo interesse culturale di natura pubblica, cui mirano le raccolte pubbliche dello stesso genere*”.

²² La nozione, per certi versi, influenza ancor oggi le ricostruzioni che vengono formulate in dottrina per la spiegazione dell’ingerenza pubblica nella gestione delle cose d’arte. In particolare, A. FANTIN, *La concessione in uso dei beni culturali nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Aedon*, 2/2010, rimarca come l’interesse pubblico relativo al bene culturale sia il presupposto intorno al quale il legislatore ha disegnato la disciplina di esternalizzazione della relativa valorizzazione. In giurisprudenza, si parla di interesse pubblicistico rispetto alla gestione privata dei beni già tempo risalente. Ad esempio, si veda Corte di Cassazione civile, sez. I, 11 giugno 1975 n. 2308, ove si articola una ricostruzione dell’interesse pubblico sotteso alla gestione particolare delle aree demaniali. Cfr. anche R. PENSA, *L’uso dei beni pubblici e di interesse pubblico*, in www.contabilita-pubblica.it, 2005.

²³ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, pag. 31, cit. L’Autore, in questa ricostruzione di capitale importanza, distingue tra i beni pubblici in senso soggettivo – ovvero sia quelli di proprietà diretta della P.A. – dai beni pubblici in senso oggettivo – soggetti ad un regime particolare che prescinde dalla concreta titolarità degli stessi – inserendo tra i secondi la categoria a se stante dei beni culturali, caratterizzati da un immanente valore di testimonianza di civiltà. Giannini, tuttavia, sottolinea come “*l’ipotesi che il bene culturale possa essere inteso come un bene collettivo amministrato dallo Stato per conto della collettività, perché la proprietà collettiva è pur sempre una proprietà di bene patrimoniale, che comporta delle possibilità di utilizzazione del bene patrimonialmente rilevanti, al punto che le utilizzazioni eccedenti alla misura del normale, di regola comportano il pagamento di un prezzo a carico del fruitore. Sui beni culturali le potestà dello Stato si esercitano in modo indipendente dalla misura della fruizione, e al limite vi possono essere beni culturali che non hanno fruitori: ciò che giuridicamente interessa infatti è la*

tenere fermo nella ricerca di un significato alla nozione di bene culturale è che per tale categoria di oggetti si può e si deve prescindere dal relativo regime proprietario, in quanto quest'ultimo resta preordinato alla fruizione collettiva quale testimonianza di un compendio valoriale nel quale la società si riconosce²⁴. La pubblicità, insomma, rileva non quanto al regime proprietario, bensì quanto alla destinazione alla fruizione pubblica. Nel bene culturale sono infatti compresenti “*un bene patrimoniale, oggetto di diritti di proprietà, e un bene culturale, come bene immateriale, oggetto di situazioni giuridiche attive di potere pubblico*”²⁵. Non è un caso, che per la prima volta la Commissione per la tutela e la valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio, istituita con legge n. 310/1964²⁶, definiva questa categoria di beni quali “*testimonianza materiale avente valore di civiltà*”²⁷.

fruibilità universale, non la fruizione effettiva. Fruibilità significa obbligo di permettere la fruizione, equando all'obbligo si è adempiuto il potere pubblico è in regola; le attività promozionali o gli incentivi sono infatti, giuridicamente attività volontarie e non invece necessarie, come quelle attinenti alla fruibilità. In questo senso il bene culturale è pubblico” pag. 1034, cit.

²⁴ In tal senso, non si può mancare di sottolineare che tuttavia permangono oggi differenze anche significative rispetto alla categoria di poteri pubblici che possono venire ad essere esercitati sul patrimonio culturale a seconda che questo sia di proprietà pubblica ovvero di titolarità esclusiva del privato. Tale differenza, come si vedrà, si manifesta soprattutto al momento della valorizzazione funzionale dei compendi, vero obbligo per la parte pubblica che ne sia titolare o gerente, solo facoltà per il privato. Ciò che si vuole sottolineare, allora, con la definizione che si è data, è la circostanza che non sia il regime proprietario l'elemento distintivo sulla base del quale proporre un inquadramento sistematico della nozione di patrimonio culturale. Esso, infatti, nasce limitato, per usare le parole della Corte costituzionale – che in via generale ha utilizzato questa espressione già a far data dalla sentenza n. 36 del 1958 per poi fare propria la nozione con particolare riferimento ai beni culturali – per il sol fatto di presentare elementi ritenuti dall'ordinamento meritevoli di protezione in quanto espressione di valori immanenti della civiltà. Valori, che, com'è ovvio, il legislatore non può che limitarsi a riconoscere in natura, in quanto questi non sono entità giuridiche create dalla norma ma, in realtà, preesistono a questa nella collettività quale sostrato metagiuridico sulla quale si basa la legislazione dei beni culturali nella sua interezza per la definizione dei patrimoni rilevanti.

²⁵ S. CASSESE, *Marco Cammelli e i beni culturali*, su www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/Cammelli-e-i-beni-culturali-Bologna.pdf, pag. 4, cit. Giova tuttavia precisare che la distinzione, per l'Autore, è concettuale, non potendosi leggere in termini di effettiva soluzione di continuità un concetto rispetto all'altro.

²⁶ Anche conosciuta come Commissione Franceschini, sulla scorta dell'on.le F. Franceschini che la presiedeva, della quale fece parte, tra gli altri, anche M.S. Giannini in veste di esperto. L'obbiettivo

Se questo è il primo punto che si deve tenere fermo nell'approntare uno studio dei beni culturali, l'altro profilo che si dovrà tenere in considerazione è costituito dall'ulteriore caratteristica dell'immaterialità²⁸, ovverosia il *valore* culturale²⁹ del quale il bene è espressione e del quale l'ordinamento mira alla tutela e valorizzazione³⁰. In effetti, l'eliminazione dell'attributo della materialità³¹, che pur era stato oggetto di consapevolezza

dichiarato della commissione era quella di *“formare una salda coscienza nazionale che risolutamente agganzi l'azione dello Stato nella salvaguardia dei suoi tesori minacciati, scoraggiando ogni attentato alla loro integrità”* (dalla prefazione degli Atti della commissione a opera dello stesso Franceschini). Dell'opera di quest'ultimo all'interno del consesso, resta l'aver introdotto il dibattito giuridico intorno alla locuzione dei beni culturali, come osservato da S. AMOROSINO, *Massimo Severo Giannini e la fondazione, in Italia, del diritto urbanistico, del paesaggio e dei beni culturali*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, IV, 2000, pag. 283 e ss.

²⁷ In questi termini, come si diceva, infatti il legislatore ha riconosciuto ciò che già esisteva in natura, al contempo dettando una definizione aperta dei compendi di interesse storico-artistico non soggetta ai mutevoli umori del legislatore. Ma che, per la sua stessa essenza, è priva di un contenuto che possa dirsi rigidamente predeterminato. In buona sostanza, allora, si può già anticipare che il contenuto minuto della disposizione non potrà che essere determinato facendo riferimento a quelle diverse branche della scienza che concretamente si occupano di beni culturali. Ciò, però non priva della necessità e dell'intrinseco valore l'opera del giurista, alla quale si deve pur sempre fare riferimento quando si vada a cercare di enumerare quale sia il regime giuridico dei beni sottoposti a tutela ovvero di individuare quali ne siano le caratteristiche comuni individualmente rilevanti al fine di comprendere quale ne sia sulla scorta del disposto legislativo il minimo comune denominatore.

²⁸ Come si vede la definizione data dalla Commissione Franceschini è stata superata negli anni seguenti, in quanto legata, al pari della legge 1089/1939, alla materialità o tangibilità del bene, ovvero sia alla sua fisica percepibilità.

²⁹ Il valore culturale cui si fa riferimento è già costituito dal manifestarsi quale testimonianza immanente di civiltà che costituisce il *proprium* del bene culturale. Ed un tanto pur nella variabile intrinsecamente storicistica con cui questi termini debbono venire ad essere intesi, come si sottolinea in AA.VV. *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pag. 115.

³⁰ Il riferimento, come si vedrà, corre innanzitutto all'art. 9 Cost, ma pure, quanto alle competenze espressamente individuate per questi due tipi di funzioni, all'art. 117 e 118 Cost.

³¹ Sulla scorta della imperante concezione estetizzante del patrimonio culturale, infatti, il supporto materiale all'interno del quale inscrivere la nozione di bene culturale era al tempo indefettibile. Si nota, inoltre, alla luce delle diverse ricostruzioni che hanno teorizzato la natura del bene culturale, come le nozioni di proprietà inerenti al compendio di interesse storico-artistico reclinano sempre in sé, ancorché in maniera inespressa, il

nella dottrina, si ha nella legislazione solo al finire del XX secolo, quando il d.lgs. n. 112/1998 elimina l'attributo originariamente predicato a questa categoria di beni dalla Commissione Franceschini³². Successivamente il Testo Unico approvato con d.lgs. n. 490/1999 ha espressamente previsto che le categorie di beni in parola potessero venire in rilievo per individuazione normativa in quanto “*testimonianza avente valore di civiltà*”³³. Si è giunti così ad affermare che la caratteristica specifica del patrimonio culturale è immateriale³⁴, in quanto immateriali sono i valori di cui questo si fa portatore³⁵.

concetto che il supporto materiale che costituisce l'estremo sul quale appuntare il diritto dominicale, seppure condiviso. È evidente, allora, che una siffatta ricostruzione teorica non tiene in considerazione le tradizioni popolari che sono esse stesse beni culturali che meritano tutela e, più in generale, tutte quelle manifestazioni attraverso le quali in un determinato ordinamento si “fa” cultura. La mutata sensibilità giuridica, che si fa strada a livello normativo a partire dal citato d.lgs. n. 112/1998, muove proprio dalla convinzione che non vadano tutelati solo i beni culturali quali prodotto di un determinato periodo sociale in una ben precisa collettività di riferimento, bensì che, in fondo, debbano essere oggetto di attenzione normativa pure quei contenitori all'interno dei quali il prodotto culturale viene ad essere formato. Come si vedrà questa è una consapevolezza giuridica che verrà appieno integrata nel sistema giuridico, quantomeno a livello di riflessione alla base dei provvedimenti normativi riferentisi ai beni culturali, solo a seguito della convenzione di Faro del 27 ottobre 2005, ove per la prima volta si riferisce direttamente alla comunità di cultura quale sedime concettuale all'interno del quale il prodotto culturale viene a formarsi e rispetto al quale crea un inscindibile legame biunivoco.

³² Sul punto, cfr. M.P. CHITI, *La nuova nozione di beni culturali nel d.lgs. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, 1/1998, ove l'Autore sottolinea come l'eliminazione dell'attributo in parola dia finalmente spazio a quella flessibilità evolutiva che è connaturata alla categoria di beni di cui in parola.

³³ Lo scarto concettuale era in effetti evidente solo sul piano normativo, laddove la dottrina aveva da tempo riconosciuto che non vi fosse necessità di un sostrato materiale per riconoscere la rilevanza culturale del bene giuridico. L'innovazione legislativa è tuttavia ben rappresentata in AA.VV. *Testo unico dei beni culturali – Commento al d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490*, nella collana *Le nuove leggi amministrative*, diretta da V. Italia, Milano, 2000.

³⁴ Questo nel senso che non è più necessario in maniera assoluta che il valore preso in considerazione a livello normativo si appunti su di un bene materiale. Sul punto, peraltro, cfr. le riflessioni proposte da G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni immateriali*, in *Aedon*, 1/2014 che, seppur mutate in linea generale e quindi non direttamente riferenti al patrimonio culturale, possono trovare sicura applicazione anche al campo della presente indagine.

L'immaterialità è predicata rispetto ad un *unicum* costituito dal bene ed il suo valore, infatti, “*il legame tra bene culturale e cosa materiale è inscindibile e irripetibile ed assolutamente unico, nel senso che, pur differenziandosi giuridicamente l'uno dall'altra, la fruizione universale del primo passa esclusivamente attraverso la materialità e non la trasposizione di quest'ultima, donde l'importanza essenziale della sua conservazione e valorizzazione, come richiesto dalla legge*”³⁶.

I due requisiti concettuali di cui si è ora riferito, sono profondamente compenetrati l'uno con l'altro posto che non vi è valore³⁷ tutelabile se non attraverso la pubblicità del bene e, viceversa, non vi può essere pubblicità se a monte non vi è un compendio valoriale cui questa è riferibile.

E questo modo d'essere dei beni culturali è tale a prescindere dal riconoscimento che il sistema ne faccia. Un eventuale provvedimento che accerti il valore culturale del bene sarebbe, infatti, meramente certificativo poiché con lo stesso “*non v'è nulla da espropriare e nulla da indennizzare: oltretutto la certazione arreca al proprietario ... danni e vantaggi insieme*”³⁸.

Queste due sono allora le caratteristiche che si ritiene di tenere ferme nell'approntare uno studio del fenomeno culturale che cerchi la prospettiva quanto più possibile empirica e con l'obbiettivo di individuare soluzioni sviluppabili nel concreto per fare fronte alle molteplici

³⁵ S. CASSESE, *I beni culturali, op cit.*, aveva osservato come anche nell'opera del suo maestro M.S. Giannini, la ricerca si fosse concentrata per lo più su beni culturali connotati dal requisito della materialità, secondo una corrente di pensiero largamente dominante tanto nella dottrina quanto da parte del legislatore.

³⁶ G. CESSA, *Il sistema giuridico dei beni culturali*, in *Sudi in memoria di Franco Piga*, II, Milano, 1992, pag. 1331 cit.

³⁷ Con questo termine non si intende ancora la vera e propria “messa a valore” del bene, connaturata invece al suo sfruttamento legittimo da parte di soggetti pubblici o privati, come sottolinea autorevolmente S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione, op. cit.*, pag. 674. Ciò che si può evidenziare già a questo primo passo della trattazione, infatti, è come sussista un valore percepibile anche in termini economici che caratterizza i beni culturali nella loro interezza.

³⁸ M.S. GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Scritti*, Milano, 2000, pag. 185, cit. Da notare come l'Autore ponga l'accento sulla circostanza per cui la proprietà privata del bene culturale nasca di fatto conformata rispetto alla finalità immanente che la caratterizza.

esigenze che in una società pluralista³⁹ emergono in correlazione agli interessi sensibili di volta in volta presi in considerazione dall'ordinamento venendone, dunque, tutelati⁴⁰.

Ciò che si vorrebbe con il presente studio, tuttavia, è andare oltre la ricerca di una ricostruzione sistematica del concetto di bene culturale rivalutato in chiave dinamica tra tutela, valorizzazione e gestione⁴¹, mirando invece a definire la nozione di servizio pubblico culturale. Con tale espressione si vuole indicare un vero e proprio servizio pubblico che deve essere giocoforza reso per garantire la fruibilità del compendio di interesse storico-artistico, a prescindere dal relativo regime proprietario, quale forma connaturata di "trattamento" di questa categoria di beni⁴². Questa ricostruzione presenta

³⁹ Pluralista è innanzitutto la Costituzione repubblicana, nella misura in cui riconosce come meritevoli di considerazione e tutela per l'ordinamento le diverse forme in cui può venirsi a manifestare la libera determinazione e l'aspirazione alla realizzazione dell'individuo. Pluralista, tuttavia, come è stato sottolineato in dottrina, anche per il fatto che lo Stato stesso perde quella monoliticità con la quale era stato riconosciuto in tempi maggiormente risalenti, per dare spazio anche ad entità territoriali decentrate. Financo, come si avrà modo di meglio vedere nel prosieguo, deferendo agli strati sociali intermedi il perseguimento di quelle finalità di interesse generali che solitamente si erano riconosciute appannaggio esclusivo del potere centrale. Questa linea di sviluppo della nozione istituzionale dello Stato pare invero procedere di pari passo rispetto alla concezione pluralista in senso sostanziale della sfera di diritti essenziali riconosciuti al cittadino, nel senso che l'uno è causa dell'altro. Nessun senso avrebbe, altrimenti, la ricerca dell'ottima collocazione dell'esercizio di pubblici poteri. Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1990, in particolare pag. 36 ove si definisce il pluralismo quale presupposto essenziale nella lettura della carta costituzionale.

⁴⁰ Sul punto, afferma la necessità di una interrelazione della scienza giuridica con le altre branche della ricerca, M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, op. cit.

⁴¹ Ciò a cui si ambisce, in altri termini, non è tanto la ricerca di andare a definire cosa sia il bene culturale in sé determinato. Come si vedrà, una tale ricerca definitoria, dovendosi giovare principalmente di scienze extragiuridiche, rischia di fuorviare un esame che miri non alla stasi del riconoscimento dell'esistente quanto, piuttosto, al dinamismo della comprensione di cosa possa essere realmente conseguito con l'operazione giuridica legalmente consentita sul patrimonio di rilievo storico-artistico.

⁴² Quello cui si mira con la presente ricerca, seguendo anche seguendo le intuizioni che nella materia oggetto di studio si sono stratificate nel tempo (cfr. C. CATURANI, *La disciplina giuridica dei beni culturali in Italia: strumenti dinamici di tutela e valorizzazione*, in L. MEZZETTI (a cura di), *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti*, Padova, 1995, pag. 51 e ss.) è come il bene culturali si caratterizzi per portare con sé la necessità intrinseca al suo statuto giuridico di venire ad essere al contempo tutelato e valorizzato. E, come si vedrà, questi due termini costituiscono uno il presupposto dell'altro, essendo vincolati insieme da un vincolo inscindibile.

una doppia difficoltà: da un lato, si sconta l'assenza di una definizione normativa dei servizi culturali⁴³; dall'altro non si può non ricordare come la nozione stessa di servizio pubblico abbia presentato negli anni una evoluzione che ne ha modificato in maniera profonda i caratteri essenziali⁴⁴, giungendo ad avere oggi una fisionomia per certi versi policroma, che si compone di diverse sfaccettature, vuoi per una legislazione interna non sempre coerente, vuoi per l'afflato della normazione sovranazionale⁴⁵.

⁴³ Eccezione fatta per i c.d. servizi aggiuntivi o per il pubblico di cui all'art. 117 del d.lgs. n. 42/2004.

⁴⁴ Nella specifica materia di afferenza il riferimento corre alle riflessioni proposte da M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità sociale*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2007. L'Autore, in particolare, sottolinea come vi sia la possibilità di gestione del servizio pubblico culturale anche da parte di soggetti formalmente e sostanzialmente privati. In questo caso, tuttavia, l'attività di diritto privato si ammanta dell'interesse generale che con la stessa si persegue, divenendo allo stesso tempo elemento connotativo e fonte di disciplina particolare dell'attività stessa.

⁴⁵ Se si è nel tempo giunti alla consapevolezza di come non possa darsi con tutta probabilità una definizione universalmente valida di servizio pubblico, quello che conta nell'ambito della presente ricerca è la circostanza per cui si possa parlare di un servizio pubblico culturale nella misura in cui si predica una riconnessione necessaria dello statuto dei beni culturali alle congenite necessità di tutela e valorizzazione degli stessi da parte dei pubblici poteri e, forse seppur in maniera giocoforza diversa o attenuata, pure da parte dei soggetti privati che, come si vedrà, al pari della pubblica amministrazione altro non sono che custodi momentanei dei compendi che debbono essere trasmessi intatti o, se possibile, migliorati alle generazioni future.

.I. Il concetto di bene culturale.

La nozione con cui all'inizio i beni culturali erano conosciuti alla legislazione postunitaria era quella di “*cose di interesse artistico o storico*”⁴⁶, mutuata dalla legge 1 giugno 1939, n. 1089. Il sedime concettuale all'interno del quale questa nozione si sviluppa è essenzialmente estetizzante, predicando in capo all'oggetto un determinato valore, appunto estetico. Non si trattava, infatti, di riconoscere un valore intrinseco al bene, quanto piuttosto di certificarne un pregio esteriore che lo rendesse meritevole di tutela⁴⁷. L'effetto di tale inquadramento era la riduzione della concezione di cosa d'arte ad una valutazione meramente esteriore che discriminava la relativa storicità, non includendo come elemento costitutivo della definizione l'incardinarsi dell'opera in un ben preciso momento temporale. Con la conseguenza che non si metteva in correlazione l'oggetto con la società – o meglio la civiltà – che l'aveva prodotto⁴⁸.

⁴⁶ Si intende in questo paragrafo accedere al significato che la terminologia ha assunto all'inizio del XX Secolo. Permane oggi parte della dottrina che comunque riconosce un ambito significativo di applicazione del termine, in particolare partendo dalla esegesi letterale del termine per come contenuto nell'art. 10 del d.lgs. 42/2004. Tra questi, in particolare, C. GABBANI, *Le cose d'interesse artistico nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Aedon*, 2/2017, che appunta l'attenzione sulla esegesi dell'art. 10 del Codice Urbani, evidenziando in particolare come sussista una effettiva confusione tra la nozione di interesse storico ed interesse artistico, valendo il pregio esteriore a differenziare il bene culturale rendendolo bene degno di tutela a prescindere. Riprendendo le parole di W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino, 2011, l'Autore conviene però in definitiva che il bene culturale si caratterizza per essere un *unicum* irripetibile nel quale è ben difficile distinguere gli aspetti storicistici da quelli eminentemente artistici. Cfr. anche l'inquadramento di G. PIVA, voce *Cose d'arte*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, 1962, pag. 93 ss.

⁴⁷ Già ai tempi vi era, tuttavia, chi cercava di far ricomprendere al concetto di bene culturale la nozione legislativa di cose d'arte, cfr. G. PIVA, *op. cit.*, in specie pag. 93 e ss. L'Autore, nel suo sforzo di inclusione alla categoria concettuale, veniva infatti sostenendo che la cosa d'arte, nel momento in cui era concepita, venisse ad includere una fotografia del momento storico nel quale si era formata. Probabilmente, il tentativo di inquadramento concettuale, indubbiamente figlio del tempo in cui è stato prodotto, non riesce a fotografare appieno quel concetto di immaterialità del valore culturale che sta alla base della moderna concezione del patrimonio culturale per come successivamente emersa nella dottrina.

⁴⁸ Come si è da più parti segnalato, una ricostruzione in questi termini dei beni culturali, di fatto produceva la relativa astrazione rispetto al contesto storico che li aveva generati. E ciò sul riconoscimento a livello normativo di un ideale di bellezza atemporale che impregnava la legislazione, pur già al tempo riferentesi di

Invero, l'impostazione dettata da una visione liberista sulle cose dell'arte, che nella fase post unitaria ha per lungo tempo caratterizzato lo statuto dei beni culturali, aveva prima trovato una inversione di tendenza nella legge 12 giugno 1902, n. 185 e nella successiva legge 24 giugno 1909, n. 364 sulla conservazione delle cose d'arte⁴⁹. Per la prima volta in questi compendi normativi, si faceva strada l'idea che il patrimonio storico artistico non potesse essere *sic et simpliciter* assoggettato alla disciplina del diritto privato e, dunque al libero ed incontrollato scambio⁵⁰, utilizzo e destinazione⁵¹.

fatto a branche delle scienze umanistiche il cui compito era inverare nel caso concreto il dettato degli articoli che imponevano la tutela delle cose di interesse storico-artistico. Nessuna tutela, invece, veniva garantita alle forme con le quali i beni culturali venivano prodotti nella realtà contemporanea. Un tanto sul presupposto che per aversi valore tutelabile a livello normativo dovesse esserci il riconoscimento a posteriori del pregio estetico che ammantava questa categoria di beni. Così attraverso queste considerazioni, figlie sicuramente del momento storico che ha generato il *corpus* normativo, si faceva strada la “nazionalità del patrimonio culturale, concepita dalle leggi Bottai come “espressione dell'identità e dell'unità di un popolo” ... così da poter affermare “il “principio della priorità dell'interesse pubblico sui valori culturali””; R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, 2010, pag. 472, cit. Evidente, allora, come sottolinea l'Autore, che l'inquadramento normativo all'interno del quale inserire il fenomeno culturale era esso stesso al servizio di una ben precisa ideologia che voleva veicolare il suprematismo della produzione artistica nazionale quale cemento sociale sul quale basare la costruzione di un comune sentire che travalicava il perimetro delle cose di interesse storico artistico per diffondersi e permeare tutti i settori dell'ordinamento.

⁴⁹ Per una analisi approfondita del *corpus* normativo postunitario di inizio secolo, utile il rimando a R. BALZANI, *op. cit.*.

⁵⁰ Un approccio, peraltro, seguito pure dal normatore europeo nei primi passi in cui ha ritenuto di venire ad affrontare il tema dei beni culturali sotto il profilo di rilevanza economica della relativa circolazione. In questo seguito poi anche dal legislatore interno nella disciplina dello scambio internazionale, cfr. F. LAFARGE, *La circolazione internazionale dei beni culturali, dopo le modifiche al Codice*, in *Aedon*, 1/2009.

⁵¹ Anzi, può dirsi che era proprio la destinazione delle cose d'arte al piacere estetico della collettività che, già al tempo, giustificava l'ingerenza dei pubblici poteri rispetto alle stesse. Tuttavia, occorre rimarcare come il compendio normativo in parola, pur approntando una prima forma di tutela ai beni culturali, lo faceva non perché ritenesse che gli stessi fossero patrimonio della collettività in quanto portatori di valori immanenti che li caratterizzavano dalla creazione, quanto piuttosto perché manifestazione esteriore di un patrimonio nazionale che doveva essere difeso in quanto bene dello Stato monarchico.

Proprio in questi termini si iniziava a saggiare una visione sostanzialmente moderna dei beni a destinazione pubblica⁵², ossia di quella categoria di oggetti su cui gravano vincoli e correlativi poteri pubblici sensibilmente maggiori rispetto ai beni privati che presentino una qualche forma di rilievo pubblicistico⁵³.

Emergeva tuttavia nel corso degli anni, in conseguenza principale di quel miracolo economico post-bellico che era destinato a incidere profondamente sulla fisionomia del paese, la radicale insufficienza del sistema di tutele approntato dalla legge Bottai, fondato su una sistemica di intervento puntiforme⁵⁴, tendenzialmente destinato ai beni di spettanza privata sulla scorta della circostanza per cui i beni di appartenenza pubblica risultavano già sufficientemente tutelati alla luce del relativo regime proprietario⁵⁵.

Per giungere all'utilizzo della terminologia di bene culturale, come si anticipava, si deve tuttavia attendere la Convenzione dell'Aja del 14 maggio 1954 per la tutela dei beni

⁵² Cfr. in tema, A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, Atti del convegno di studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, 2008, in particolare pag. 17 e ss. ove si pone in relazione la finalità immanente dei beni pubblici alla fruizione collettiva con il particolare regime che questo vincolo teleologico impone sugli stessi quanto al relativo trattamento giuridico.

⁵³ In questi termini, M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004 specialmente pag.259 e ss. L'Autore si concentra, in particolare, sulla distinzione tra "beni privati di interesse pubblico" e beni a destinazione pubblica, laddove solo nei secondi si ravvisano poteri pubblicistici significativamente maggiori dovuti ad un particolare statuto ad essi predicabile. Cfr. pure, sul tema, dello stesso Autore, *Beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, nonché V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici in Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1987.

⁵⁴ Sul punto, rimarca la necessità di un intervento organico che si era appalesata nel corso del tempo per acuirsi a mano a mano che ci si avvicinava al periodo contemporaneo, M. CAMMELLI, *Nuova legislatura e patrimonio culturale: il tempo è scaduto*, in *Aedon*, 3/2012, il quale conclude affermando che le risorse necessarie alla gestione del fenomeno culturale, delle quali si rimarca da tempo l'insufficienza, probabilmente non sono solamente quelle di ordine economico, seppur si denoti una progressiva sottordinazione del MIBAC rispetto al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

⁵⁵ Questa ricostruzione era invero un retaggio del periodo nel quale le leggi Bottai furono emanate, nel quale lo Stato centrale era l'unico tutore dell'interesse pubblico afferente al patrimonio culturale. Si dava in altre parole per scontato che le misure di tutela connaturate al regime proprietario dei beni fosse di per sé sufficiente alla relativa tutela. Un tanto anche sulla scorta del fatto che questi ultimi, in quanto rilevanti per la collettività, fossero naturalmente preordinati alla titolarità da parte della pubblica amministrazione.

culturali in caso di conflitto armato⁵⁶, cui fece seguito pure la Convenzione culturale europea di Parigi del 16 dicembre 1954⁵⁷. Entrambi questi atti presentano la comune caratteristica di cercare una definizione analitica del concetto, producendosi in lunghe elencazioni di ciò che doveva ritenersi oggetto di tutela nel relativo ambito di applicazione⁵⁸. Gli spunti di riflessione che queste convenzioni portano alla luce sono tuttavia significativi, poiché si inizia ad abbandonare quella nozione estetizzante del concetto oggetto del presente studio⁵⁹.

In ambito interno, la nozione di bene culturale stentava tuttavia a fare breccia, tanto che in dottrina⁶⁰ non si è mancato di sottolineare come la commissione Franceschini fosse stata istituita dalla legge 26 aprile 1964, n. 310 per l'indagine ai fini di tutela e valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio e non, invece, i beni culturali appunto⁶¹. Il merito dei lavori della commissione, tuttavia, oltre alla nuova definizione di bene culturale quale testimonianza materiale avente valore di civiltà, stanno pure nell'aver per la prima volta introdotto a livello di ricerca normativa il concetto di valorizzazione del

⁵⁶ Per una introduzione sul tema delle convenzioni stipulate per la tutela di alcuni principi fondamentali in tempo di guerra, cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2017.

⁵⁷ Cfr. A. DAMATO, *L'azione del Consiglio d'Europa a tutela del patrimonio culturale europeo*, in A. CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, 2014.

⁵⁸ Come si avrà modo di vedere, tuttavia, la definizione del patrimonio culturale sotto forma di elencazione individuale dei beni che ne fanno parte è intrinsecamente insoddisfacente, in quanto alternativamente rischia di essere eccessivamente lasco ovvero eccessivamente puntuale nel definire quali siano i beni che debbono andare oggetto di tutela da parte della normazione primaria.

⁵⁹ Analizzando la trama e l'ordito delle disposizioni, infatti, emerge che la rilevanza culturale del bene non inerisce soltanto ad un suo pregio esteriore, bensì trascende le caratteristiche obbiettive estrinseche. Non si giunge tuttavia ad una piena consapevolezza di quella immaterialità che si è vista essere tratto distintivo delle cose di interesse storico artistico.

⁶⁰ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, *op. cit.*, pag. 20 e 21.

⁶¹ Un tanto sebbene i lavori della commissione stessa porteranno a gettare le basi per una concezione moderna della nozione dei beni culturali. Infatti, S. MANCUSO, *Per una metodologia della valorizzazione dei beni archeologici: analisi e prospettive in Calabria*, Soveria Mannelli, 2004, pag. 25, sottolinea proprio come nonostante la commissione non fosse preordinata alla redazione di un vero e proprio testo normativo, i relativi lavori furono successivamente tenuti in considerazione per la costituzione e messa in opera del Ministero dei Beni Culturali.

patrimonio storico artistico⁶². Enunciazione, tuttavia, che rimane a livello embrionale, posto che non le sono seguite previsioni⁶³ di misure concretamente preordinate al superamento della concezione statica di protezione dei beni culturali che costituiva l'impronta più significativa della legge Bottai⁶⁴.

Nondimeno, per la prima volta, i lavori della commissione esitano nella definizione di bene culturale di più ampio respiro: è infatti definito tale l'oggetto che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà⁶⁵. Nozione quest'ultima, poi ripresa a livello legislativo con il decreto legge 14 dicembre 1974, n. 657 istitutivo del ministero per i beni culturali ed ambientali⁶⁶.

Se questa è l'evoluzione normativa che ha immediatamente preceduto la stesura del Codice del 1998 e del 2004, non da ultimo bisogna poi ulteriormente ricordare l'influsso che a livello sovranazionale si ha avuto nello sviluppo del concetto di bene culturale da parte

⁶² Prima di allora, infatti, come si è sottolineato si partiva dal presupposto delle leggi Bottai, che era quello di imprimere un regime di tutela specificamente afferente ai beni culturali, ma che era ritenuto del tutto succedaneo al semplice regime proprietario di carattere pubblico degli stessi. Nessuna disciplina specifica veniva invece dettata con riferimento alla necessità che dovesse essere garantita la fruizione dei beni quale caratteristica connaturata al relativo statuto giuridico-valoriale.

⁶³ In effetti, come detto, lo scopo della commissione Franceschini era principalmente di studio e non quella di elaborazione di un vero e proprio testo normativo.

⁶⁴ Tant'è vero che la commissione Franceschi propose la costituzione di una Agenzia per la tutela del patrimonio culturale quale strumento dotato di una notevole agilità che gli consentiva una risposta più rapida rispetto all'apparato pubblico nell'affrontare i problemi connaturati alla conservazione dei beni di interesse storico-artistico. Successivamente, questa proposta verrà abbandonata in favore della costituzione del MIBACT.

⁶⁵ Non sono mancate le voci critiche rispetto all'innovazione dei lavori della commissione, ritenendo che la definizione fosse troppo lasca e quindi generica ed insufficiente a fotografare un fenomeno tanto complesso. In punto, B. ZANARDI, *La mancata tutela del patrimonio culturale in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, 2011, pag. 431 e ss. afferma espressamente che la definizione si fonda su di una nozione ideologica e demagogica, divenendo nel tempo una pura dichiarazione di intenti priva di oggetto concreto.

⁶⁶ Voci critiche alla sua costituzione si levarono da autorevole dottrina. Ad esempio, S. CASSESE, *I beni culturali*, op. cit., giunge ad affermare che "il ministero è una scatola vuota" poiché la legge istitutiva "non indica una politica nuova, non contiene una riforma della legislazione di tutela; consiste in un mero trasferimento di uffici da una struttura all'altra e non si vede perché uffici che non funzionano dovrebbero funzionare riuniti in un unico Ministero", pag. 173, cit.

degli organi europei. Dapprima il legislatore comunitario si è innanzitutto occupato della circolazione di determinate categorie di oggetti che presentassero caratteristiche di particolare pregio⁶⁷. Anche in questo caso, la legislazione non offriva spunti di ricostruzione sistematica della nozione, venendosi piuttosto a concentrare in maniera puntiforme verso quelli che erano gli oggetti individualmente rilevanti per la normativa, che si produceva così, ancora una volta, in una serie di elenchi analitici⁶⁸. Per di più si prevedeva l'utilizzo di una soglia economica⁶⁹ di rilevanza che di fatto escludeva dalla disciplina molta parte del patrimonio culturale da un lato e che creava significativi problemi di ricognizione giuridica dall'altra, posto che non è affatto semplice determinare il valore di mercato di un oggetto di interesse storico-artistico⁷⁰. Le novelle normative europee, tuttavia, hanno avuto il merito di richiamare l'attenzione del legislatore interno verso i profili di infungibilità dei beni di interesse storico-artistico che successivamente sono stati impulso per la definizione del bene culturale a livello interno.

⁶⁷ Il riferimento corre al regolamento 9 dicembre 1992, n. 3911 ed alla direttiva 15 marzo 1993, n. 7.

⁶⁸ Non bisogna, infatti, dimenticare che la struttura giuridica della disciplina comunitaria del tempo non includeva la tutela di posizioni giuridiche di tipo latamente sociale in materia di beni culturali. Essa si concentrava, infatti, sui risvolti economici che la circolazione di determinate categorie di beni poteva avere quale impatto sulla comunità di libero scambio che si era creata tra gli Stati aderenti. Cfr. sul tema, la ricostruzione diacronica di M.A. SANDULLI (a cura di), *op.cit.*, in specie pag. 552 e ss. ove si pone l'accento sulla progressiva armonizzazione della normativa a livello sovranazionale a partire dal Trattato di Roma del 25 marzo 1957, come modificato dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, che si sono occupati di definire progressivamente misure comuni al regime circolatorio dei beni culturali per il relativo introduzione ed espatrio all'interno dei territori degli Stati sottoscrittori.

⁶⁹ Chiaro indice, quest'ultimo, del sedime concettuale all'interno del quale veniva inserendosi l'intervento del normatore europeo, che inquadrava quello culturale quale fenomeno innanzitutto di carattere economico. O, per meglio dire, quale fenomeno che rilevava per l'ordinamento europeo se ed in quanto economicamente rilevante. A tal fine, infatti, venivano predisposte le soglie di cui in parola.

⁷⁰ La normativa, tuttavia, si salvava attraverso la previsione di una clausola di salvezza che lasciava in buona sostanza liberi gli stati membri di definire in autonomia il concetto di bene culturale rilevante per l'ordinamento interno ma con riflessi anche sull'ordinamento sovranazionale.

Successivamente, il legislatore italiano è, infatti, intervenuto con una norma che trae chiara ispirazione dai lavori della commissione Franceschini⁷¹. L'art. 148 del l.gs. 31 marzo 1998, n. 112, afferma infatti essere beni culturali “*quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demoetnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge*”⁷². Si evidenzia, sulla spinta di quella che è stata la riflessione della nozione proposta dalla dottrina⁷³, come si sia stato superato il dogma della materialità⁷⁴ che pervadeva la legislazione immediatamente postunitaria. Di corredo, poi, è venuta meno pure la concezione estetizzante, riconoscendosi al bene culturale una precisa caratteristica

⁷¹ In dottrina si sottolinea, infatti, che la “*nozione unitaria ed onnicomprensiva di bene culturale ... avviata dai lavori della Commissione Franceschini, sarebbe, invece ... (divenuta) propria del d.lgs. 112/1998*”; così V. PIERGIGLI – A.L. MACCARI (a cura di), *op. cit.*, pag. 31, cit. Le Autrici, peraltro, sottolineano come la evoluzione della nozione di cose di interesse storico-artistico subisce un *imprinting* notevole proprio muovendo dall'insegnamento della Commissione Franceschini, che involgeva non solo la definizione dell'oggetto di tutela da parte della normativa, bensì anche nell'individuazione degli strumenti di tutela e valorizzazione.

⁷² G. SCIULLO, *I beni*, in C. BARBATI – M. CAMMELLI – G. SCIULLO (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003, pag. 27 e ss. ove, in particolare, l'Autore sulla scorta del dato normativo, ritiene di poter individuare quali predicati dei beni culturali complessivamente considerati, le caratteristiche di tipicità – sono tali solo le testimonianze aventi valore di civiltà –, di pluralità – non sarebbe configurabile una nozione formalmente o sostanzialmente unitaria di beni culturali –, e della materialità – salvo che il legislatore non riconosca specifico valore alle manifestazioni esteriori di tipo immateriale riferentisi ai beni di rilevanza storico-artistica. Per vero, si può vedere che nella evoluzione successiva della nozione, proprio questa ultima caratteristica che l'Autore ha inteso individuare sia progressivamente scemata verso una sempre più marcata immaterialità della nozione, volta anche a garantire la tutela effettiva delle mutevoli manifestazioni all'interno delle quali può concretizzarsi la produzione culturale contemporanea. Più che al superamento della caratteristica della materialità, tuttavia, si può dire che ad essere superata progressivamente sia stata la nozione di stretta tipicità legislativa dei beni culturali.

⁷³ *In primis* da M.S. Giannini.

⁷⁴ Non usa questa espressione, ma il concetto è lo stesso ben chiaro, per A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, 1/2014, ove l'Autore espressamente giunge ad affermare che la concezione materialistica “*ha talmente innervato il diritto positivo, che le tracce della concezione immateriale sono state talvolta cancellate e talaltra "immunizzate"*”.

intrinseca che lo distingue dagli oggetti simili, ovverosia il farsi testimone di una determinata società e di un determinato periodo storico che l'hanno prodotto⁷⁵.

Pecca di questo disposto, sottolineata in dottrina⁷⁶, l'artificioso spaccettamento della funzione di tutela da quella di valorizzazione e gestione⁷⁷, frutto della non compiuta consapevolezza legislativa di come non può in realtà esservi l'una senza che contestualmente siano presenti anche le altre⁷⁸.

Il successivo testo unico, d.lgs. n. 490/1999⁷⁹ mutua essenzialmente questa definizione, espungendo tuttavia il riferimento al patrimonio nazionale già esistente, che come si è visto per parte della dottrina era definizione tautologica⁸⁰.

La nozione è successivamente transitata nel d.lgs. n. 42/2004, ove all'art. 2 si stabilisce che siano beni culturali le cose che *“presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in*

⁷⁵ Per vero, vi è pure stato chi ha criticato questa nuova impostazione nella normativa. Ad esempio, T. ALIBRANDI, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro amministrativo*, XI-XII, 1999, pag. 2701 e ss sottolinea come la definizione in parola sarebbe in parte tautologica e in parte una norma in bianco. Sarebbe tautologica perché definisce i beni quali appartenenti al patrimonio nazionale; ma tale patrimonio presuppone appunto essere il risultato di quei beni che lo compongono. Sarebbe invece una norma in bianco in quanto rinvia a successivi provvedimenti legislativi l'individuazione delle cose aventi valore di civiltà.

⁷⁶ In particolare S. CASSESE, *I beni*, *op. cit.*, pag. 674 e ss in particolare.

⁷⁷ La distinzione di fondo sarebbe invero apparsa nel breve volgere di tre anni anche a livello costituzionale, ove con la riforma del 2001 due diverse funzioni così individuate – tutela e valorizzazione – vennero affidate a plessi amministrativi differenti.

⁷⁸ Una impostazione concettuale quest'ultima, che per vero è stata mantenuta indenne pure successivamente dal legislatore costituzionale, che, come noto, ha assegnato le funzioni a plessi diversi dell'ordinamento, accentrando la tutela e decentrando la valorizzazione. Così generando, tuttavia, significative problematiche interpretative non solo in punto di allocazione delle competenze, bensì pure con riferimento alla effettiva sussistenza di una distinzione concettuale profonda tra le due funzioni.

⁷⁹ In tema, cfr. l'analisi proposta da M. CAMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali: commento al Testo Unico approvato con decreto legislativo 29 ottobre 1999*, Bologna, 2000.

⁸⁰ Il relativo articolo 4, tuttavia, a norma di chiusura, rinvia all'opera del legislatore nella misura in cui dispone che i *“beni non ricompresi nelle categorie elencate agli articoli 2 e 3 sono individuati dalla legge come beni culturali in quanto testimonianza avente valore di civiltà”*.

*base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*⁸¹. In questo caso, seppur nell'evoluzione dell'ultima parte del periodo che si presenta quale vera e propria norma di chiusura, resta il fatto che la definizione normativa pare sottendere ancor oggi la reità del bene culturale⁸², restando sfuggente quel novero di quelle attività, usi e costumi che pur presentandosi quali testimonianze di compendi valoriali ben identificati e radicati con una cultura di riferimento in un determinato luogo e tempo⁸³.

Non sono mancate significative voci critiche rispetto alla ricostruzione in questi termini del patrimonio culturale. Ad esempio, si è affermato come a seguito della commissione Franceschini, la cui impostazione di fondo transita sino ad apparire nei testi normativi di inizio millennio, *“ci ritrovammo tutti a non parlare più di opere d'arte e testimonianze storiche, ma di beni culturali. Binomio malefico funzionante come un buco nero, capace di inghiottire tutte e tutto nullificare in vuote forme verbali beni artistici, storici, archeologici, architettonici, ambientali, archivistici, librari, demoantropologici, linguistici, audiovisivi e chi più ne ha più ne metta*⁸⁴.

⁸¹ Non si può mancare di ricordare come anche la Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale del 2003 abbia dato un impulso significativo alla rielaborazione anche normativa del concetto immateriale di bene culturale. La convenzione, peraltro, è stata recepita nel 2008, con l'inserimento dell'art. 7-bis (espressioni di identità culturale collettiva) al d.lgs. n. 42/2004.

⁸² La norma, infatti, parla ancor oggi di “cose” che presentino interesse di tipo culturale.

⁸³ E più in generale, mancando una norma di chiusura che faccia espresso riferimento ai luoghi nei quali la cultura viene prodotta. Aspetto quest'ultimo che anche a seguito della Convenzione di Faro del 2005 – come si avrà modo di vedere poco oltre – diviene oggi sempre di maggiore rilievo nell'ambito della normazione primaria, pur nell'attesa dell'implementazione a livello di normativa interna del relativo testo.

⁸⁴ Cfr. la visione critica di G. URBANI, *Restauro, conservazione e tutela del patrimonio artistico*, in B. ZANARDI, *Conservazione, restauro e tutela*, Milano, 1999, pag. 56, cit. L'Autore, in particolare, si scaglia criticamente sulla istituzione del Ministero per i Beni Culturali e il Paesaggio, ritenuto un involucro vuoto e privo di reale funzione se non quella di accorpare in sé diversi uffici già esistenti. A contestare la ricostruzione della problematica in questi termini, vi è la necessità da più parti manifestata in base alla quale la ricerca della definizione di cosa sia il patrimonio culturale non possa andare esente dal considerare in definitiva la centralità della ricerca svolta da altre branche del sapere, rispetto alle quali la posizione del giurista deve raccogliere con formule giocoforza di rinvio il sapere altrui. Nondimeno, come si avrà modo di vedere, questo non toglie l'importanza dell'opera del diritto, specie qualora si faccia questione di individuare gli elementi comuni a questa categoria di oggetti giuridici.

Un ulteriore spunto nella definizione della nozione di bene culturale si ha con la convenzione di Faro del 27 ottobre 2005⁸⁵ la quale, pur ratificata, attende ancor oggi di essere implementata nel sistema del diritto vivente. L'atto convenzionale introduce nuovi termini in cui inquadrare la questione del patrimonio culturale. Essa infatti cristallizza per la prima volta la nozione di "eredità culturale", ossia l'"*insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione. Essa comprende tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato dell'interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi*"⁸⁶. Questo compendio è specificamente riferibile ad una ben identificata comunità, definita "*comunità di eredità*" e "*costituita da un insieme di persone che attribuisce valore ad aspetti specifici dell'eredità culturale e che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future*"⁸⁷. La novità principale della Convenzione può essere sicuramente quella di vedere definita in maniera del tutto immanente la nozione di bene culturale⁸⁸, agganciata viepiù alla concezione per cui i beni di rilievo costituiscono una vera e propria eredità che, come tale, deve essere mantenuta e trasmessa, con la più ampia valorizzazione possibile⁸⁹. Un profilo che, parimenti, merita essere tenuto in debita considerazione è invece dato dalla circostanza per cui il bene culturale è riferito con peculiare collegamento biunivoco ad una ben precisa comunità, valoriale prima che fisica. Si entra così in una

⁸⁵ Cfr. C. CAMORSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 1/2013. In particolare, l'Autrice sottolinea come a seguito della sottoscrizione dell'Italia della Convenzione ora ricordata si pongano le basi per sintetizzare una nuova formulazione del concetto di bene culturale anche a livello interno, secondo una interpretazione evolutiva della legislazione vigente. Così si può giungere all'apertura verso il riconoscimento di manifestazioni concrete del patrimonio culturale quali attività, riti, ricorrenze che si caratterizzano per l'immaterialità della forma di manifestazione del valore loro sotteso.

⁸⁶ Art. 2, lett. a).

⁸⁷ Art. 2, lett. b).

⁸⁸ Riferimento, ancora, corre a C. CAMORSINO, *op. cit.*

⁸⁹ Cfr. G. VOLPE, *Il bene nostro. Un impegno per il patrimonio culturale*, Bari, 2018, ove si sottolinea proprio la peculiare percezione di contesto del bene culturale, che proprio in quanto entità di produzione ed appartenenza collettiva a prescindere dal concreto regime proprietario, consente di individuare una missione superindividuale quanto alla relativa tutela e valorizzazione.

visione in chiave dinamica delle *res*⁹⁰ oggetto del presente studio che per la prima volta colloca il relativo valore all'interno di una specifica visione della civiltà contemporanea, nell'ambito della quale queste svolgono una funzione propulsiva verso una socialità maggiormente consapevole⁹¹.

Un ulteriore elemento di rilievo della Convenzione, sul quale ci si soffermerà più ampiamente nel capitolo che segue, riguarda invece la questione del partenariato pubblico-privato che viene per la prima volta sancito come risorsa utile e quantomai efficace nella cogestione del patrimonio culturale, che deve essere valorizzato a prescindere dal regime giuridico di diritto pubblico o privato a questo afferente⁹². Una forma di collaborazione, in altre parole, che discende proprio dalla peculiare natura che il bene assume: esso è legato indissolubilmente all'opera dei singoli cittadini che, con le proprie azioni, hanno dato valore ad una determinata forma di espressione dell'essere collettivo e, come tali, sono esso stessi che possono – *recte* devono, in un'ottica sempre più collaborativa e di *spending review* – compartecipare alla gestione di un cespite che, per quanto sfuggente nella definizione, li riguarda più o meno direttamente tutti in quanto cemento sociale su cui si regge l'ordinamento⁹³.

⁹⁰ Si intende in senso improprio il termine a questo punto della trattazione posto che si è giunta ormai consapevolezza della circostanza per cui il supporto materiale, donde la reità, del bene culturale sono solo un accidente eventuale. Ciò che conta è l'immaterialità del valore dallo stesso espresso.

⁹¹ Precursore del concetto specificato nella Convenzione di Faro, il farsi testimonianza immanente di civiltà che era predicata in seguito ai lavori della Commissione Franceschini quale caratteristica del patrimonio culturale. Il testo pattizio specifica tuttavia tale nozione, rendendo evidente che non può esservi valore immanente se non attraverso la considerazione della popolazione nell'ambito della quale il patrimonio di interesse storico-artistico è venuto a formarsi e vive nella realtà quotidiana.

⁹² Il presupposto sul quale giace questa rinnovata sinergia tra il pubblico e il privato è proprio la considerazione che il patrimonio culturale non può che vivere se non attraverso la comunità all'interno della quale questo viene ad essere formato. In questi termini la compartecipazione con gli strati sociali intermedi nella gestione della risorsa finisce con l'essere connaturata al bene stesso.

⁹³ Il riferimento, come si avrà modo di approfondire in particolare al capitolo III, corre alle variegate manifestazioni nelle quali si ha una gestione privata di interessi di carattere pubblico. Con riferimento particolare al settore dell'ordinamento di interesse in questa sede, propone alcune utili riflessioni G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 1/2012. L'Autore, tuttavia, non propone un inquadramento sistematico della questione, preferendo

Ne resta oggi che la nozione di bene culturale, quale testimonianza immateriale di civiltà è nozione giuridicamente aperta, che sconta l'aleatorietà dei tempi in cui è maturata. Non è, infatti, compito della scienza giuridica quello di individuare puntualmente cosa si intenda per civiltà o vita sociale o comune sentire in un dato momento storico⁹⁴. Tali concetti, infatti, devono essere riempiti di significato da quelle scienze sociali che precipuamente si occupano della materia. Quello che conta maggiormente per lo studio che si va proponendo è considerare quelli che sono i caratteri giuridicamente salienti dei beni culturali che interessano l'operatore giuridico. Tra questi l'immaterialità e la pubblicità.

invece partire dal dato contingente della riduzione della spesa, visto quale elemento che ha provocato la necessità di intervento privato nell'ambito dei beni culturali. Le ragioni della partecipazione privata, tuttavia, anche alla luce della Convenzione di Faro, paiono essere prima di tutto giuridiche ed inerire pertanto direttamente alla nozione di bene culturale quale patrimonio-eredità di una collettività in un dato momento storico.

⁹⁴ Anzi, l'apporto delle scienze sociali nella definizione della materia *de qua* era nota sin all'inizio del novecento, con l'apporto della V Sezione del Consiglio Nazionale dell'Educazione, delle Scienze e della Arti. Anzi, proprio “*il successo dell'espressione «beni culturali» risente dell'affermarsi, negli anni '60, delle scienze sociali sulle scienze storiche, dell'arte e della filosofia sublimata dall'idealismo e dalla concezione dell'estetica come categoria autonoma dello spirito*”; cfr. A.M. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, pag. 27, cit.

.II. Il diritto culturale nella Costituzione italiana.

I concetti anzi esposti si identificano nei parametri costituzionali inerenti ai beni culturali. Infatti, la “*Costituzione culturale*”, delineata, oltre che dall’art. 9, dagli articoli 33, 34, 117 e 118 è ... un prisma complesso, che ben esprime la funzione sistemica della cultura, intesa nelle sue molte forme, come fattore essenziale di interazione politica e sociale entro il paradigma della democrazia pluralista”⁹⁵. Una tale polimorficità del concetto è presente a partire dall’art. 9 Cost. che ha valore statico ed al contempo dinamico, normativo ed al contempo programmatico⁹⁶. Quanto al momento propositivo del disposto, vi è affermato come la Repubblica abbia quale compito specifico ed inderogabile quello della promozione culturale e scientifica dei copri sociali che la compongono⁹⁷. Sotto il profilo che può in vece apparire più eminentemente statico⁹⁸, invece, è disposto che la Nazione tuteli il patrimonio storico e paesaggistico⁹⁹. La norma, dunque, nella sua formula particolarmente

⁹⁵ F. RIMOLI, *op. cit.*, pag. 506.

⁹⁶ Cfr. R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, sub art. 3, nonché, sebbene più risalente, P. CALAMANDREI – A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950.

⁹⁷ In questi termini, sottolinea il contenuto del disposto della legge fondamentale G. CORSO – V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006, II. pag. 438. Sostengono infatti gli Autori che sia “*prefigurata un’azione promozionale, di incentivazione delle manifestazioni di interesse culturale e scientifico, alla quale è chiamato nel suo complesso l’apparato pubblico, secondo uno schema che, in linea di principio, richiede l’intervento di tutti i livelli di governo*”. Di qui si rimarca come vi sia la necessità di sviluppare modelli istituzionali ed operativi, organizzati per moduli procedimentali appositi, per il raggiungimento di questo scopo. L’intervento promozionale in materia culturale, tuttavia, non si deve mai tramutare nell’imposizione di una determinata cultura ai cittadini. La promozione di cui riferisce la Costituzione, infatti, proprio per essere rispettosa dei limiti imposti nei suoi stessi articoli, si deve muovere nella sottile linea di demarcazione definita dalla libertà di espressione e di pensiero.

⁹⁸ Ma in realtà così non è ove si ponga mente, come si vedrà, alla evoluzione del concetto nel corso del tempo, che porta ad una ridefinizione in chiave dinamica delle nozioni di tutela e valorizzazione.

⁹⁹ In dottrina, per vero, pur partendo dal presupposto della distinzione quantomeno a livello concettuale tra tutela e promozione, anche ai fini del discernimento delle conseguenti competenze legislative a valle, si è invero a volte riconosciuto come il concreto significato di questi termini fosse in definitiva da reperire a livello di legislazione ordinaria. Cfr. M. CAMPANELLI, *Guida al nuovo codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2004, pag. 16. Con ciò ammettendo, tuttavia, implicitamente che con tutta probabilità che

ampia – che ha consentito e consente interpretazioni estensive¹⁰⁰ – ricomprende in sé tanto il momento statico della tutela quanto quello dinamico della promozione, quali aspetti tra loro inscindibili¹⁰¹. Nella Costituzione i beni culturali divengono concetti chiave del pluralismo, per la crescita della consapevolezza dei cittadini ed, in definitiva, per la democrazia stessa¹⁰². I beni culturali, passando dall'art. 3 all'art. 9 fino ad arrivare all'art. 33 della Carta fondamentale sono considerati un elemento propulsivo e dinamico, fonte di consaputo accrescimento per la collettività intera. E sono garanzia, come detto, di democraticità, poiché ne è collettiva la fruizione e ne è garantita la diffusione attraverso l'insegnamento, che è libero ed avulso da qualsivoglia paradigma o ideologia preconcepita¹⁰³. Il precitato art. 33, è, infatti, fondamentale in tal senso, affermando la piena libertà¹⁰⁴ dello sviluppo e dell'insegnamento della scienza e dell'arte, contestualmente onerando la Repubblica di normare l'accesso e lo svolgimento delle carriere scolastiche ma

il discrimine tra i due concetti appare molto più labile di quanto una lettura epidermica del dettato costituzionale potrebbe inizialmente indurre a presumere.

¹⁰⁰ Si pensi, ad esempio, alla circostanza per cui la disciplina della tutela dell'ambiente è stata spesso ricondotta a livello costituzionale al disposto dell'art. 9. Cfr., *ex multis*, Corte costituzionale, sentenza 5 dicembre 2012, n. 278.

¹⁰¹ Ancorché come si accennava financo oltremodo difficili da distinguere.

¹⁰² L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016.

¹⁰³ Eccettuate ovviamente le teorie eversive che per loro stessa essenza si pongono in contrasto con quei valori fondamentali di convivenza democratica tra i cittadini. Come sottolinea tuttavia attenta ed autorevole dottrina (G. BRANCA, *Commentario della costituzione. Principi fondamentali art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975) il campo di libertà garantito all'espressione dei cittadini assume una tale ampiezza da consentire di ritenere non tutelate dal diritto alla libertà di pensiero quelle sole forme di espressione che minaccino lo Stato di diritto nelle sue fondamenta.

¹⁰⁴ Giova tuttavia rammentare che questo diritto di libertà trovi un limite, specie con riferimento alla ricerca scientifica, nell'esistenza di diritti equivalenti o di rango superiore che contrastino con il pieno sviluppo scientifico (si pensi alla ricerca sulle cellule staminali ed il vivo dibattito che la riguarda). Si ricorda inoltre la tesi sostenuta da S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto* XXIV, Milano, 1974, pag. 429 e ss. ove l'Autore afferma che le manifestazioni artistiche, per loro intrinseca natura, non subirebbero nemmeno il limite del buoncostume che presidia le comuni manifestazioni del pensiero *ex art. 21 Cost.*

contestualmente riconoscendo l'autonomia delle istituzioni universitarie¹⁰⁵. Il seguente articolo, n. 34, afferma invece il libero accesso all'istruzione scolastica, divenuta obbligatoria per un ciclo di almeno otto anni con l'espressa previsione dell'istituzione di forme di sussidi tali da rendere effettivo il diritto allo studio¹⁰⁶ per i soggetti meritevoli. Si è dunque avuto modo di affermare come nessun contrasto possa “*essere prefigurato tra il co. 2 dell'art. 9 ed il co. 1 dell'art. 33 Cost., anche perché le due disposizioni non investono il medesimo oggetto, riguardando, la prima, i beni culturali in quanto beni già prodotti, e la seconda, le attività culturali e, dunque, i beni in divenire*”¹⁰⁷. Ecco quindi che già la carta fondamentale del 1948 considera appunto come essenzialmente immateriale¹⁰⁸ il connotato distintivo del patrimonio culturale che è suscettibile non solo di essere tutelato e valorizzato, quanto pure di essere prodotto *pro futuro* attraverso quelle mutevoli forme di manifestazione che questo può venire assumendo nella contemporaneità¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Si profila così una copertura completa della tutela costituzionale sui beni culturali, che abbraccia tanto i beni che già esistono, quanto quelli che debbono ancora venire alla luce, elevando a elementi portanti dell'ordinamento i luoghi della relativa produzione.

¹⁰⁶ Approfondiscono il tema A. MASIA – M. MORCELLINI (a cura di), *L'università al futuro: sistema, progetto, innovazione*, Milano, 2009, in particolare pag. 159, ove si afferma che gli strumenti di effettività del diritto allo studio possono essere di carattere generale riguardando la politica dell'istruzione nel suo complesso, ovvero particolari, costituiti in sussidi economici individuali cui si accede tramite concorso.

¹⁰⁷ A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, Napoli, 2017, pag. 152, cit. Sulla scorta di un tanto, peraltro, l'Autrice conclude che la “*valorizzazione che investa anche beni culturali di appartenenza privata o, comunque, l'esercizio di poteri di controllo sull'attività di valorizzazione ad iniziativa privata non lede la libertà di espressione artistica, ma è finalizzata al conseguimento del fine di promozione e sviluppo della cultura costituzionalmente garantito*”.

¹⁰⁸ Di più, si dimostra come già a livello costituzionale il legislatore fosse consapevole che con riferimento al patrimonio culturale possano venirsi ad innestare delle pretese giuridicamente tutelate in capo alla cittadinanza. Tali cioè, in quanto oggetto di riconoscimento a livello normativo, di divenire giudizialmente tutelabili in giudizio oltre che conseguibili in via amministrativa attraverso l'opera dei pubblici poteri competenti.

¹⁰⁹ È stato così sottolineato che la libertà di insegnamento e della relativa scelta possono essere ricostruite in termini di diritto di credito verso taluno, come debito o *modus* dell'insegnante o del ricercatore o come diritto assoluto di fruire di un insegnamento libero. Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale* in *Foro amministrativo*, 1 dicembre 2016, pag. 495 e ss.

La Costituzione non si occupa, però, solamente di cosa sia il patrimonio culturale e come debba essere disciplinato il relativo momento genetico.

A livello di suddivisione delle competenze, occorre, infatti, porre mente agli artt. 117 e 118 Cost.¹¹⁰ Il primo, ascrive la potestà normativa esclusiva dello Stato centrale con riferimento alla tutela dei beni culturali, mentre affida alla competenza concorrente la normazione in tema di valorizzazione dei beni medesimi nonché la funzione di promozione e organizzazione di attività culturali¹¹¹. La formulazione non particolarmente limpida del disposto esitato dalla riforma costituzionale del 2001¹¹² ha provocato non pochi dubbi nell'ermeneusi, specie alla luce dell'inscindibile nodo gordiano che lega la tutela e la valorizzazione dei beni culturali, i quali essendo portatori di una testimonianza immanente di civiltà non possono essere adeguatamente protetti se non attraverso la loro corretta e piena promozione, in maniera tale da renderli fruibili alla collettività intera. A ciò si aggiunga come la mancata definizione dei termini da parte del testo costituzionale abbia finito per generare (e genera tutt'oggi) un notevole contenzioso tra centro e periferia in

¹¹⁰ A. POGGI, *La difficile attuazione del titolo V: il caso dei beni culturali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹¹ La norma, per vero, ha generato e genera significative criticità. Da un lato, infatti, essa consolida una distinzione che potrebbe apparire eziologica ed operata a livello generale dall'art. 9. Infatti, se in quanto funzione la tutela può venire ad essere distinta dalla valorizzazione, ne si deduce che effettivamente anche a livello concettuale questi due elementi possono essere distinti. O meglio che la relativa distinzione abbia un valore generalizzato sul piano della ricostruzione giuridica. Nondimeno, proprio per il reciproco implicarsi ed agire in dialogo l'uno con l'altro questi due elementi ben difficilmente possono venire ad essere concretamente distinti. E ciò crea notevoli attriti a livello di ripartizione delle competenze tra centro e periferia. Cfr. M. POGGI, *La corte torna sui beni culturali (brevi osservazioni in margine alla sentenza n. 36/04)*, in *Federalismi.it*, 6/20104, nonché, per una analisi approfondita del conflitto tra le attribuzioni nei diversi plessi dello Stato, M. PICCHI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Verso un progressivo accentramento delle competenze?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10/2017. Quest'ultima Autrice, in particolare, sottolinea come le necessità imperative di tutela portino la Corte costituzionale a preferire le ragioni della protezione rispetto alla competenza regionale in tema di valorizzazione del patrimonio culturale, sulla scorta della considerazione che l'accentramento, in definitiva, porti ad una migliore garanzia della risorsa storico-artistica.

¹¹² Attuata con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

ordine alle competenze da allocare¹¹³. A complicare ulteriormente il quadro sistemico costituzionale vi è poi l'art. 118 Cost.¹¹⁴, che afferma l'ascrizione di potestà amministrativa sulla base della contermine competenza legislativa, avendo cura di specificare con chiara disposizione programmatica che *“Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”*. È dunque prevista – seppur in via generale e senza una disposizione specifica in merito – la possibilità che i privati interagiscano sinergicamente nello svolgimento della pubblica funzione prevista dalla costituzione, venendo ad assumere in prima persona compiti di natura pubblicistica purché rispondenti a finalità di interesse per l'intera collettività¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. S. FOÀ, *Gestione e alienazione dei beni culturali*, in *Diritto amministrativo*, II, 2004, pag. 349 e ss. L'Autore sottolinea in particolare come la gestione del patrimonio culturale crei a sua volta notevoli problemi applicativi, non essendo dato sapere se quest'ultima segua la valorizzazione piuttosto che la tutela nell'allocatione competenziale tra centro e periferia. Invero, *“mentre nel d.lg. n. 112 del 1998 la gestione sembra essere strumentale alla valorizzazione (gestire il bene in modo da valorizzarlo), nel d.lg. n. 490 del 1999 il rapporto pareva rovesciato e la valorizzazione (qui intesa come espropriazione in vista del godimento pubblico) era strumentale alla gestione, intesa come attività rivolta ad aprire il bene al pubblico”*. Salvo poi soggiungere, come si avrà modo di approfondire *infra*, che *“valorizzazione e gestione sono attività tra loro strettamente correlate e sono insieme complementari all'attività di tutela”*. L'Autore conclude, peraltro, sul punto che *“per quanto riguarda la potestà legislativa, la gestione segue la valorizzazione; per quanto riguarda le competenze amministrative si deve invece valutare di volta in volta quale sia il contenuto dell'attività di riferimento e se questa sia servente alla tutela oppure sia funzionale alla valorizzazione dei beni culturali”*.

¹¹⁴ In tema, sia consentito il rinvio di approfondimento a C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione: contributo allo studio dell'art. 118, primo e secondo comma*, Torino, 2011, ove si approfondisce in particolare la tematica della devoluzione agli strati sociali intermedi di potestà amministrativa quale forma di gestione partecipata dell'interesse pubblico.

¹¹⁵ Tra queste attività rientranti nella missione istituzionale vi è pure quella, come si è visto, costituzionalmente riconosciuta appannaggio dei pubblici poteri di tutela, promozione nella creazione e valorizzazione dei beni culturali che costituiscono patrimonio comune della collettività. In tal senso, dunque, è la stessa legge fondamentale, nel combinato disposto delle sue norme, che afferma la possibilità di compartecipazione privata nella gestione complessiva del patrimonio di interesse storico-artistico ed un tanto a prescindere dalla relativa titolarità.

Dalla semplice lettura delle norme costituzionali, dunque, si evince la complessità della nozione di beni culturali quali oggetto di tutela e strumento del raggiungimento di una compiuta consapevolezza sociale della Nazione¹¹⁶.

Si può allora fondatamente sostenere, dalla pur succinta lettura del disposto della Carta fondamentale, che vi sia un interessante parallelo che è possibile intessere tra le diverse disposizioni. Da un lato vi è la tensione – come si vedrà in realtà solo apparente – tra tutela e valorizzazione, pur formalmente scisse dal disposto costituzionale. Dall'altro lato, invece, vi è la tensione centro-periferia¹¹⁷, sulla quale viaggiano le competenze ascrivibili ai diversi plessi cui sono predicate le attività di cui si è detto¹¹⁸. A questa tensione competenziale, poi, fa da contrappunto il rapporto di sussidiarietà orizzontale, che sempre maggiormente riconosce all'iniziativa privata per la tutela di interessi collettivi un valore fondante del significato stesso di comunità. È dunque in questo ordine prospettico che si deve andare ad analizzare la normativa riferentesi al patrimonio culturale, secondo le linee esegetiche che si è andati proponendo. Nondimeno, se da un lato preservare intatto il bene è specifico compito del suo detentore, gli oneri a carico di chi abbia disponibilità di questi oggetti di interesse storico-artistico non si ferma alla stasi della conservazione dell'esistente per espresso disposto della Costituzione¹¹⁹. Anzi, sempre più – specie alla luce dei più recenti rimaneggiamenti normativi – emerge la necessità che il patrimonio culturale da centro di uscita debba essere messo in condizione di costituire invece uno strumento di entrata¹²⁰ o, quantomeno, veicolo per il pareggio di tra spesa e rendita nella

¹¹⁶ Concetto, quest'ultimo, ben diverso da quello di Stato,

¹¹⁷ Parla espressamente di tensione in senso sia verticale che orizzontale M. MONTELLA, *Museo e beni culturali. Verso un modello di governance*, Milano, 2005, che individua anche i modelli di governo del fenomeno culturale rilevanti a livello territoriale minuto.

¹¹⁸ Il cui presupposto come si è detto è proprio la sussistenza di una diversità eziologica tra i termini di tutela e valorizzazione. La diversità nell'assegnazione a plessi ordinamentali diversi delle due materie, appunto, è una ricostruzione in termini di sostanziale indifferenza dei due concetti.

¹¹⁹ A livello di pubblica amministrazione, infatti, si è visto che l'obbligo di promozione culturale è imperativo nella missione istituzionale della pubblica amministrazione. La costituzione culturale italiana, infatti presuppone una posizione proattiva dei pubblici poteri coinvolti.

¹²⁰ Giova peraltro rimarcare come l'art. 33-bis del d.l. 6 luglio 2011 (*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*), come introdotto dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (*Disposizioni urgenti per la*

gestione¹²¹. Ciò è ancor più evidente dal punto di vista del diritto amministrativo, per il quale si ricorda, infatti, il vincolo impresso all'art. 97, comma II Cost.¹²² all'attività di tutti i pubblici uffici¹²³: l'equilibrio del bilancio, predicato per tutte le amministrazioni pubbliche, anche quelle che gestiscono il patrimonio culturale, quale obiettivo verso il quale orientare tutta la relativa attività¹²⁴. Ciò non significa, per vero, la necessità di auto

crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici) abbia previsto che “*per la valorizzazione, trasformazione, gestione e alienazione del patrimonio immobiliare pubblico di proprietà dei Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni, Stato e degli Enti vigilati dagli stessi, nonché dei diritti reali relativi ai beni immobili, anche demaniali, il Ministero dell'economia e delle finanze - Agenzia del demanio promuove, anche ai sensi del presente decreto, iniziative idonee per la costituzione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di società, consorzi o fondi immobiliari ...*”.

¹²¹ Suggellato oramai a livello costituzionale all'art. 81 quale compito generale dello Stato ed all'art. 97 quale obiettivo specifico di ogni pubblica amministrazione. Si pensi poi all'art. 58 del d.l. n. 112/2008, “*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*” Convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*”. La norma impone ai Comuni di valorizzare – economicamente o in altro modo – il proprio patrimonio immobiliare non strumentale all'esercizio delle funzioni istituzionali o, qualora ciò sia impossibile, alienarlo. In altre parole, l'ente locale si trova innanzi all'alternativa di mettere a rendita i propri immobili. In altre parole, l'ente locale si trova innanzi all'alternativa di mettere a rendita i propri immobili oppure di liberarsene per non gravare inutilmente il proprio bilancio. Giova poi pure rimarcare come l'art. 33-*bis* del d.l. 6 luglio 2011 (*Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*), come introdotto dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*) abbia successivamente previsto che “*per la valorizzazione, trasformazione, gestione e alienazione del patrimonio immobiliare pubblico di proprietà dei Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni, Stato e degli Enti vigilati dagli stessi, nonché dei diritti reali relativi ai beni immobili, anche demaniali, il Ministero dell'economia e delle finanze - Agenzia del demanio promuove, anche ai sensi del presente decreto, iniziative idonee per la costituzione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di società, consorzi o fondi immobiliari ...*”.

¹²² Paradossalmente, allora, questa disposizione diviene il primo referente costituzionale che si deve tenere in considerazione al momento di proporre una analisi dei modelli di gestione del patrimonio culturale.

¹²³ Vincolo che riprende simmetricamente il precedente art. 81 della Costituzione.

¹²⁴ Ben vero che l'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, l'umeggiava quale principio cui l'azione amministrativa doveva rifarsi a principi di economicità, ma il vincolo imposto nella Carta fondamentale appare assai più

sostentamento – obiettivo auspicabile quanto allo stato di difficile realizzazione¹²⁵ – bensì, quantomeno, l’obbligo di contribuzione nelle spese per mantenimento del patrimonio culturale da parte del privato¹²⁶.

stringente, non solo per il livello superlegislativo nel quale è suggellato, ma per il fatto che da criterio comportamentale fa assurgere il pareggio di bilancio ad obiettivo primario dell’azione degli uffici.

¹²⁵ Nelle zone depresse o non toccate dai principali flussi turistici resta evidente l’impossibilità di poter garantire il sostentamento di beni magari di ottimo pregio. In tali casi si deve attingere a fondi perequativi. Ma se tali fondi non sussistono si dovranno trovare strumenti giuridici in grado di massimizzare la valorizzazione del patrimonio.

¹²⁶ E ciò in una duplice veste. Da un lato si può imporre la contribuzione per la fruizione del patrimonio culturale, dall’altro si può dare ingresso alle risorse private nella relativa gestione. Sicuramente il primo di questi due metodi operativi è quello che crea le maggiori difficoltà. La necessità di garantire la fruizione collettiva della risorsa, infatti, impone che l’accesso alla risorsa culturale abbia un costo che ne garantisca la fruibilità alla maggior parte della popolazione possibile. La contribuzione deve quindi risultare da un lato proporzionata al costo di mantenimento del cespite di interesse storico-artistico, dall’altro non essere eccessivamente elevato da costituire una effettiva barriera all’accesso verso un bene che, lo si ricorda, nasce pubblico quanto a fruizione. Il problema opposto, tuttavia, si riscontra qualora si faccia questione invece di beni di titolarità privata. Molto spesso, infatti, vi è la necessità di un contributo pubblico per garantire la tutela di questi beni. Aiuto che, tuttavia, si può manifestare anzitutto attraverso misure di incentivo, rispetto che con aiuti diretti che rappresentano un centro di uscita non più accettabile.

.III. I presupposti della ricerca.

Se le prime conclusioni cui si è mossi nell'analisi di cosa sia il bene culturale indicano un tema di indubbia complessità, che ha ad oggetto una categoria giuridica la cui fisionomia non può che essere definita se non attingendo a branche del saper diverse dal diritto, non si deve essere indotti nello scoramento di ritenere delegata interamente alla scienza non giuridica la ricostruzione dogmatica della nozione¹²⁷. Viene anzi in rilievo il ruolo del giurista nel cercare di delimitare l'ambito applicativo della normativa primaria di settore al fine di fare le veci di quella che è una ricognizione puntuale delle cose di interesse storico artistico che nel tempo si è dimostrata più insoddisfacente che inefficace, posto che le elencazioni, se da un lato hanno il pregio della puntualità nell'individuare i beni oggetto di tutela, dall'altro lato rischiano di risultare eccessivamente restrittive¹²⁸, escludendo porzioni anche vaste del fenomeno culturale che invece meriterebbero più partita attenzione¹²⁹. È proprio questo uno dei profili cui si è appuntata l'analisi critica della legge Bottai (l. n. 1089/1939), che non era nel tempo apparsa adeguata a rendere disciplina della mutevole realtà giuridico-sociale nella quale si inscriveva il fenomeno culturale¹³⁰.

¹²⁷ In termini cfr. T. DE MAURO, *Qualche premessa teoria alla nozione di cultura e bene culturale*, in *Il Comune democratico*, XXXIII, 1978.

¹²⁸ Già la prima dottrina che è seguita all'emanazione del d.lgs. n. 112/1998 era attenta nel richiamare ai rischi dell'irrigidimento normativo conseguente alle elencazioni analitiche ed alle definizioni particolarmente restrittive ivi contenute. In particolare, si ricorda il pensiero di M.P. CHITI, *op. cit.*.

¹²⁹ Anzi, in tempi in cui il fenomeno culturale si presenta massimamente multiforme, risulta difficile poter comprendere in definizioni aprioristiche quello che potrebbe divenire – ma che nella realtà dei fatti già è – un bene giuridicamente rilevante in quanto portatore di quei valori immanenti che divengono testimonianza tangibile di civiltà. In questo senso, infatti, il riconoscimento giuridico avviene solo a posteriori e, appunto, facendo leva su branche del sapere diverse da quella del diritto. Proprio per tale ragione si dovrà andare a individuare quali sono le caratteristiche del bene culturale generalmente riconosciute, per individuarne uno statuto giuridico che possa dirsi generalmente valido ai fini della ricostruzione dogmatica del concetto. Ma anche ai fini di dedurre un regime giuridico che possa dirsi valido anche indipendentemente da un riconoscimento normativo diretto.

¹³⁰ All'inizio del XX secolo, infatti, la concezione estetizzante dei beni culturali rendeva sufficiente una mera ricognizione dell'esistente che si impernava su un concetto di bellezza esteriore esternamente riconoscibile e mediamente condivisa negli strati sociali che al tempo detenevano il potere creando una classe dominante. Non si può infatti dimenticare che la elencazione rigida dei beni di interesse storico-artistico costituisce il

Nel prendere parte a questa porzione della ricerca giuridica che si va proponendo, si deve innanzitutto tenere conto di quelle che sono le caratteristiche salienti del patrimonio culturale, delle quali si è riferito. Invero, si ha avuto modo di vedere come il bene culturale si caratterizzi per l'immaterialità del valore del quale si fa portatore, e della pubblicità, a mezzo della quale si prefigura alla pubblica funzione per garantire all'intera collettività di fruirne. Questi due elementi ci dicono in positivo cosa si intenda per bene culturale.

È tuttavia altrettanto importante definire in negativo la nozione¹³¹, attraverso uno studio di quelli che sono i limiti intrinsecamente connaturati al patrimonio di rilevanza storico artistica¹³². Sul punto ci si soffermerà un poco oltre.

riconoscimento di un'ambiente culturale sostanzialmente omogeneo. La situazione, anche in termini definitorie, diviene ovviamente più complessa nel momento in cui si viene a costituire un ordinamento plurale riconosciuto a livello costituzionale come elemento fondante e caratterizzante dello Stato moderno. M.S. GIANNINI, poi, in *I beni culturali, op. cit.*, ritiene il concetto stesso di bene culturale quale “*nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per tratti giuridicamente conclusi, bensì opera mediante rinvio a discipline non giuridiche*”.

¹³¹ La definizione dei limiti della nozione, infatti, consente di irreggimentare l'oggetto della ricerca in maniera tanto proficua quanto si potrebbe fare attraverso la definizione in positivo. Infatti, dai limiti si conoscono le possibilità di sfruttamento legittimo della risorsa.

¹³² Si utilizza il termine non quale riferimento alla concezione estetizzante del patrimonio culturale, oramai nei fatti ampiamente superata, bensì quale sinonimo della nozione di bene culturale inteso in senso contemporaneo alla luce del ripensamento dottrinario sullo stesso.

.IV. Parametri di diritto positivo intorno alla nozione di bene culturale: immaterialità, pubblicità e necessità di tutela.

Cercando di stabilire quale sia il tratto saliente che distingue un bene culturale da un oggetto comune, per identità e differenza si finisce con attribuirgli un *quid pluris*, che lo differenzia¹³³. Un connotato di unicità che, secondo le parole del legislatore dovrebbe consistere farsi testimonianza di civiltà¹³⁴. Ovverosia l'essere dimostrazione immanente di valori¹³⁵ ad esso incorporati che, ancorché non normativamente individuati e materialmente nemmeno tangibili¹³⁶, risultino selettivi ed al contempo distintivi del patrimonio storico-artistico¹³⁷. Il legislatore, in altre parole, dà per presupposto il compendio valoriale che afferisce i beni di interesse storico-artistico, che, come detto, non è compito della scienza giuridica individuare ma semplicemente raccogliere dalle diverse discipline sociali che interagiscono nella materia *de qua*.

Un elemento che emerge allora in positivo dalla ricognizione normativa di quelli che dovrebbero essere beni culturali è l'infungibilità degli stessi. Proprio in ragione della circostanza per cui si crea un legame inscindibile e valoriale tra il bene culturale

¹³³ Si pensi ad esempio, ad un comune vestito che sia stato indossato da un famoso personaggio storico, ovvero ad una danza tradizionale.

¹³⁴ Si badi bene che un tale connotato vale a definire secondo il riconoscimento normativo il bene culturale anche tra gli oggetti giuridici che si pongano al di fuori dei limiti riconosciuti a livello codicistico. Infatti, si può ritenere che laddove vi sia il riconoscimento di questi determinati valori predicati in capo al patrimonio di rilievo storico-artistico, si possa a buon conto ritenere che il bene identificato a livello normativo in questi termini sia un bene culturale in senso proprio.

¹³⁵ Come si è detto *supra*, la nozione di “testimonianza materiale avente valore di civiltà” viene per la prima volta utilizzata nella dichiarazione I della c.d. Commissione Franceschini («Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio»). Successivamente è poi venuto meno il requisito della “materialità” della cosa, abolito con le definizioni introdotte dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

¹³⁶ In punto, ancora A. BARTOLINI, *op. cit.*

¹³⁷ Come si è visto, infatti, la definizione propria dei valori giuridici incorporati al bene culturale sfugge la materia strettamente giuridica per andare ad abbracciare altre branche della scienza.

unitariamente considerato ed il supporto materiale che eventualmente sia presente¹³⁸, si produce una insostituibilità di quel rapporto oggetto-valore¹³⁹. Questa impronta lasciata sulla *res*¹⁴⁰ da un lato è criterio discrezionale rispetto agli altri beni comuni e fungibili, dall'altro è fonte di un *valore* che ne denota l'importanza all'interno dell'ordinamento giuridico – e dunque, ragionando in termini pure economici, un prezzo più o meno elevato nel borsino di riferimento. È, infatti, l'infungibilità a creare la pregevolezza nel mercato¹⁴¹. Un'altra caratteristica delle cose d'interesse storico-artistico è pure, come si anticipava, la relativa irrilevanza del regime proprietario¹⁴²: l'oggetto che assuma le caratteristiche di interesse previste dal legislatore risulta meritevole di tutela a prescindere da chi ne sia il

¹³⁸ Ma che si è detto non essere elemento indefettibile in quanto i beni culturali si caratterizzano per l'immaterialità del valore riferibile al bene. Il legame, allora, può riconnettersi più latamente alla manifestazione esteriore di quei valori che caratterizzano il farsi testimonianza del bene culturale.

¹³⁹ Il valore può formare oggetto di testimonianza anche se non incorporato in un bene fisico, ma diviene rilevante in quanto inerente ad un bene giuridico costituito dalla manifestazione esteriore, anche in quanto atto o attività culturale.

¹⁴⁰ Si usa il termine, come peraltro si è già anticipato, in questo caso in senso giuridico a definire l'oggetto di rilievo normativo che può essere costituito di per sé anche dallo svolgimento di una attività, come può essere, ad esempio, il caso di una ricorrenza atavica che si svolge con cadenza annuale come nel caso delle feste popolari.

¹⁴¹ Si pensi ad un pacchetto azionario che consenta il controllo di una compagine societaria, passando dal 49% al 51%. Verosimilmente, colui che è già intestatario della quota minoritaria cercherà di accaparrarsi la maggioranza. Ma proprio perché consente il controllo sociale, il 2% delle azioni diviene quindi del tutto diverso dallo stesso numero di azioni in qualsiasi altra condizione di mercato; ragione per cui quel dato pacchetto azionario verrà scambiato ad un prezzo notevolmente superiore al suo valore nominale. Un parallelo può dunque essere intessuto discorrendo del patrimonio storico-artistico, che appare denotato di un pregio specifico proprio per la sua infungibilità, che ne è al contempo l'elemento connotativo e costitutivo, seppur non in termini economici, ma prima di tutto giuridici

¹⁴² Per l'approfondimento delle riflessioni in ordine al regime proprietario, oltre alla dottrina già citata, cfr. pure N. GRECO, *Stato di cultura e gestione dei beni culturali*, Bologna, 1981, in particolare pag. 184 e ss. dove si affronta la questione di come lo statuto del bene culturale possa venire a influenzare il titolo proprietario che può inerire direttamente all'oggetto di tutela.

titolare o gerente in un dato momento¹⁴³. Normativamente, infatti, è previsto dal d.lgs. n. 42/2004 che siano “*beni culturali le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro*” (art. 10, comma I) ovvero anche quelle appartenenti ai privati per i quali sia intervenuta la “*dichiarazione di interesse culturale*” di cui all’art. 13 del medesimo decreto.

A questi due profili fa da contrappunto la necessità che l’impronta che garantisce al bene questa sua peculiare caratteristica permanga nel corso del tempo¹⁴⁴. Si tratta, in altre parole, di preservare il tratto di infungibilità e dunque, della necessità che i beni culturali debbano essere specificamente tutelati proprio per poter essere lasciati in consegna intatti – o, se possibile, migliorati – alle generazioni future. La *traditio* è un altro degli elementi fondamentali da tenere in considerazione nell’approntare lo gli assi cartesiani in ordine ai quali definire in positivo la fisionomia del bene culturale: ogni proprietario, possessore o mero detentore del bene ne è semplice amministratore per il tempo in cui la cosa gli viene affidata¹⁴⁵. Il suo compito principale, che si assume nel momento stesso in cui si acquisisce

¹⁴³ Cfr. M. CAMMELLI, *L’ordinamento ...*, *op. cit.*, afferma in particolare che “*testimonianza di civiltà, carattere identitario e limiti al regime proprietario, pur nei profondi mutamenti avvenuti negli ultimi decenni, sono ancora oggi alla base della definizione e del regime del bene culturale*”.

¹⁴⁴ Anzi si può giungere a riflettere intorno alla circostanza per cui il *proprium* del bene culturale sia proprio essere predicato di una determinata necessità di essere mantenuto intatto (e come si vedrà pure valorizzato). Dacché si può giungere a dedurre come il riconoscimento legislativo quale essere testimonianza avente valore di civiltà può dirsi sussistente anche a prescindere dall’annoverare tipicamente il bene quale oggetto avente un predicato di culturalità. Al fine che interessa, sarà sufficiente che il disposto normativo venga a riconoscere l’entità giuridica in considerazione quale meritevole di specifica tutela.

¹⁴⁵ Vi è allora chi ha addirittura teorizzato che “*quello culturale è un bene misto, privato e pubblico allo stesso tempo: è privato se sia inteso quale supporto materiale apprezzabile e disponibile da chi lo possedga, è pubblico in quanto comunque appartiene a un patrimonio collettivo*”, cit. G. BOSSI, *L’impresa culturale*, Bologna, 2017. Pare che la teorizzazione fatta dall’Autore si basi senz’altro sulla concezione gianniniana di bene culturale quale astrazione rispetto al sostrato fisico cui il bene appartiene. Nondimeno, la trattazione non si sofferma puntualmente sul problema, portando avanti il discorso dal punto di vista più marcatamente economico rispetto alla trattazione giuridica. M.S. GIANNINI, *op. cit.* distingue invece la proprietà pubblica in senso soggettivo da quella in senso oggettivo. Solo per la prima la titolarità del bene è in mano pubblica, laddove i beni culturali rientrerebbero invece nella seconda categoria. In quanto di interesse collettivo, infatti,

la disponibilità della *res*¹⁴⁶, è dunque conservarla e preservarla per le future generazioni. In questo senso si profila l'ulteriore significato di quel modo d'essere pubblici per fruizione che è proprio dei beni oggetto di studio, poiché non vi è mai una disponibilità piena sugli stessi da chi ne sia proprietario¹⁴⁷. Così, anche nell'ambito nel quale si vuol irreggimentare la presente ricerca, ci si concentrerà su quei tratti eminentemente pubblicistici che paiono essere connotativi del patrimonio storico artistico. Ciò non vuol dire, tuttavia, che si ometteranno di considerare gli strumenti privatistici di gestione dei beni culturali, bensì che si dovrà di tenere sempre in considerazione teleologicamente il vincolo di scopo dell'oggetto di studio, di conseguenza plasmando di volta in volta la fattispecie attraverso cui veicolare la gestione¹⁴⁸ dei beni culturali.

tali beni non sono mai totalmente privati ma debbono sempre mantenere la propria funzione sociale, tant'è che, come si è dato conto nella trattazione che precede, l'Autore afferma come “*il bene culturale è pubblico in quanto a fruizione, e non di appartenenza*”, pag. 31, cit.

¹⁴⁶ La disciplina non reca, infatti, alcun discrimine temporale circa il momento in cui le garanzie e limitazioni approntate a favore dei beni culturali divengono effettive in caso di traslazione nella disponibilità dell'oggetto. Proprio per il carattere immateriale del vincolo di interesse culturale, quest'ultimo segue la cosa automaticamente e senza soluzione di continuità.

¹⁴⁷ Queste limitazioni allo statuto proprietario, come si accennava, costituiscono in prima battuta il vero e proprio riconoscimento della culturalità del bene, posto che vengono a sottoporlo al regime peculiare delle cose di interesse storico-artistico.

¹⁴⁸ Sull'utilizzo di questo termine, di natura ibrida tra conservazione e valorizzazione del bene culturale si tornerà più oltre nello studio.

.V. I limiti all'utilizzazione del patrimonio culturale ed i parametri in negativo di ricerca.

Secondo un autorevole quanto risalente dottrina, l'ordinamento giuridico individua "gli interessi degni di essere tutelati in modo particolare, attraverso un adeguato regime dei beni che hanno l'attitudine a soddisfarli"¹⁴⁹. In tal modo si stabilisce una relazione diretta e biunivoca tra la funzione collettiva del bene ed il relativo regime giuridico¹⁵⁰. Nella gerarchia normativa, è noto che, l'art. 9 della Costituzione tutela il patrimonio culturale, laddove l'art. 42 tutela invece la proprietà privata¹⁵¹. Si può allora dire che il bene culturale, che come visto pur essendo anche privato rimane pur sempre pubblico quanto a fruizione, pone intrinsecamente in tensione questi due interessi giuridici che meritano tutela nell'ambito del disegno dei padri costituenti¹⁵². Per comprendere come si attui nel concreto il contemperamento di queste posizioni giuridiche rilevanti, occorre, allora, avere innanzitutto chiaro cosa si intenda per bene giuridicamente rilevante, per poi analizzare quali sono i limiti connaturati ad una categoria speciale di oggetti come quelli all'attenzione, predicati essenziali dei beni di titolarità dei soggetti pubblici ma rilevanti

¹⁴⁹ S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, pag. 26, cit. L'Autore non riferiva l'inciso allo specifico caso dei beni culturali quanto, piuttosto, ai beni pubblici in generale.

¹⁵⁰ È, in altre parole, il regime giuridico cui sono ammantati gli oggetti di tutela che, in definitiva li qualifica. Il che non rasenta la tautologia, bensì consente di definire il bene culturale proprio per la stretta utilità che questo viene ad assumere all'interno della collettività di riferimento. Il regime di tutela eventualmente riconosciuto, infatti, è direttamente pertinente alla funzione sociale che il legislatore ha ritenuto rilevante nella considerazione della tutela dei beni culturali quali elementi sui quali reggere la società pluralista che trova il proprio riconoscimento, *in primis*, nella Costituzione.

¹⁵¹ F. MERUSI, *Articolo 9*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, sottolinea come il rapporto tra le due norme anzi citate non possa essere definito come regola generale e regola particolare, bensì le due proposizioni si attesterebbero nell'ottica di una reciproca indifferenza. In tale ottica, allora, ecco che non si può definire in via astratta ed aprioristica una graduatoria dei beni costituzionalmente tutelati, seppur non si possa mancare di sottolineare, quale dato esegetico fondamentale, il fatto che la tutela del patrimonio culturale sia posta tra le norme di principio della carta fondamentale laddove è previsto che la proprietà privata, per quanto riconosciuta e tutelata, sia comunque assoggettata al vincolo finalistico dell'utilità sociale.

¹⁵² Più in generale, si deve ammettere che il vincolo teleologico che ammantava i beni culturali si pone in conflitto potenziale con l'assolutezza e la libera disponibilità che invece sono predicati tradizionali del rapporto proprietario che lega titolare del diritto ed oggetto del diritto stesso.

oltremodo anche qualora si tratti di beni invece di proprietà di cittadini o entità di diritto privato. Sono infatti i limiti posti a definire e differenziare il regime giuridico delle cose d'arte rispetto agli oggetti che non sono invece vincolati teleologicamente¹⁵³.

Il primo ed indefettibile elemento da cui prendere le mosse è la nozione di bene, per dare prova di come il sostrato materiale non sia da considerarsi sempre e comunque un presupposto fondamentale per predicare il requisito della “culturalità” come testimonianza immanente di valori costituzionalmente tutelati. Infatti, si legge in dottrina di come l'identità culturale “è connessa ad un valore ideale che risulta profondamente compenetrato nell'elemento materiale”¹⁵⁴. Ora, può condividersi l'idea che le cose, per formare oggetto del diritto debbono essere intrinsecamente valutate come oggetto di tutela riconosciuta dall'ordinamento giuridico o strumenti di utilità apprezzati ad esempio dalla dottrina economica¹⁵⁵. Un ulteriore tassello è poi costituito dai rapporti che legano diverse cose, che possono essere a loro volta intesi in senso “fisico(*parte/tutto*) o funzionale (*principale/accessorio*) o economico (*res/universitas rerum*)”¹⁵⁶. Ora, il diritto di proprietà si caratterizza, secondo una ricostruzione piuttosto pacifica in dottrina per la immediatezza,

¹⁵³ Pare, infatti, siano questi limiti che disegnano, *ab externo*, il bene culturale, venendone a definire il regime suo proprio. Come si è detto la prima azione che deve essere predicata nei confronti dei beni di interesse storico-artistico è la tutela da agenti esterni rispetto a quel nucleo valoriale che costituisce l'essere proprio di questa categoria speciale di oggetti giuridici.

¹⁵⁴ P. FERRI, *op cit.*, pag. 218, cit.

¹⁵⁵ Non si entra, per questioni di continenza, nell'annoso dibattito imperniato tra la distinzione di oggetto giuridico e bene giuridico, laddove il secondo sarebbe solo quell'oggetto che possa essere fatto estremo dell'esercizio di posizioni di diritto. Cfr. B. BRONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1953. Ai fini che interessano, si può tuttavia convenire che l'oggetto giuridico è quell'estremo materiale o anche solo quella attività che, oggetto della normazione primaria o secondaria, assume una autonoma rilevanza nell'ordinamento essendo dotata di un proprio statuto di disciplina.

¹⁵⁶ A. LA TORRE, *Il bene «duale» nella teoria delle cose*, in *Giustizia civile*, V, 2008, pag. 267, cit. L'Autore distingue poi la cosa “semplice” quale porzione definita ed omogenea, la cosa “composta” quale somma di cose tra loro congiunte e la cosa collettiva, ovvero la *universitas* caratterizzata per essere l'insieme delle cose corporali a destinazione unitaria. Il legame che lega le cose, allora, sarebbe fisico per quelle composite, ideale per quelle collettive, laddove la cosa semplice sarebbe “considerata dal diritto una «unità» non perché piccola ... o indivisibile ... ma perché è *res omogenea in sé compiuta, ossia esistente in natura o prodotta dall'umo per quella che è*” pag. 269 cit.

quale possibilità del proprietario di esercitare in via diretta poteri sulla *res*; per l'assolutezza, quale divieto nei confronti dei consociati di interferire con il *dominus* nella disposizione del bene, e per l'inerenza, come opponibilità del diritto verso chi possa vantare sullo stesso una posizione giuridica qualificata¹⁵⁷. La cosa in sé è “*l'elemento materiale del concetto giuridico del bene, attraverso l'interesse che l'ordinamento tende a tutelare, attribuendo al soggetto un determinato diritto*”¹⁵⁸. Anche le cose d'arte, quantomeno nell'impostazione della c.d. Legge Bottai erano considerate beni in senso giuridico e materiale. In altri termini, la legge n. 1089/1939 attribuiva rilevanza ai fini della considerazione culturale del bene se ed in quanto afferente ad un sostrato materiale cui l'interesse di tipo eminentemente estetico accedeva. Come si accennava, successivamente, onde addivenire ad una valenza definitoria che potesse trascendere la mera materialità del bene, successivamente alla legge n. 1089 si è cominciato, dapprima in dottrina¹⁵⁹, ad allontanarsi dalla concezione materiale della “cosa d'arte” per avvicinarsi

¹⁵⁷ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, pag. 275, cit. Queste caratteristiche specifiche, peraltro, non variano al variare della natura giuridica pubblica o privata del soggetto titolare del diritto di proprietà. Varia invece il regime giuridico e gli oneri ad esso relativi, specie in relazione ai beni culturali, come si avrà modo di vedere.

¹⁵⁸ S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, pag. 192, cit.

¹⁵⁹ Estremamente rilevanti le riflessioni proposte da M. GRISOLIA, *op. cit.*, che inizia ad intravedere, con riferimento alle caratteristiche della demanialità come la tutela dei beni si consegue attraverso l'imposizione e la permanenza di un vincolo di pubblica utilità sugli stessi. Successivamente, questo concetto fu sviluppato da A.M. SANDULLI, *Beni pubblici, ..., op. cit.*, ove l'autore afferma la sussistenza di veri e propri poteri *propter rem* dell'amministrazione sui beni culturali in virtù delle finalità di pubblico interesse che la tutela degli stessi impone. Si incomincia così ad inverarsi in dottrina il passaggio dalla cosa d'arte al bene culturale come *quid pluris* slegato dalla mera estrinsecazione materiale del bene per andare oltre verso l'analisi della specifica funzione di testimonianza di civiltà che questi beni assumono all'interno dell'ordinamento. In questo percorso un impulso determinante è sicuramente stato quello dato dal dettato costituzionale del 1948. Non si manca di sottolineare, tuttavia, come diversa dottrina che ha ritenuto la natura costitutiva della dichiarazione di rilevanza culturale, essendo frutto di una valutazione ampiamente discrezionale da parte della P.A. competente. Cfr. F.S. MARINI *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002 il quale sottolinea in particolare come la valutazione discrezionale di attribuzione di rilevanza culturale del bene sia suscettibile di mutare nel corso del tempo, ben potendo essere revocata in seguito ad una nuova – e differente – ponderazione della rilevanza storico artistica della *res*.

progressivamente alla nozione di “bene culturale” quale oggetto giuridico¹⁶⁰ dotato di una caratteristica immanente che ne denota la caratteristica di testimonianza di civiltà¹⁶¹. In tale ottica, risulta chiaro che “l’atto che individua il valore culturale non aggiunge al bene “qualità di pubblico interesse non indicate nella sua indole e acquistate per la sola forza di un atto amministrativo discrezionale” ma si limita ad accertare l’esistenza “delle situazioni presupposte rispetto a singoli soggetti e singoli beni”. In altri termini, l’atto non attribuisce al bene il requisito della culturalità ma si limita a “certificare” la qualità culturale del bene ed è dunque ascrivibile alla categoria degli atti aventi efficacia meramente dichiarativa”¹⁶².

Proprio partendo da questi assi cartesiani alla ricerca di cosa sia il bene culturale risulta di particolare interesse non fermarsi solamente al mero dato formale, individuando i beni di interesse storico artistico in quei peculiari oggetti giuridici che si vedano dichiarato formalmente il requisito della “culturalità” dovendosi invece ricercare uno schema valido in termini generali per comprendere come individuare in astratto ed *ex ante* l’appartenenza a questa categoria di beni¹⁶³. Come si ha avuto modo di vedere, un tanto è stato frutto di riflessioni che si sono portate avanti in molti decenni, alle quali in questa sede si può solo accennare. Invero, nei primi anni dall’adozione della legge fondamentale, pare essere invalsa una interpretazione riduttiva dell’art. 9 Cost., da autorevole dottrina definita come “estetizzante”, volta cioè a nulla più che una costituzionalizzazione del disposto della legge

¹⁶⁰ Rilevante in quanto riconosciuto a livello normativo anche con la formula indiretta costituita dall’aver predicato un regime speciale di tutela sul bene inteso in senso lato.

¹⁶¹ Dal bene in senso materiale, insomma, l’attenzione si sposta verso il concetto di bene in senso giuridico quale oggetto di attenzione normativa ai fini della relativa disciplina e tutela.

¹⁶² A. IACOPINO, *op cit.* pag. 33, cit. ove l’Autrice si richiama espressamente alla pronuncia della Corte costituzionale 29 maggio 1968, n. 56

¹⁶³ Una elencazione mera di quelli che sono i beni culturali, infatti, non potrà che apparire insoddisfacente. Tuttavia, proprio individuando quali sono i limiti connaturati a questa particolare categoria di oggetti giuridici. Cfr. A. CATELANI – S. CATTANEO – P. STELLA RICHTER (a cura di), *op. cit.*, specie pag. 631 ove si propone una analisi critica della formula dell’elencazione ripresa nel d.lgs. n. 490/1999 dalle leggi Bottai. Si sottolinea, in particolare, come il metodo possa risultare in sé e per sé insoddisfacente per una analisi compiuta di quelle che sono le caratteristiche del patrimonio di interesse storico-artistico.

Bottai¹⁶⁴. Ciò che invece è in seguito risultato evidente è come l'art. 9 della Costituzione crei nuovo impulso, attraverso la sua lettura unitaria, verso una ridefinizione del patrimonio culturale in veste sia statica che dinamica dando rilievo a quel tessuto polisemico che è proprio dei valori fondanti che stanno alla base della Carta fondamentale¹⁶⁵. *Leit motif* comune a queste considerazioni è quello del superamento della ormai antistorica distinzione tra promozione e tutela, tra logica statica e matrice dinamica nello statuto dei beni culturali¹⁶⁶. In altre parole, emerge con sempre maggiore chiarezza come non sia possibile reale tutela senza contestuale valorizzazione¹⁶⁷.

Nell'individuare un metodo di valenza definitoria delle caratteristiche del bene culturale sono, allora, di fatto prospettabili essenzialmente due vie. La prima consiste nell'elencarne i caratteri specifici di interesse che lo distinguano da un oggetto di pari qualità, ossia prodursi in una pedissequa esposizione di quelle che sono appunto le sue caratteristiche¹⁶⁸ che individualmente o collettivamente imprimono il vincolo sul bene¹⁶⁹. In questo modo si

¹⁶⁴ D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D. D'ORSOGNA – P.L. SACCO – M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in *Arte e critica*, XXI, supplemento al n. 80/81.

¹⁶⁵ Viceversa, non si ritiene possa trovare accoglimento la lettura dell'art. 9 Cost. che vorrebbe il dettato normativo scisso in due poli distinti, secondo una visione delle cose d'arte statica (al comma II) cui si contrappone una visione dinamica della valorizzazione (di cui al comma I).

¹⁶⁶ Il superamento di questa distinzione si deve principalmente a F. MERUSI, *sub art. 9 op. cit.* secondo il quale i beni culturali, al pari di quelli paesaggistici non vanno intesi quali meri oggetti passivi di conservazione, ma come strumenti da utilizzare per la promozione dello sviluppo culturale dello Stato-Nazione.

¹⁶⁷ In questi termini, infatti, si è sostenuto l'ingresso nell'ordinamento di una “nozione ambientalista” dei beni culturali, cfr. M. AINIS – M. FIORILLO, *Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2008. Gli Autori sottolineano pure la circostanza che il nuovo schema ordinamentale regionale abbia di per sé aiutato lo sviluppo della nozione moderna di bene culturale proprio sulla scorta della legislazione che le regioni nel tempo sono riuscite a produrre.

¹⁶⁸ Difficile, in questi termini, non rischiare di tornare verso quella concezione estetizzante dalla quale ci si voleva allontanare con l'*acquis* anche giurisprudenziale in materia.

¹⁶⁹ Il riferimento, semmai, era maggiormente aderente al metodo che ispirò il legislatore del 1939. Basti pensare all'art. 2, comma I, lett. b) della l. n. 1089/1939 ove si ponevano sotto tutela gli oggetti che, pur non avendo specifica rilevanza di per sé, avessero nondimeno un collegamento “*con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere*”.

produce una elencazione analitica delle forme di espressione del patrimonio di rilevanza storico artistica che, in un dato momento, sono ritenute meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. La conseguenza di questa metodologia è la rendicontazione puntuale del patrimonio culturale nella sua interezza¹⁷⁰, o quantomeno nella ricostruzione non sistematica delle caratteristiche individualmente rilevanti ai fini della sua ricognizione¹⁷¹. Così, la costituzione del patrimonio storico artistico è opera dell'amministrazione cui è demandata una sorta di elencazione¹⁷² dei singoli beni i quali, a prescindere dalla titolarità, posseggano uno *status* giuridico peculiare in recepimento del modo di sentire contingente

¹⁷⁰ Appare sin da subito evidente, tuttavia, come con questo metodo in realtà non si riuscirà mai ad afferrare compiutamente quello che sia il patrimonio culturale in tutta la polimorficità che lo rappresenta, potendosi solo avvicinare ad una considerazione il quanto più possibile inclusiva. In ogni caso, per quanto possa essere accurato scientificamente, questo metodo sconta il difetto di non riuscire a ricostruire in maniera sistematica le caratteristiche comuni del patrimonio di rilievo storico-artistico. Ciò che manca, infatti, è un minimo comune denominatore.

¹⁷¹ Manca, infatti, a questa metodologia operativa, un ordine di sistematicità che vuole spiegare quali siano gli elementi sulla base dei quali avviene l'individuazione delle caratteristiche in parola.

¹⁷² In vigore della l. n. 1089/1939 la tutela dei beni culturali era rimessa alla collocazione del bene in diverse classi piuttosto generiche di limitazione o divieto di utilizzo. Per mezzo della procedura di notifica ministeriale poi, sulla base di scelte discrezionali della pubblica amministrazione si potevano estendere le misure di tutela previste per il patrimonio pubblico anche ai beni dei privati. Gli articoli 4 e 58 della legge, in particolare, prevedevano di stilare elenchi descrittivi di beni pubblici non statali o di titolarità di persone giuridiche senza scopo di lucro. Nell'idea del legislatore, questa catalogazione avrebbe dovuto garantire la razionale tutela, approntando al contempo la certezza del regime giuridico del bene. È peraltro un fatto che tale sistema ad elenchi non sia poi nei fatti mai stato compiutamente realizzato (cfr. C. VOLPE, *Articolo 12. Verifica dell'interesse culturale*, in G. LEONE – A.L. TARASCO (a cura di) *Commentario al codice dei beni culturali*, Padova, 2006 pag. 153 ss. e bibliografia ivi citata). Successivamente, il testo unico d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352" riproduceva più o meno testualmente l'obbligo di elencazione, mentre il successivo d.P.R. 27 settembre 2000, n. 283 "Regolamento recante disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artistico" estendeva l'obbligo di compilazione degli elenchi alle amministrazioni statali per le quali fossero previsti obblighi di dismissione o valorizzazione. Oggi, l'art. 17 del d.lgs. n. 42/2004 prevede l'emanazione di un decreto ministeriale che definisca le modalità di catalogazione; ad oggi, tuttavia tale norma di legge non ha avuto trovata attuazione.

che fa sì che il bene culturale sia inequivoco figlio del proprio tempo¹⁷³. Nei fatti, tuttavia, questo compito non è affidato alla scienza giuridica, dacché come si è visto il contenuto del valore culturale del bene, in un'ottica non più estetizzante, è definito da quelle branche della produzione scientifica che si occupano specificamente del tema. In altre parole, seppur dettando delle linee guida generali, si demanda alla concreta opera certificatrice della P.A.¹⁷⁴ sulla scorta delle risultanze che emergono da un'analisi che prende il passo da discipline settoriali, la singola individuazione del rilievo culturale dei beni¹⁷⁵. Il metodo di studio, così tratteggiato rischia però di avere più di un difetto, specie laddove interpretato in maniera eccessivamente rigida. Da un lato, infatti, le elencazioni possono prestarsi giocoforza a divenire eccessivamente restrittive – se stilate in maniera pedissequa e puntuale, ovvero se redatte da un amministratore che, per quanto solerte, non riuscirà mai in una impresa così ardua¹⁷⁶ – o eccessivamente lasche, ove ci si limitasse ad una

¹⁷³ In questo senso, il concetto si riconduce a quella ricostruzione in termini di “nozione liminale” nel senso precisato da M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, *op. cit.*

¹⁷⁴ Il riferimento è alla disposizione di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 42/2004 che delinea un procedimento di verifica dell'interesse culturale che sfocia in una dichiarazione dell'interesse culturale del bene. Solo tuttavia quando tale dichiarazione viene formalmente notificata al proprietario questa diviene efficace, alla stregua di un atto recettizio *ex art. 21-bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241. I testi previgenti, a partire dall'art. 53 del r.d. 30 gennaio 1913 n. 363 non prevedeva alcuna dichiarazione per imporre l'intangibilità del bene culturale, risultando sufficiente una mera dichiarazione da indirizzarsi ai proprietari. Successivamente, la necessità di una dichiarazione espressa è intervenuta con la legge 11 giugno 1922, n. 778, ove l'art. 1 afferma che “*sono dichiarate soggette a speciale protezione le cose immobili la cui conservazione presenta un notevole interesse pubblico a causa della loro bellezza naturale o della loro particolare relazione con la storia civile e letteraria*”. Non contribuiva poi a chiarire le cose (cfr. N. PAOLANTONIO, *I beni culturali, beni paesaggistici e tutela dell'ambiente*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, pag. 689) la circostanza che la successiva legge n. 1089/1939 facesse riferimento ad una notificazione quale provvedimento dal carattere frammisto, che inglobava valutazioni eminentemente tecniche ad apprezzamenti amministrativi discrezionali. Il primo a parlare di procedimenti di *certazione* fu però M.S. Giannini nel suo corso “*I beni pubblici*” con una teoria poi specificata nel successivo saggio, già precedentemente citato, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976.

¹⁷⁵ Il metodo operativo anzi descritto, invero, consiste nella cristallizzazione amministrativa dei risultati esegetici delle scienze umane applicate ai beni culturali.

¹⁷⁶ L'obbligo di rendicontazione dei beni di interesse culturale che la legge 1089/1939 imponeva alle pubbliche amministrazioni non statali era di fatto rimasto lettera morta, posto solo pochissime

enumerazione generica composta da intere categorie di beni senza individuazione puntuale di ciò che realmente rappresenti una testimonianza immanente di civiltà. Risulta per di più complesso individuare *ex post* quelli che sono i criteri generali che possano dirsi caratterizzanti del patrimonio di interesse storico-artistico. L'accertamento diretto da parte delle P.A., nondimeno, presenta tuttavia un valore apprezzabile in termini di sicurezza nella circolazione delle situazioni giuridiche soggettive, che ha i suoi vantaggi nella misura in cui consente a chiunque si interfacci con un bene culturale di avere cognizione del regime peculiare cui è sottoposto l'oggetto di studio¹⁷⁷. Nondimeno, si rischia così pure di oberare l'amministrazione che potrebbe arrivare tardivamente all'individuazione e catalogazione di un bene minacciato¹⁷⁸. In altre parole, lo strumento dell'elencazione tassativa rischia di usare una rete a maglie troppo larghe o, al contempo, una rete a maglie troppo strette.

Dal punto di vista scientifico, poi, come si accennava un metodo di elencazione esemplificativa non consente di ricostruire un perimetro valevole in linea generale per definire l'oggetto della ricerca, posto che, salvo rari casi (ad es. il vincolo monumentale sui centri storici con più di settant'anni impresso in via generale), non si rivengono principi

amministrazioni avevano effettivamente proceduto a stilare le liste, che peraltro non sempre risultavano puntuale rappresentazione della situazione patrimoniale degli enti stessi. Invece *“la catalogazione, che pure era considerata essenzialmente un'attività facoltativa e marginale, avrebbe dovuto essere valorizzata in quanto strumento per la realizzazione di una tutela razionale, programmata e dunque efficace”* sennonché *“il ministero dimostrò subito di essere un apparato sovraccarico, e molti degli organismi da esso dipendenti non di rado mancavano di efficienza”*, E. CAVALIERI, *La tutela dei beni culturali. Una proposta di Giovanni Urbani*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2011, pag. 476 cit.

¹⁷⁷ Ed alle caratteristiche che sono state ritenute rilevanti ai fini della qualificazione dell'oggetto di tutela in termini di vero e proprio bene culturale. Non va, infatti, dimenticato che l'ascrivibilità di un oggetto giuridico alla categoria sua propria comporta l'indubbio vantaggio di riconoscergli quale predicato immediato un regime normativo afferente dotato di una specifica puntualità, sì con riferimento alla sua gestione sia per quanto riguarda la relativa circolazione. Sul rilievo di questa specifica opera di catalogazione con riferimento alle problematiche di circolazione del patrimonio culturale cfr. A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale*, Milano, 2008.

¹⁷⁸ Si pensi ad un elettrodomestico che debba essere costruito a pochi passi di distanza da una villa del cui pregio storico-artistico si discute in fase di accertamento da parte della locale soprintendenza.

normativi generalmente validi sui quali poter basare una ricostruzione degli elementi qualificanti del patrimonio culturale¹⁷⁹.

Per queste ragioni, si è inteso proporre quale elemento analitico nella ricerca un diverso punto prospettico, che parte certo dal dato letterale, ma cerca di astrarre alcune caratteristiche tipiche del bene culturale. Un tanto, senza volontà di creare un modello valevole in linea generale per l'individuazione del patrimonio storico-artistico, bensì con l'obbiettivo, come detto, di individuare le migliori modalità¹⁸⁰ della sua valorizzazione e, più in generale, gestione. Solo comprendendo, infatti, quali siano i caratteri distintivi del patrimonio culturale si può comprendere come questo debba essere utilizzato, valorizzato e gestito¹⁸¹. Lo spunto teorico nell'avvicinarsi alla questione non può che avvenire attraverso le due caratteristiche delle quali si è detto in apertura, ossia l'immaterialità del valore culturale e la sua destinazione connaturata alla pubblica fruizione.

¹⁷⁹ Non ci si può spingere, per questioni di sinteticità della trattazione, all'compiuta analisi del diritto dei beni culturali a livello europeo. Ci si limita a ricordare come dopo il Trattato di Lisbona, l'art. 167 T.F.U.E. preveda che *“l'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: — miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, — conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, — scambi culturali non commerciali, — creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: — il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; — il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni”*.

¹⁸⁰ In relazione al risultato che ci si prefigge di caso in caso

¹⁸¹ In questo modo, infatti, si potrà delineare una fisionomia che, per quanto nell'impossibilità di abbracciare tutte le molteplici sfaccettature del patrimonio di interesse storico-artistico, possa rendere delle direttrici operative al momento in cui si debbano proporre delle operazioni che abbiano quale estremo di utilizzo i beni culturali. Comprendendo cosa si possa o non possa fare con un oggetto giuridico, infatti, si finisce *ab externo* con l'individuare di fatto anche uno statuto ben preciso.

.VI. Segue. I parametri della ricerca in negativo: il bene culturale quale elemento materiale di interessi di natura immateriale e pubblica.

Alla luce delle caratteristiche di cui si è ora riferito circa immaterialità e pubblicità del dei beni culturali, occorre dunque porre attenzione a quelli che sono i limiti legislativamente imposti (siano essi di modifica, alla circolazione, per la conservazione o di diverso tipo) nella fruizione di questa particolare categoria di beni. In tal modo si potrà avvicinare la ricostruzione dell'oggetto primario con una sorta di ricerca in negativo¹⁸². Questo *modus operandi* consente di trarre utili conclusioni circa le modalità di trattamento di questa particolare categoria di beni, poiché comprendendo cosa non si può fare con un bene si conosce, in via indiretta, pure quello che è consentito con lo stesso. In altri termini, si mira alla ricostruzione le modalità di utilizzo dei beni culturali nei loro tratti essenziali procedendo per identità e differenza, andando ad individuare selettivamente anzitutto cosa non si può fare con (o sul) bene stesso¹⁸³. La convinzione che muove questa scelta giace nel fatto che solo conoscendo i limiti posti alla fruizione patrimonio storico artistico si può capire sino in fondo come poterlo valorizzare senza distorcere quel vincolo immanente che lo caratterizza¹⁸⁴. Infatti, vi è sempre maggiore consapevolezza di come l'elemento di rilevanza sociale opererebbe quale limite esterno al diritto di proprietà¹⁸⁵, andando a

¹⁸² Spunti per un simile approccio di studio sono forniti ad esempio da M. CAMMELLI, *Qualche appunto in tema di imprese culturali*, in *Aedon*, 2/2017, il quale per la definizione termine "culturale": *se in linea di principio questo profilo è di tale ampiezza da poter essere definito solo in negativo (attraverso ciò che ne è privo)*". L'Autore, invero, si riferisce alla questione dell'individuazione dell'oggetto di azione delle imprese culturali, senza poi adottare effettivamente un approccio per identità e differenza nella ricerca definitoria che riguarda la trattazione. Si prende tuttavia atto di come la materia *de qua* si presenta effettivamente come complessa per poter procedere con un approccio analitico tradizionale.

¹⁸³ Partendo in questo caso dalla nozione di bene in senso giuridico.

¹⁸⁴ Ed un tanto sulla base della consapevolezza che il patrimonio culturale debba, anzitutto andare oggetto di tutela e valorizzazione siccome questi precisi predicati sono indicati già a livello di statuto costituzionale delle cose d'arte.

¹⁸⁵ In termini A. IACOPINO, *op. cit.*, pag. 46 ove si critica la prospettiva nella misura in cui si nega che un elemento esterno, quale il limite all'utilizzo, possa venire a disciplinare il modo di essere del bene culturale. Invero, tuttavia, pare che più di un limite esterno, si tratti di un vero e proprio statuto giuridico dei beni culturali che rimanda alla loro intrinseca natura. In questi termini, allora, i limiti più che disciplinare *ab externo* cosa sia un bene culturale, non sono altro che l'ostensione visibile della relativa natura. Preme

definire in maniera netta i relativi contorni. In questi termini, non si vuole operare un richiamo alla teoria della proprietà condivisa¹⁸⁶ secondo la quale vi sarebbe un dominio diretto in capo alla parte pubblica ed un dominio utile riservato invece al privato¹⁸⁷. Invero, infatti, l'elemento caratterizzante i limiti apposti al godimento del bene si rifà invece ad una sua caratteristica immanente. Ossia, a dirla diversamente, il bene culturale è l'“*elemento materiale*”¹⁸⁸ di interessi di natura immateriale e pubblica, quali sono gli *interessi culturali*”¹⁸⁹. Sulla medesima linea esegetica si è posta pure la Corte costituzionale, che a partire dalla sentenza 29 maggio 1968, n. 55, ha avuto modo di affermare come i beni culturali “*nascono limitati e conformati in modo che possano esplicare la loro funzione giuridica fondamentale*”¹⁹⁰. Ecco quindi che si comprende come

rimarcare come questi limiti – o meglio oneri – si appuntino a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto che risulti essere titolare del diritto di proprietà.

¹⁸⁶ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, op. cit., peraltro citata in maniera critica dalla stessa A. IACOPINO, op. cit. pag. 46 e ss.

¹⁸⁷ In questi termini, le disposizioni afferenti allo statuto giuridico dei beni culturali, imprimo agli stessi una tale peculiare missione da distorcerne di fatto anche il regime proprietario. La ricostruzione, tuttavia, sott'intende che i poteri riferibili alla compagine pubblica siano derivanti dalla sussistenza di un vero e proprio diritto dominicale sui beni che è connaturato alla natura immanente e pubblica del vincolo all'interesse della collettività impresso su questa particolare categoria di oggetti giuridici.

¹⁸⁸ In questa accezione il termine materiale sta a significare non la tangibilità del bene sottoposto a tutela quanto piuttosto l'essere oggetto dell'interesse normativo al momento della definizione di un compendio di strumenti a tutela di quel valore che ne costituisce, appunto, la ragion d'essere.

¹⁸⁹ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, op. cit., pag. 25, cit.

¹⁹⁰ Il filone giurisprudenziale in parola, in particolare, definisce il bene culturale quale entità che è giuridicamente limitata quanto alla sua fruizione perché estremo di interessi di carattere pubblico che ne denotano la natura in maniera univoca a favore della collettività. In dottrina, sulla teoria della limitazione amministrativa al diritto di proprietà, si è autorevolmente affermato “ *non è possibile che il diritto di proprietà ... si espliciti sempre senza alcun temperamento. Sono molteplici invece i punti per cui è necessario che esistano dei principi generali che pongano a tale diritto dei limiti. ... Il semplice limite ... attribuisce, almeno in linea principale, la pretesa che non si esorbite dalla propria sfera giuridica e non si invada quindi quella degli altri ... funzione propria (del limite ndr) è la tutela di un interesse allo scopo ... di assicurare ad esso quella soddisfazione che è compatibile con gli interessi di altri soggetti che pure hanno bisogno di riconoscimento e di tutela*”, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. I mezzi dell'azione amministrativa*, Milano, 1945, IV, pag. 145, cit.

i beni culturali non nascono dalla compressione, o limite esterno, del diritto di proprietà comunemente inteso, bensì è il loro valore culturale ad estrinsecarsi *ab externo* attraverso delle peculiari limitazioni che si impongono per garantire il permanere della finalità immanente che l'ordinamento giuridico si limita a riconoscere in capo a questa categoria di *res*¹⁹¹.

Sono questi due aspetti uno soggettivo (limiti connotativi che definiscono l'utilizzo dell'oggetto di studio¹⁹²) uno oggettivo (valorizzazione nel rispetto dell'asservimento teleologico del bene) che fungeranno da linee direttrici. In altri termini, si cerca l'equilibrio che consenta di rendere sostenibile il patrimonio culturale senza passare da un estremo all'altro, ossia dall'infruttuosità di qualsivoglia iniziativa sulla *res*, ad uno sfruttamento sicuramente contrario ai principi costituzionali e legislativi¹⁹³. Si è, infatti, in tempi recenti parlato di veri e propri "giacimenti culturali", costituiti da risorse economiche riproducibili e "vendibili"¹⁹⁴. Anche in quest'ottica, allora, si dimostra per altra via l'utilità del percorso esegetico prescelto, che muove dalla consapevolezza che la vera valorizzazione si ha attraverso la tutela e viceversa¹⁹⁵.

Questa metodologia operativa consentirà poi di irreggimentare l'attività dei soggetti privati che, a vario titolo, concorrono nella gestione del patrimonio culturale. Valorizzare il bene nel rispetto del relativo vincolo di destinazione¹⁹⁶ è garanzia della *traditio* e del permanere

¹⁹¹ In questo senso i vincoli di tutela e valorizzazione quali predicati necessari all'interfacciarsi con questa categoria di beni la caratterizzano definendone la fisionomia dall'interno verso l'esterno e non viceversa.

¹⁹² Caratteristica quest'ultima che può essere compendiata nella nozione di tutela del patrimonio culturale propriamente intesa.

¹⁹³ Proprio D. D'ORSOGNA, *op. cit.* Milano, 2015, pag. 6, si domanda se a seguito del rivolgimento anche mediatico degli ultimi anni non si sia passati da un estremo all'altro, da uno stereotipo all'altro, da "con la cultura non si mangia" a "la cultura fattura".

¹⁹⁴ E. CAVALIERI, *op. cit.*, pag. 473 e ss. Altri autori, tuttavia, come detto mettono in guardia dal veloce passaggio dalla nozione del bene culturale come esclusiva fonte di uscita al ritenere il patrimonio storico artistico un vero e proprio giacimento cui attingere a piene mani non solo per auto sostenere la tutela dei beni culturali, bensì anche quale fonte di entrata vera e propria per le casse dello stato.

¹⁹⁵ Anzi, in tale ottica, si rende evidente cosa si intenda quando si afferma che il bene culturale nasce limitato, ove il suo statuto giuridico ne definisce come intrinsecamente connaturato alla sua natura il dovere dell'ordinamento di predisporre strumenti di tutela e valorizzazione.

¹⁹⁶ Che, a sua volta, è connaturato nell'essere pubblico quanto a fruizione.

della natura immanente di testimonianza al contempo consentendone pure la *traslatio*¹⁹⁷ ove necessaria e giuridicamente ammissibile.

Si è poi discusso se possa apporsi vincolo non solo sui beni ma pure su determinate attività (classico esempio ne sono i locali storici). Anche in questo caso, pare che l'analisi dei limiti di vincolo imposti possa rendere risultati significativi nel definire la fisionomia del bene culturale: *“se, infatti, l'interesse culturale che ha giustificato il vincolo è dettato dalla destinazione dell'immobile caratterizzata da una particolare attività o uso commerciale, ne discende che questo sarà l'unico uso da ritenere compatibile con i valori tutelati”*¹⁹⁸. Analogo discorso vale per i centri storici che *“non solo rappresenta(no) l'immagine della città, ma esprim(ono) altresì, l'essenziale della nostra storia civile e storica e della nostra cultura”*¹⁹⁹. Insomma, la definizione dei limiti all'utilizzazione dei beni culturali pare essere foriera di notevoli spunti di riflessione anche e soprattutto con riferimento all'evoluzione verso la quale pare muoversi la nozione dei beni oggetto della presente ricerca nei tempi più recenti. Si deve, infatti, ricordare che il primo vincolo sui beni è quello della tutela degli stessi, la quale tuttavia è per le caratteristiche sue proprie connaturata alla relativa valorizzazione.

¹⁹⁷ Sia nel senso di conferimento del bene ad un soggetto terzo che si occupi della gestione, sia nel senso di delega della sola attività gestoria all'esterno ad un soggetto che della gestione stessa possa occuparsi.

¹⁹⁸ A. CROSETTI, *Tutela dei beni culturali attraverso vincoli di destinazione: problemi e prospettive*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, IV, 2002, pag. 260, cit.

¹⁹⁹ R. TAMIOZZO, *Centro storico: rilevanza giuridica positiva di un concetto descrittivo*, in *Rassegna dell'avvocatura di Stato*, 1978, pag. 213, cit.

.VII. Il divieto di distruzione, danneggiamento, deterioramento ed adibizione ad usi non conformi dei beni culturali ed i limiti alla relativa circolazione. Spunti verso la valorizzazione del patrimonio storico-artistico.

Come noto, il limite che si incontra nella gestione²⁰⁰ del patrimonio culturale è quello afferente al divieto di distruzione, di deterioramento, di danneggiamento e di adibizione ad usi non compatibili²⁰¹ con il carattere storico artistico ovvero tali da compromettere la conservazione dei beni, sancito dall'art. 20 del d.lgs. n. 42/2004²⁰². Contestualmente, rileva pure il precedente art. 18 che ascrive in capo al Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo il potere di vigilanza sui beni dei quali sia stato dichiarato il notevole interesse culturale. Ciò avviene tuttavia, anche attraverso strumenti consensuali (la norma parla espressamente di intese) con gli enti titolari qualora questi siano regioni o altri enti pubblici territoriali, dunque Province e Comuni²⁰³.

Ora, dal punto di vista eminentemente lessicale, ognuno dei termini utilizzati per imporre il divieto deve assumere un significato suo proprio, onde evitare che la statuizione di

²⁰⁰ Come si è accennato la gestione del patrimonio culturale trova primo riconoscimento legislativo nel d.lgs. n. 31 marzo 1998, n. 112, *Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*, all'art. 148, lett. d), ove si afferma che è “gestione”, ogni attività diretta, mediante l'organizzazione di risorse umane e materiali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione”

²⁰¹ Per vero il divieto di adibizione ad usi ritenuti impropri o illeciti era già presente negli Stati preunitari, i quali si erano concentrati viepiù sulla esportazione delle opere. I beni di appartenenza pubblica, tuttavia, erano ritenuti sufficientemente tutela dallo stesso regime proprietario che li riguardava. Cfr. M. SPERONI, *La tutela dei beni culturali negli Stati italiani preunitari*, Milano, 1988.

²⁰² “I beni culturali non possono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione. Gli archivi pubblici e gli archivi privati per i quali sia intervenuta la dichiarazione ai sensi dell'articolo 13 non possono essere smembrati”.

²⁰³ Tuttavia, proprio la circostanza per cui il potere di controllo debba essere espressamente disciplinato con questa tipologia di atti consensuali permette di dedurre *ex inverso* che si tratti di potere riconosciuto in via esclusiva al Ministero che può, deve ritenersi discrezionalmente, effettuare delega in favore degli enti territoriali diversi.

principio si riveli nulla più che un'inutile somma di endiadi²⁰⁴. Per comprendere quindi appieno in cosa consista la tutela del patrimonio culturale, si deve procedere ad una attenta esegesi che si faccia forza pure delle branche del diritto, come quella penale, che si sono occupate da tempo del distinguere i diversi significati in elencazioni consimili.

Se la distruzione, allora, corrisponde al totale annichilimento e soppressione della cosa²⁰⁵, più complesso comprendere quale sia il discrimine concettuale tra danneggiamento e deterioramento. Entrambi i termini, infatti, rievocano una corruzione delle proprietà intrinseche del bene. Per concedere a ciascuno dei lemmi un significato suo proprio, il danneggiamento potrebbe fondatamente essere ritenuto come una soppressione di parte del bene²⁰⁶, mentre il deterioramento appare una diminuzione nella funzionalità e nella percepibilità delle qualità estrinseche dello stesso²⁰⁷. Il discrimine concettuale tra queste due nozioni permane, nondimeno, particolarmente labile: l'intenzione evidente del legislatore appare invero essere quella di garantire uno spettro di tutela quantomai ampio al patrimonio culturale. Potrebbe tuttavia giovare, tuttavia, pure fare riferimento alla dottrina giuspenalistica che ha da tempo approfondito il termine durante l'analisi dei reati che comportano l'alterazione, distruzione o soppressione di un bene giuridicamente tutelato²⁰⁸.

²⁰⁴ Un tanto in analogia agli studi che hanno cercato nel tempo di concedere un margine autonomo di valore precettivo ai termini di tutela e valorizzazione, come ad esempio fatto da G. LOSAVIO, *Tutela, le funzioni dello Stato*, in AA.VV. *Beni culturali, quale riforma?*, Roma, Atti del Convegno di Studi (Roma, 21 ottobre 1996) Bianchi Bandinelli, 1996, in specie pag. 20 e ss. L'Autore, in particolare, e ciò risulta utile ai fini della successiva trattazione, nega radicalmente che i due termini possano costituire "un'inscindibile endiadi, che esprime un unico concetto, a meno di concepire la tutela in termini mortificanti, negativi, di meri divieti, quando invece implica anche un progetto di conservazione e di fruizione, dunque di valorizzazione".

²⁰⁵ Infatti, secondo una impostazione tradizionale, distruggere significherebbe far venir meno una cosa nella sua materialità, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 2008, pag. 122.

²⁰⁶ Per identità e differenza con il concetto che si è anzi esposto, si tratterebbe infatti di una distruzione parziale che lascia residua una parte comunque giuridicamente apprezzabile della cosa. Per giuridicamente apprezzabile si deve ritenere che dalla rimanente parte si possa trarre ancora una qualche utilità dal punto di vista giuridico.

²⁰⁷ Che nello specifico, quando si tratti di beni culturali, coincide con il venire meno di quel carattere di farsi testimonianza immanente avente valore di civiltà che è propria delle cose di interesse storico-artistico.

²⁰⁸ Il riferimento corre, ad esempio all'art. 411 (soppressione o occultamento di cadavere) ovvero anche all'art. 490 c.p. (soppressione, distruzione o occultamento di atti veri). Non si deve inoltre dimenticare come

Anzitutto, si è notato, come visto ampiamente *supra*, che il bene culturale è tendenzialmente – ma non sempre – una cosa, la quale assume in sé un valore immateriale. E, per tutelare tale valore, si tutela il supporto materiale. Sempre più spesso, tuttavia, viene riconosciuto valore anche ad attività – ovverosia comportamenti privi di supporto (si pensi alle attività artigianali nei centri storici) per i quali è ben difficile concepire un deterioramento o danneggiamento nel senso fisico del termine che sembra tuttavia essere connaturato a queste formule di tutela.

Proprio in ragione di un tanto il centro della nozione di interesse ciononostante, non sta nei concetti ora enucleati, quanto invece piuttosto nel divieto di adibire il bene ad un uso non conforme a quello suo proprio. Giova anzitutto osservare come il lemma, nella sua accezione estremamente ampia, sia di per sé suscettibile di coprire tutto lo spettro dei possibili danni arrecati al bene culturale. Una volta definite, infatti, le caratteristiche delle *res* che rammostrano un interesse storico-artistico quali entità giuridiche caratterizzate dall'immaterialità e dalla pubblicità di destinazione e che, per loro natura, debbono essere tutelate e valorizzate, risulta evidente di converso che, ogniqualvolta ciò non avvenga, si ha un danno pure alla matrice immateriale²⁰⁹ del bene. Ovverosia, si arreca nocimento alla funzione immanente di testimonianza di civiltà che, come si è visto, costituisce l'elemento connaturato e caratterizzante dei beni culturali. Nondimeno, onde poter continuare a considerare in maniera autonoma questa espressione dell'articolo in esame, lo si può ritenere una previsione di chiusura della norma, idonea a racchiudere tutti i possibili metodi di sviamento dal fine di testimonianza proprio del patrimonio storico artistico²¹⁰. Il

sia stato oggetto di apposito progetto di legge (C. 893) specificamente riferentesi ai reati posti in essere in danno del patrimonio culturale, con specificazione dei concetti di distruzione, danneggiamento, falsificazione e riciclaggio del patrimonio di interesse.

²⁰⁹ Matrice immateriale, che come si è visto costituisce il *quid proprium* che distingue il bene culturale dalla generalità degli oggetti. E che può essere riconosciuta anche in via indiretta attraverso l'apposizione di misure di tutela sulle cose di interesse storico-artistico. Cfr. da ultimo, le riflessioni proposte da A. LUPO, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *Aedon*, 2/2019. L'Autrice, per vero, partendo da una ricostruzione storica del diritto interno, estende la prospettiva visuale verso la normativa sovranazionale e le sfide che questo concetto nato come domestico deve affrontare innanzi alla sfida globale.

²¹⁰ Se si considerano le condotte vietate di distruzione e danneggiamento quali attività che hanno come estremo d'azione un bene in senso materiale, l'espressione in parola trova come oggetto ultimo un concetto

pensiero corre quindi a tutte quelle modalità di sfruttamento economico dei beni culturali che, seppur non direttamente dannose, vanno a minarne la funzione loro propria. Ad esempio, costituire una barriera di accesso al patrimonio storico artistico prevedendo un costo eccessivo dei biglietti dei poli museali comporterebbe un danneggiamento indiretto della risorsa, che non sarebbe più fruibile per l'intera collettività²¹¹. Ciò in quanto verrebbe ad essere intaccata la pubblicità per fruizione che si è visto essere caratteristica fondante del regime giuridico del patrimonio culturale nella sua interezza²¹².

Ecco quindi che si comprende la reale complessità del problema dello sfruttamento dei beni culturali quale risorsa economicamente rilevante ed al contempo non riproducibile: non si può, infatti, considerare un bene che presenti interesse storico-artistico alla stregua di un comune *asset*, né, del pari, intendere il borsino dei beni culturali quale reale luogo di libero mercato²¹³ – *rectius* di un mercato privo di regole talmente specifiche da rendere la relativa concezione di fatto autonoma rispetto a quella commercialistica. Di qui l'intuizione di come la nozione di bene culturale trascenda una semplice connotazione statica, divenendo impulso dinamico nella elaborazione pure di un settore di mercato di riferimento che giocoforza sconta delle regole a sé stanti. E ciò anzitutto dal punto di vista del rapporto tra offerta (di per sé limitata) e richiesta (variabile secondo logiche proprie e non direttamente ricollegata alla congiuntura economica di sistema)²¹⁴. Non pare infatti che il prezzo di accesso alla risorsa possa aumentare con costanza di progressione geometrica

giuridico che può venire ad essere lesa anche soprattutto attraverso condotte lesive della matrice immateriale che caratterizza il bene culturale propriamente inteso.

²¹¹ In tema, cfr. M. BROCCA, *La disciplina d'uso dei beni culturali*, in *Aedon*, 2/2006.

²¹² Utili a tale proposito le riflessioni proposte da G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare – una spesa, un investimento*, in *Aedon*, 3/2017.

²¹³ Utile ricordare come G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa ...*, *op. cit.*, giunga ad affermare che "L'idea di considerare le ricadute economico-sociali delle risorse destinate ai beni culturali in chiave di turismo, pur esatta, sarebbe però riduttiva se assolutizzata. Tali ricadute, come già messo in luce da altri studi, si estendono ad un ampio ventaglio di attività economiche e produzioni industriali, che oltre al turismo abbracciano la moda, il disegno industriale, l'artigianato, la realizzazione di contenuti per l'informazione, la comunicazione e l'intrattenimento (software, cinema, pubblicità, media)".

²¹⁴ Comprendendo se vi sia un mercato, infatti, si possono pure definire le linee d'azione specificamente afferenti i servizi che in questo settore merceologico vengono ad essere erogati.

all'aumento della richiesta, per le ragioni di cui sopra si è riferito. Invero, il prezzo tende a mantenersi invece costante nel tempo, seguendo il solo aumento inflazionistico, peraltro non sempre con adeguamenti istantanei e consequenziali²¹⁵.

Il divieto di adibizione ad usi non conformi viene dunque ad assumere una connotazione del tutto particolare poiché ha un duplice oggetto. Da un lato non può che afferire in via diretta il supporto materiale nel quale sia eventualmente incorporato il valore culturale²¹⁶. Dall'altro, tuttavia, è anche quest'ultima proprietà immanente che deve essere garantita dallo sviamento rispetto alle finalità sue proprie, attraverso una gestione rispettosa dell'oggetto di tutela o, meglio, del relativo vincolo di destinazione²¹⁷. I due aspetti non sono tra loro concettualmente separati ma risultano anzi interdipendenti. È forse questa la maggior ragione del difficile equilibrio che la dicotomia tutela-valorizzazione sconta, posto che non può esservi una distinzione competenziale tanto netta²¹⁸. La predetta distinzione concettuale, nondimeno, risulta utile per concepire la tutela con riferimento ai c.d. beni culturali immateriali. La locuzione deve, infatti, essere riferita pure *“a talune, selezionate, espressioni immateriali di identità culturale collettiva presenti allo stato diffuso quali ... “contemplate dalle Convenzioni Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e promozione delle diversità culturali adottate a Parigi il 3 novembre 2003 e il 20 ottobre 2005”*²¹⁹. L'immaterialità, dunque, consente di astrarre il

²¹⁵ Risulta infatti oltremodo difficile comprendere come si possa adeguare il costo di accesso al patrimonio culturale senza che ciò implichi un danneggiamento indiretto della risorsa. Certo il dato inflazionistico può rendere un utile parametro di paragone, nondimeno non sempre l'inflazione aggredisce le fasce di popolazione allo stesso modo ovvero riguarda in maniera omogenea le singole categorie merceologiche.

²¹⁶ Con il termine supporto materiale deve intendersi, anche in questo caso, non un oggetto in senso strettamente fisico, piuttosto la modalità di estrinsecazione tangibile del bene culturale in sé considerato, che può venire in concreto ad assumere anche le vesti di una attività.

²¹⁷ E, dunque, si deve garantire alla testimonianza recata seco dal bene di poter svolgere la propria funzione sociale in maniera costante ed a favore della intera collettività di riferimento.

²¹⁸ Anzi, in dottrina, specie M.C. CAVALLARO, *op. cit.*, si sottolinea come quantomeno fino al d.lgs. n. 112/1998, il legislatore avesse sostanzialmente ad intendere i due termini come una endiadi.

²¹⁹ G. SEVERINI, *Beni culturali, valorizzazione e fruizione. L'immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, III, 2015, cit.

concetto di tutela dalla distruzione emancipandolo dalla concezione utilitaristico-proprietaria (che pare essere propria anche del Codice penale²²⁰).

Un ulteriore elemento da tenere in debita considerazione al fine di ricostruire lo statuto del patrimonio culturale partendo dai limiti intrinseci che questa categoria di beni porta con sé, è costituita dalla clausola risolutiva espressa conseguente all'istituto della prelazione pubblica al momento della compravendita tra privati dei beni culturali²²¹. Anche in questo caso, la ragione dei limiti imposti alla libera circolazione dei beni è costituita dalla necessità di garantire il diritto affinché tutti i cittadini possano avere accesso alla risorsa, facendo permanere il vincolo finalistico ad essa immaterialmente impresso²²². A dire che anche la circolabilità del patrimonio storico-artistico, ancorché privato, non può venire a

²²⁰ Sembra, infatti, dalla lettura delle norme incriminatrici, che il bene giuridico cui si dà tutela con la sanzione penale sia sempre l'estremo materiale verso il quale si rivolgono diritti riconosciuti come meritevoli di tutela da parte del legislatore. In quanto tale, non sorprende allora che le disposizioni in parola vengano a sanzionare comportamenti aggressivi in termini appunto materialistici. Tutelando l'oggetto, infatti, si tutela pure il diritto che sullo stesso è inerente.

²²¹ In punto, cfr. A. GIUFFRIDA, *op. cit.*, nonché pure C. FABRICATORE – A. SCARPA, *La circolazione dei beni culturali*, Milano, 1998, risalente ma ancora valido quanto all'impostazione giuridica della tematica. Come noto, il disposto di cui all'art. 60 d.lgs. n. 42/2004 prevede il diritto di prelazione dello Stato sulla vendita del patrimonio culturale tra privati. Il presupposto concettuale di questa disposizione è costituito dall'appartenenza al demanio inalienabile dei beni culturali elencati al precedente art. 54 e 55 ed al regime autorizzatorio invece previsto per il trasferimento di beni di appartenenza di enti pubblici o persone private senza scopo di lucro.

²²² In questi termini si è espressa la Corte costituzionale con sentenza 20 giugno 1995, n. 269, secondo cui, in particolare *“l'esigenza di conservare e di garantire la fruizione da parte della collettività della cose di interesse storico artistico ... giustifica, di conseguenza, per tali beni l'adozione di particolari misure di tutela che si realizzano attraverso poteri della pubblica amministrazione e vincoli per i privati differenziati dai poteri e dai vincoli operanti per altre categorie di beni, sia pure gravati da limiti connessi al perseguimento di interessi pubblici”*. Si nota, in questo passaggio della pronuncia, una eco della teoria dualistica dei beni privati di interesse pubblico e i beni a destinazione pubblica specificata da M. RENNA, *op. cit.* Nondimeno, la pronuncia in parola non è ancora giunta al riconoscimento compiuto della natura immateriale ed inerente dei beni di interesse storico-artistico, facendo sempre riferimento alla nozione di “cose” fatta propria tanto dal Codice civile quanto dalla l. n. 1089/1939

ledere il relativo sostrato immateriale²²³. In tal senso, si potrebbe addivenire ad un “rivalutazione”²²⁴ dell’art. 839 del Codice civile, secondo il quale “*le cose di proprietà privata, immobili o mobili, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnografico sono sottoposte alle disposizioni delle leggi speciali*”. La norma in parola riconosce, infatti, sin dalla disciplina civilistica generale dei beni, un particolare – e speciale – regime giuridico per i beni culturali, facendo riferimento ad un tipico assetto proprietario degli stessi. Già il legislatore del 1942, in altre parole, era consapevole di come i beni culturali fossero sottoposti ad un regime di ingerenza pubblicistica che valeva a differenziarli profondamente rispetto agli ordinari oggetti del diritto privato. Proprio in ragione di un tanto, il relativo regime giuridico non era quello codicistico, bensì quello delle leggi speciali. Pur non essendo al tempo ancora matura una completa teoria del bene di interesse storico artistico, giova tuttavia porre in rilievo come la disposizione richiamata riservi un regime di specialità alla categoria oggetto di studio proprio in ragione del peculiare valore sociale che il legislatore dell’epoca aveva riconosciuto a questa peculiare categoria di beni.

Questi sono dunque gli elementi salienti che indirizzano la gestione del bene culturale: il divieto di adibirlo a usi che siano idonei a danneggiare la sua propria funzione di essere simbolo immanente avente valore di civiltà, e, quale suo predicato, la previsione di limitazioni alla sua circolazione, posto che la relativa titolarità può essere avocata allo Stato quand’anche si tratti di uno scambio tra privati.

²²³ Proprio in tal senso, la Corte costituzionale ha definito i beni culturali quali beni costituzionali primari. Cfr. Corte costituzionale, 24 giugno 1986, n. 151, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, n. 3, pag. 1010 e ss., con nota di A. ANZON, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra le competenze statali e regionali*.

²²⁴ Usa questa espressione A. IACOPINO, *op. cit.*, pag. 64 secondo la quale l’art. 839 c.c. “*rivela l’esistenza di un regime “particolare”, connesso alla specialità dei beni che “convive” già nel Codice civile con il regime “ordinario”*” predicabile in capo ai beni privi di rilevanza storico artistica.

.VIII. Tutela e valorizzazione: verso un'interpretazione dinamica della nozione di bene culturale.

Visto come il divieto di adibire il bene culturale ad usi difformi da quelli connaturati al proprio valore immateriale ed alla propria pubblicità di destinazione costituisca limite esterno ed al contempo interno alle possibilità di utilizzazione di queste *res*, si può ora approfondire quelli che sono i caratteri sistematici delle attività consentite.

I compendi normativi di riferimento, ed *in primis* la Costituzione, con riguardo al patrimonio storico-artistico, parlano di tutela e valorizzazione quali attività predicabili in relazione allo stesso, che disegnano una vera e propria missione dello Stato. Compiti diversi assegnati, come si è visto, ad ordini diversi dello Stato dall'art. 117 Cost.²²⁵. Se il termine tutelare può apparire di facile decifrabilità²²⁶, la novità è costituita in tempi recenti

²²⁵ Per tutti, si fa riferimento alla pronuncia della Corte costituzionale, 10 giugno 1993, n. 277, nonché, con riferimento al nuovo riparto di competenze, 20 gennaio 2004, n. 26.

²²⁶ Il termine utilizzato è all'art. 9 della Costituzione nel 1948. Nondimeno, come si è ricordato, già la legge 1 giugno 1939, n. 1089 era rubricata "*Tutela delle cose d'interesse Artistico o Storico*": ad inizio secolo era già compiuta la consapevolezza che il patrimonio culturale dovesse esser oggetto di particolari guarentigie. Come si vedrà compiutamente nel prosieguo, infatti, il capo II del predetto testo normativo – oggi integralmente abrogato dal d.lgs. n. 42/2004 – detta "*disposizioni per la conservazione, integrità e sicurezza delle cose*" di interesse culturale, laddove al capo III indica "*disposizioni sulle alienazioni e gli altri modi di trasmissione delle cose*" ed al capo V una "*disciplina dei ritrovamenti e delle scoperte*". Quanto alla valorizzazione, merita ricordare, quale embrione della disciplina successiva, il disposto del capo VI "*disciplina delle riproduzione e del godimento al pubblico*" ed, in particolare, dei relativi artt. 52 e 53: "*Il pubblico è ammesso alla visita delle cose indicate nell'art.1 di proprietà dello Stato "o di altro ente o istituto, legalmente riconosciuto" secondo le norme che saranno stabilite nel regolamento*" (art. 52); "*il Ministro della pubblica istruzione può fare obbligo ai privati proprietari di cose immobili di eccezionale interesse, per le quali sia intervenuta la notificazione di cui agli artt. 2 e 3, e di collezioni o notificate ai sensi dell'art.5, di ammettere a visitare per scopi culturali le cose, le collezioni e le serie stesse, con le modalità da stabilirsi caso per caso, inteso il proprietario*" (art. 53). Giova porre attenzione al mutamento prospettico avvenuto nel corso del XX secolo, laddove il testo del 1939 tutela comunque in maniera preponderante il diritto proprietario nel garantire la fruizione del patrimonio culturale. Nondimeno, giova comunque precisare che il legislatore dirigista aveva già previsto la possibilità di espropriare i beni qualora "*l'espropriazione stessa risponda ad un importante interesse in relazione alla conservazione o incremento del patrimonio nazionale*" (art. 54).

appunto dal vincolo di valorizzazione dei beni culturali²²⁷. Non più statici ed immutabili testimoni di civiltà, bensì strumenti di accrescimento immateriale per l'intera collettività²²⁸. E, se possibile, pure fonte di entrata per l'erario²²⁹. Detto in altri termini, il vero scarto concettuale tra tutela e valorizzazione sembra consistere nel fatto che solo per il primo termine (tutela) vi è una autoreferenzialità del bene – che appunto deve essere trasmesso intatto – laddove il secondo proietta invece il patrimonio culturale verso il futuro facendolo divenire motore della consaputa crescita sociale²³⁰. Sebbene tuttavia, il termine, di per sé, individui “*una finalità estremamente generica (lo sviluppo culturale) da perseguire con ogni possibile mezzo di promozione: qualsivoglia forma in grado di promuovere la conoscenza*”²³¹, resta evidente che la valorizzazione consenta di realizzare compiutamente quel compito di testimonianza immanente di civiltà che si è visto essere la ragion d'esistenza del bene culturale²³². D'altronde, questo stesso termine “*non può evidentemente consistere nell'accrescere i valori di cui i beni sono (già) portatori ...*” per questo “*la funzione valorizzante si disvela invece nella correlazione all'essere i beni culturali aperti*

²²⁷ Anche questa attività, infatti, costituisce una missione istituzionale propria della pubblica amministrazione quale titolare di beni culturali. Ciò significa, come si vedrà, anche che questa possa concretamente partecipare alla gestione dei beni di interesse storico artistico eventualmente di titolarità privata.

²²⁸ Infatti, si deve ritenere che il vincolo operativo posto in capo alla pubblica amministrazione riguardi pure le modalità con cui vengono prodotti i beni culturali. Valorizzare la cultura significa, in altre parole, anche tutelare e sostenere i luoghi e gli strumenti con questa viene ad essere prodotta.

²²⁹ Quantomeno in termini di progressivo andamento verso il necessario equilibrio di bilancio oggi imposto dall'art. 97 della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale n. 1/2012. Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, I, Milano, 2014, in specie pag. 55.

²³⁰ Di qui un riferimento anche verso l'esterno, in quanto la valorizzazione si misura solo attraverso l'inveramento delle posizioni giuridiche soggettive che l'ordinamento riconosce in capo ai consociati con riferimento al patrimonio culturale.

²³¹ G. BOTTINO, *La cognizione dei beni culturali*, in *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e per l'arte*, Milano, 2015, pag. 36. L'Autore si sofferma poi, peraltro sulla “*persistente assenza della definizione di quei livelli qualitativi (minimi, uniformi) che potrebbero distinguere differenti gradi di valorizzazione*”, ragione per cui non vi è omogeneità nella nozione di valorizzazione all'interno dell'ordinamento.

²³² Detto in altri termini, è lo stesso statuto del bene culturale che implica la necessità di una sua valorizzazione. Venendo meno quest'ultima, infatti, cessa di sussistere la stessa ragion d'essere della testimonianza immanente avente valore di civiltà che si è visto essere caratterizzante per questa peculiare categoria di oggetti giuridici.

*alla fruizione collettiva, la cui attuazione richiede misure per consentire, agevolare ed accrescere le possibilità di accesso ai beni protetti, e quindi la percezione e l'apprendimento dei valori da essi custoditi*²³³. In altri termini, la valorizzazione del patrimonio culturale viene a riconnettersi in via diretta con il modo di essere pubblico a prescindere dal regime proprietario che lo caratterizza²³⁴. Si fa strada la percezione che *“protezione (in senso stretto), conservazione e valorizzazione possono essere definite come attività (amministrative) funzionalmente collegate tra loro caratterizzate dall'unicità del fine che è rappresentato dalla tutela di un valore costituzionale”*²³⁵.

Ora, partendo anzitutto dal dato normativo, la legge definisce la tutela come l'*“esercizio delle funzioni e (la) disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione”*²³⁶, laddove invece per valorizzazione si intende l'*“esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. In riferimento al paesaggio, la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli*

²³³ P. FERRI, *I beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, 1987, pag. 217 cit.

²³⁴ A dire che proprio la valorizzazione consente quella fruizione collettiva del bene culturale che è estrinsecazione tangibile del regime giuridico in capo allo stesso predicato.

²³⁵ A. IACOPINO, *op.cit.*, pag. 13, cit. L'Autrice appunta poi l'attenzione sulla circostanza per cui queste considerazioni *“evocano non solo la teoria dell'amministrazione di risultato, ma anche il concetto di “operazione amministrativa”, intesa come attività, o insieme di attività, rilevanti per il diritto perché necessarie per il raggiungimento di un determinato risultato”*, *op.cit.* pag. 13, cit. Così facendo si riuscirebbe a ricondurre ad unità le diverse metodologie di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, unificate dalla finalità comune di protezione di un bene di rilevanza costituzionale.

²³⁶ Art. 3, d.lgs. n. 42/2004. Da notare che per espresso disposto normative, già la ricognizione del patrimonio culturale è attività direttamente preordinata alla relativa tutela.

*immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati*²³⁷.

La tutela è, dunque, “attività diretta principalmente a impedire che il bene possa degradarsi nella sua struttura fisica e quindi nel suo contenuto culturale”²³⁸, e si configura anzitutto nel riconoscimento del bene culturale come tale. Non si può, infatti, prescindere dalla individuazione del patrimonio di riferimento per poterne definire gli strumenti di protezione²³⁹.

La valorizzazione è invece “diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest’ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione ed ai modi di questa”²⁴⁰. La norma fa tuttavia espressamente prevalere le ragioni della tutela a quelle della valorizzazione in caso di contrasto (art. 6, comma II, d.lgs. n. 42/2004): ciò tuttavia non deve fuorviare l’attenzione dalla circostanza che non possa esservi reale valorizzazione senza contestuale tutela del bene. In altri termini, non può riconoscersi antitetività della tutela rispetto alla valorizzazione²⁴¹. La prima è invero il prodromo necessario, ed il presupposto giuridico della seconda²⁴². Infatti, una forma di possibile valorizzazione che intacchi la caratteristica di testimonianza immanente di civiltà del bene, come si è visto, non può essere di per sé qualificata se non in termini di depauperamento non consentito della risorsa²⁴³.

²³⁷ Art. 6, d.lgs. n. 42/2004.

²³⁸ Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 9.

²³⁹ Che come detto, e sottolineato *in primis* anche da M.S. GIANNINI, *I beni culturali, op. cit.* impone anche di andare a conoscere i risultati della ricerca di branche scientifiche diverse da quella giuridica.

²⁴⁰ Ancora Corte costituzionale, sentenza 13 gennaio 2004, n. 9 considerando n. 7 in diritto.

²⁴¹ Ciò sebbene, C. BARBATI, *Governo del territorio, beni culturali e autonome: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, 2/2009, sottolinei che le “funzioni di “tutela” e di “valorizzazione”, variamente connesse, sino all’interdipendenza, l’una all’altra, ma anche, a taluni effetti, potenzialmente antitetiche o, meglio, come tali percepite e considerate, in alcune impostazioni e visioni”.

²⁴² O, per meglio dire, si è visto che i due concetti finiscono con l’essere profondamente compenetrati l’uno con l’altro.

²⁴³ Pertanto, la questione del possibile contrasto tra tutela e valorizzazione risulta in realtà mal posta. La valorizzazione che adibisca ad usi non consentiti la risorsa culturale non è reale valorizzazione. Quest’ultima, infatti, si rappresenta essere quella formula di estrinsecazione verso l’esterno del valore immateriale intrinseco all’oggetto giuridico di interesse storico-artistico.

La stessa Corte costituzionale non ha mai proceduto il delineare con precisione cosa si intenda per tutela e valorizzazione, preferendo analizzare il bene oggetto di tutela per risolvere i conflitti di attribuzione giunti alla sua delibazione²⁴⁴. Anzi, i parametri normativi all'interno dei quali inscrivere l'evoluzione della dicotomia tra tutela e valorizzazione si evincono dalla normazione primaria, non già dal dato costituzionale in sé considerato. Infatti, la Corte costituzionale, quando è stata chiamata ad esprimersi sul punto con la sentenza 26-28 marzo 2003, n. 94 ha sostenuto come “*la distinzione fra tutela e valorizzazione dei beni culturali può essere desunta dalla legislazione vigente*”, laddove a seguito dell'emanazione del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, con la sentenza 8-16 giugno 2005, n. 232 ha affermato che “*ai fini del discriminare delle competenze, ma anche del loro intreccio nella disciplina dei beni culturali, elementi di valutazione si traggono dalle norme*” del d.lgs. precitato²⁴⁵.

Nondimeno, il termine valorizzazione è stato inizialmente guardato con preoccupazione da parte di alcuna dottrina, ritenendo ponesse l'accento su aspetti meramente economici, che rischiavano di entrare in contrasto con il principio fondamentale della tutela²⁴⁶. Le preoccupazioni possono tuttavia essere superate una volta che si è visto come il concetto in esame non collida – nemmeno sotto il profilo meramente economico²⁴⁷ – con gli aspetti di

²⁴⁴ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 28 marzo 2003, n. 94 e 29 gennaio 2004, n. 26.

²⁴⁵ Ciò quasi a voler affermare che la distinzione tra tutela e valorizzazione cui si affanna il legislatore costituzionale, forse, nella realtà giuridica di rango superlegislativo nemmeno esiste. O quantomeno risulta non percepibile con evidenza immediata.

²⁴⁶ Cfr. G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, VI, 2015, pag. 322 e ss. L'Autore sottolinea però come tali preoccupazioni sono oggi state superate attraverso la previsione codicistica che definisce come la valorizzazione sia diretta a “*promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso ... al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale*”. In tal modo il concetto di valorizzazione si emancipa da quel significato meramente economico che parrebbe avere nella generalità dei casi.

²⁴⁷ Anzi, sotto il profilo eminentemente economico la conservazione è un centro di uscita cui si deve compensare, ove possibile con l'adeguata valorizzazione. Proprio sotto questo profilo, con tutta probabilità e per le ragioni che si sono anzi esposte, si gioca quella sottile distinzione che vale ad escludere formule di sfruttamento che in realtà finiscono con il costituire delle barriere all'accesso rispetto alla risorsa culturale.

protezione di quel compendio valoriale cui il bene si fa portatore, proprio perché giocoforza intrinsecamente rispettoso del divieto di adibire ad usi non conformi²⁴⁸.

Da questa compiuta consapevolezza giuridica nasce la necessità di definire la figura del bene culturale in maniera dinamica²⁴⁹, alla ricerca di un adeguato equilibrio tra *traditio* e valorizzazione. Da un lato, infatti, si deve garantire la massima fruibilità -e sfruttamento economico conseguente- dei beni vincolati, dall'altro tale fruizione deve essere posta nelle condizioni di evitare di andare ad intaccare i valori di cui sono portatori gli oggetti sottoposti a sfruttamento, in ossequio a quel principio che vede vietata l'adibizione ad usi non conformi al vincolo stesso. Ciò implica sicuramente valutazioni di carattere pure eminentemente mercantile: anche il bene culturale, deve giocoforza entrare in un circolo di transazioni di beni e servizi, tuttavia ciò non potrà – *recte* dovrà – mai convertirlo un *asset* davvero liberamente scambiabile, in ragione del vincolo di scopo²⁵⁰. Per meglio dire, allora, è alla luce del vincolo di scopo apposto sul bene che ne si può dedurre la circolabilità e fruibilità: un tanto consente di intendere la messa a rendita del patrimonio storico artistico “*non nel senso che ... diventi funzionale alla gestione economica ed alla produzione di reddito, bensì nel senso che la produzione di reddito da*

Cfr. M.C. CAVALLARO, *op cit.* L'Autrice introduce in particolare il tema dell'apporto privato in tal senso. Sotto la garanzia dell'egida pubblica, infatti “*I privati possono introdurre, in questo contesto, un duplice apporto. Da un lato, è fin troppo evidente che le risorse economiche pubbliche sono inadeguate per affrontare l'impegno delle funzioni connesse alla tutela e valorizzazione dei beni culturali; ma, dall'altro lato, occorre anche riconoscere che l'inventiva e la capacità dei privati di fare impresa possono offrire soluzioni e modalità di valorizzazione del bene che il soggetto pubblico spesso non è capace di mettere in atto*”.

²⁴⁸ Anzi, l'accrescimento della percepibilità esterna di quel valore immanente del quale è portatore il bene culturale è esso stesso funzione di tutela intrinseca del valore stesso. Il farsi testimonianza immanente proprio del bene culturale accompagna con sé la necessità che il valore sia trasmesso e reso percepibile alla collettività.

²⁴⁹ Si può, in questo senso, superare la concezione di tutela in senso meramente statico. La tutela, nell'ottica che si è andata rammostrando, è essa stessa dinamica in quanto proietta il bene culturale verso il futuro.

²⁵⁰ Per meglio dire, sarà il vincolo di scopo, mercé del fatto che questa categoria di beni nasce intrinsecamente limitata quanto all'utilizzo, a determinare se ed in che modo i beni culturali possano essere introdotte all'interno di un mercato di scambio. È la loro natura, insomma, che come visto nel limita l'utilizzo.

*parte dei beni culturali consente maggiori entrate; e che maggiori entrate possono assicurare miglior tutela e fruizione più ampia dei beni culturali*²⁵¹. I risvolti economici dell'attività di valorizzazione generano così un circolo virtuoso che dalla gestione produce una rendita attraverso la quale migliorare non solo la conservazione dei valori culturali ma pure la relativa diffusione. E ciò deve necessariamente passare attraverso la ridefinizione del bene culturale non solo quale fonte di reddito, bensì pure come “*componente qualitativa*”²⁵² del sistema giuridico. Queste due linee di forza solo apparentemente in

²⁵¹ S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, op. cit., pag. 674, cit. Dal punto di vista legislativo, per vero, il termine *valorizzazione* compare per la prima volta nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, “*Istituzione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'articolo 11 della L. 15 marzo 1997, n. 59*”, secondo il quale il ministero doveva provvedere “*nel quadro delle finalità indicate dall'articolo 9 della Costituzione e dall'articolo 128 del Trattato istitutivo della Comunità europea, è istituito il Ministero per i beni e le attività culturali, di seguito denominato Ministero. Il Ministero provvede, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dalle disposizioni del presente decreto, alla tutela, gestione e valorizzazione dei beni culturali e ambientali e alla promozione delle attività culturali*”. Al successivo art. 152, ancor più esplicitamente, si dispone che “*lo Stato, le regioni e gli enti locali curano, ciascuno nel proprio ambito, la valorizzazione dei beni culturali*”, specificando altresì che “*le funzioni e i compiti di valorizzazione comprendono in particolare le attività concernenti: a) il miglioramento della conservazione fisica dei beni e della loro sicurezza, integrità e valore; b) il miglioramento dell'accesso ai beni e la diffusione della loro conoscenza anche mediante riproduzioni, pubblicazioni ed ogni altro mezzo di comunicazione; c) la fruizione agevolata dei beni da parte delle categorie meno favorite; d) l'organizzazione di studi, ricerche ed iniziative scientifiche anche in collaborazione con università ed istituzioni culturali e di ricerca; e) l'organizzazione di attività didattiche e divulgative anche in collaborazione con istituti di istruzione; f) l'organizzazione di mostre anche in collaborazione con altri soggetti pubblici e privati; g) l'organizzazione di eventi culturali connessi a particolari aspetti dei beni o ad operazioni di recupero, restauro o ad acquisizione; h) l'organizzazione di itinerari culturali, individuati mediante la connessione fra beni culturali e ambientali diversi, anche in collaborazione con gli enti e organi competenti per il turismo*”. Da notare che nel testo normativo si rinviene anche la prima definizione di valorizzazione intesa come “*ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali*” (art. 148 cit.). L'elencazione è stata ritenuta da autorevole dottrina non tassativa, bensì meramente esemplificativa delle cfr. M.P. CHITI, *La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lg. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, 1, 1998.

²⁵² G. URBANI, *Proposte di riforma della legge e degli organi di tutela*, in B. ZANARDI (a cura di), *Intorno al restauro*, Milano, 2000, pag. 148, cit

reciproca tensione (tutela/valorizzazione) descrivono gli assi cartesiani dai quali partire nell'analisi degli strumenti di valorizzazione dei beni culturali.

Dal punto di vista empirico, tuttavia, il presente studio non ambisce a verificare se e come l'attività creativa possa auto sostenersi; cioè se un'impresa culturale sia in condizione di agire liberamente e di auto sostenersi all'interno di un mercato di riferimento²⁵³. Né si cercherà di individuare quale sia appunto il mercato di riferimento del patrimonio storico-artistico ovvero quali ne siano i connotati²⁵⁴. Con la consapevolezza dello scenario di diritto che si è andrà a delineare, si ambisce piuttosto ad individuare gli strumenti migliori e più innovativi della gestione di questa peculiare categoria di beni posto che, diverso è il mezzo, diverso è il risultato che si ottiene nella valorizzazione degli *asset* di riferimento²⁵⁵. Nell'ambito del terzo settore, poi, lo sviluppo di nuovi mezzi di erogazione del servizio pubblico culturale in via indiretta può risultare particolarmente fecondo, specie alla luce dei recenti rimaneggiamenti normativi che hanno visto svilupparsi un rinnovato interesse del legislatore per gli apporti privati nell'ambito -anche- dei beni culturali.

Giova tuttavia precisare come l'attività di valorizzazione è doverosa per i soggetti pubblici²⁵⁶ – che la possono sviluppare anche attraverso apposite forme di partenariato pubblico privato, ovvero accordi interamministrativi – mentre permane facoltativa per i titolari privati²⁵⁷. Nondimeno, come si vedrà, quando è svolta da soggetti pubblici, l'attività di valorizzazione è inquadrabile come servizio pubblico, con tutte le relative caratteristiche²⁵⁸.

²⁵³ Come invece fa G. BOSI, *op cit.*

²⁵⁴ Trattasi, invero, di componenti di studio più precipuamente afferenti a diverse branche scientifiche, di matrice più spiccatamente economica. Cfr. ad esempio F. FORTE – M. MANTOVANI, *Manuale di economia e politica dei beni culturali*, Soveria Mannelli, 2004. Le analisi economiche si appuntano, infatti, sul principio di tendenziale autosostentamento della risorsa ma non vanno ad approfondire la tematica della compatibilità giuridica dello sfruttamento rispetto allo statuto normativo dei beni culturali

²⁵⁵ Ed un tanto è ancor più vero ove ci si trovi in un periodo contingente di progressiva riduzione della spesa pubblica che impone la valutazione di approcci nuovi a problematiche ormai risalenti.

²⁵⁶ Art. 1, comma III, d.lgs. n. 42/2004.

²⁵⁷ Art. 1, comma IV, d.lgs. n. 42/2004.

²⁵⁸ Art. 101, comma III e 111, comma III, d.lgs. n. 42/2004.

La valorizzazione economica, come si è visto, non è poi esclusa dal legislatore, che anzi pone in evidenza diversi strumenti²⁵⁹ in favore dei privati – come accordi e concessioni – attraverso i quali poter far divenire centro di entrata il patrimonio culturale²⁶⁰. Ovviamente l’allineamento di valorizzazione e tutela sarà in concreto più facile qualora il privato non persegua scopi di lucro: è questo il caso degli enti del terzo settore che propongano la propria meritoria attività verso i beni culturali.

²⁵⁹ Ovverosia mezzi giuridici di esternalizzazione gestoria del patrimonio giuridico culturale in mano ad enti pubblici. In questi strumenti, tuttavia, non sempre si pone la giusta attenzione all’aspetto fondamentale di questo tipo di beni, ovverosia la circostanza che anche quando sia il privato a confrontarsi con gli stessi, non possa venire meno il vincolo teleologico immanente che li caratterizza.

²⁶⁰ In verità, molte volte si riferisce all’azione dei privati quella che è una congenita incapacità della compagine pubblica di venire a rendere il servizio pubblico culturale – nozione sulla quale ci si soffermerà nel capitolo che segue – attraverso il sostentamento con risorse proprie. Molte volte, infatti, lo Stato e gli altri enti pubblici delegano al privato quei servizi che non riescono a rendere loro stessi. Ma, tuttavia, il riferimento ad aziende ed enti di diritto privato deve essere fatto piuttosto nella consapevolezza che con il loro coinvolgimento si verrà a rendere in maniera più efficace il servizio stesso. Il ragionamento, in altri termini, non può essere esclusivamente quello di carattere economico, altrimenti, ancora una volta, si rischia di andare a ledere quello che è il valore fondamentale intrinsecamente connotato ai beni culturali di cui è tema.

.IX. Segue. I nuovi termini della gestione del patrimonio culturale tra tutela e valorizzazione.

Può certo concordarsi con l'assunto secondo cui *“se i beni culturali sono beni di fruizione, ... la loro maggiore utilità sta nella più diffusa capacità di conoscenza che li riguarda”*²⁶¹. Nondimeno, la legge n. 1089/1939 approntava strumenti meramente statici di tutela delle cose d'arte, all'interno di un sistema che era permeato da una visione, come si è detto, estetizzante della relativa disciplina. Come si accennava, questa visione muta radicalmente con l'avvento della Costituzione repubblicana dove *“attraverso l'articolo 9 ... ha trovato nuovo spazio l'ideale (di matrice illuministica) che assegna alla tutela un ruolo che non è più di pura conservazione, ma diviene mezzo per la crescita culturale della società, attraverso la pubblica fruizione del valore culturale insito nelle cose di interesse storico artistico. Una concezione che consente di garantire un accesso diffuso alla cultura e all'arte mediante la concretizzazione della libertà di espressione e di manifestazione dell'ingegno”*²⁶².

²⁶¹ G. SEVERINI, *Beni culturali, valorizzazione e fruizione. L'immateriale dei beni culturali, op. cit.* L'Autore, partendo da questa premessa afferma condivisibilmente come il valore del bene culturale non può misurarsi economicamente in senso di valore di scambio, ma si definisce come valore d'uso della *res*. Pure in questa accezione, nondimeno, non è esclusa di per sé la valorizzazione economica, poiché, semplicemente, muta l'angolo prospettico dal quale si inquadra il problema. In entrambi i casi considerati, infatti, il valore è pur sempre costituito dalla caratteristica immateriale che costituisce, come si è detto, il *proprium* distintivo dei beni culturali. Nell'impostazione di questa problematica, molto si deve all'impostazione data da M.S. GIANNINI, *I beni culturali, op. cit.*

²⁶² D. SICLARI, *Valore della bellezza e crisi della cultura. Sul valore dei beni culturali nell'epoca globale*, Reggio Calabria, 2014, ove si sottolinea in particolare come anche nella funzione di tutela in senso stretto si possa rinvenire una forma di valorizzazione del bene. La teoria, tuttavia, finisce con il confondere due elementi che, a parere di chi scrive, dovrebbero tuttavia permanere separati concettualmente, seppur tra essi intimamente legati. Un tanto è affermato sebbene, come si ha avuto modo di vedere, i termini della dicotomia tra tutela e valorizzazione, non sono da individuarsi direttamente nel disposto costituzionale, quanto piuttosto a livello di normazione primaria. Nondimeno, si può concordare con quanto in definitiva affermato dall'Autore citato circa la spinta propulsiva che la tematica in parola è venuta ad assumere a seguito dell'emanazione della carta costituzionale ed anche, soprattutto, dell'interpretazione che della stessa è stata data a livello legislativo e di prassi.

Proprio per tale ragione, la nozione di tutela intesa in senso dinamico e la contermina valorizzazione che paiono concetti interconnessi da un inestricabile nodo gordiano²⁶³, hanno generato, e continuano a generare, notevole dibattito in tema di riparto delle competenze²⁶⁴. Invero, si è spesso dato maggiore rilievo, a livello tanto giurisprudenziale quanto dottrinario, alle problematiche inerenti ai rapporti centro-periferia²⁶⁵, piuttosto che al reale significato che la questione assume nella specifica valorizzazione del patrimonio storico-artistico, stressando i termini di un conflitto che in realtà è una collaborazione²⁶⁶. Dal canto suo, l'art. 4 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, attribuisce allo Stato l'esercizio unitario dei compiti di tutela, mentre all'art. 5 prescrive formule di cooperazione tra gli uffici centrali, le regioni e gli altri enti territoriali finalizzate alla migliore protezione dei beni risultati rilevanti²⁶⁷.

²⁶³ A. IACOPINO, *op. cit.* sottolinea in particolare come “la conservazione ... deve essere intesa come conservazione della capacità espressiva del valore culturale, che è sicuramente conservazione in senso fisico, ma anche e soprattutto conservazione di quelle condizioni da cui emerge il valore culturale del bene”, pag. 80, cit. In tal senso si comprenderebbe pure come la tutela sia di per sé una forma di valorizzazione, nella misura in cui veicola il passaggio alle valutazioni future generazioni dei valori cui è portatore il bene culturale. Parla invece di necessarie ed inevitabili interferenze tra tutela e valorizzazione C. BARBATI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del Titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2003, pag. 145, per cui ogni azione di volta alla tutela del bene porta inevitabilmente pure alla sua valorizzazione, in ciò assumendo come necessarie azioni dirette a tale scopo.

²⁶⁴ Laddove l'art. 117 affida la tutela allo Stato in via esclusiva, mentre lascia alla competenza concorrente con le regioni la valorizzazione.

²⁶⁵ E questo, come detto, sul presupposto di una non sempre chiara distinzione concettuale tra la tutela e la valorizzazione che in realtà appaiono concetti inestricabilmente legati tra loro. Non si nega, in altri termini, che la distinzione sussista, bensì che da questa si debba dedurre una incompatibilità concettuale tra tutela e valorizzazione. Se una implica l'altra, infatti, non potrà esservi realmente tutela se non valorizzando per trasmettere alle generazioni future.

²⁶⁶ Ed un tanto viene fatto, probabilmente, anche sulla scorta della circostanza per cui il legislatore ha inteso espressamente subordinare le ragioni della valorizzazione alla necessità di tutela, con ciò intendendo non solo una distinzione concettuale tra i due elementi – che probabilmente sussiste – quanto piuttosto implicando anche che gli stessi possano venire in conflitto tra loro. E dal conflitto dei concetti si passa quasi senza soluzione di continuità al conflitto delle competenze ad essi riferibile.

²⁶⁷ Quasi a dire, retaggio di una visione amministrativa statocentrica, che il migliore tutore di valori ritenuti coesenziali alla stessa civiltà culturale della nazione, non possa che essere il governo centrale attraverso le

Alla complessità definitoria ed alla conseguente problematica in termini di riparto competenziale a valle, si aggiunga come il termine “valorizzazione” si possa assumere in due diversi significati – o meglio intendere su due diversi piani d’indagine. Da un lato vi è il significato eminentemente culturale del termine, di cui si è detto²⁶⁸. Dall’altro il non incompatibile risvolto economico²⁶⁹. Posto che il primo concetto non risulta di per sé escludente rispetto al secondo, occorre che entrambi gli elementi operino in sinergia tra loro per conseguire la reale valorizzazione in tempi di necessario equilibrio di bilancio. Un tanto specificato quanto all’attività di valorizzazione del patrimonio culturale in termini generali, è utile pure una distinzione interna a questo specifico plesso di attività. Come è stato acutamente osservato, infatti, il Codice dei beni culturali e del paesaggio conosce una *“valorizzazione in senso proprio, che attiene “sia alla disciplina e all’azione pubblica di sostegno e di incentivazione della proprietà o degli interventi” a prescindere dall’appartenenza del bene, “sia al profilo della gestione dei beni culturali da parte della stessa amministrazione che ne ha disponibilità”, in vista della loro fruizione pubblica; ed “un secondo tipo di attività” che può essere definito attività di gestione “quanto meno allorché pervenga, per la complessità organizzativa, ad un livello ricostruibile in termini di predisposizione ed erogazione di un servizio pubblico”*²⁷⁰.

Nondimeno, non si può mancare di richiamare pure parte della dottrina che considera la valorizzazione quale *““elemento non indefettibile” nell’ordinamento di settore e la qualificano come attività doverosa solo con riferimento ai beni di appartenenza pubblica”*

sue varie articolazioni. Il disegno, peraltro, transita immutato alla nuova designazione dei rapporti tra centro e periferia.

²⁶⁸ Il concetto in questo senso si concreta, appunto, nel compiuto accrescimento dei valori culturali dei quali il bene è già portatore. La definizione è meglio comprensibile con riferimento a beni culturali immateriali che necessitano della costante riproduzione e trasmissione per mantenersi intatti verso le generazioni future. Tuttavia anche con riferimento agli oggetti più legati ad un elemento di materialità si deve sottolineare come la diffusione di quel valore immanente a testimonianza di civiltà che li caratterizza costituisce esso stesso un metodo in cui quel valore viene ad essere mantenuto in vita e accresciuto.

²⁶⁹ Come si è visto l’accrescimento delle entrate riferentisi al patrimonio culturale consentono anche di reinvestire le somme nel miglioramento della tutela e della valorizzazione del bene singolarmente considerato, a patto che ciò non costituisca una indebita barriera di accesso alla risorsa stessa.

²⁷⁰ A. IACOPINO, *op. cit.*, pag. 135 cit.

in virtù della “*mancata codificazione del principio della destinazione di tutti i beni culturali alla fruizione collettiva*”²⁷¹. Tuttavia, si è visto come anche i beni culturali di appartenenza privata, a partire dal Codice civile, presentino una significativa devianza nella disciplina normativa rispetto ai beni comuni. E, proprio in virtù di tale regime giuridico differenziato si inseriscono nella relativa disciplina peculiari ed invasivi poteri di carattere pubblicistico. Non pare pertanto corretto escludere del tutto dalla valorizzazione questa categoria di *res* proprio in virtù del fatto che, seppur in via graduata, anche su queste vi è apposto un vincolo immanente di conservazione, veicolato dai pregnanti poteri giuspubblicistici su quest’ultima esercitati²⁷². E, stante l’inestricabile vincolo che lega tutela e valorizzazione, laddove non può esservi la prima senza la seconda e viceversa, non pare potersi escludere nei confronti dei beni privati l’esercizio della funzione di valorizzazione che è funzione pubblica vera e propria. In questi termini, pertanto, se da un lato vi è sicura distinzione quanto al regime giuridico dei beni di appartenenza pubblica rispetto a quelli di spettanza dei privati, non si deve tuttavia estremizzare questa

²⁷¹ A. IACOPINO, *op. cit.*, pag. 118-119 cit. Secondo l’Autrice, peraltro, “*non è possibile desumere la non obbligatorietà per il privato dalle attività di valorizzazione in ragione della formulazione dell’art. 1, co. 5, del Codice che testualmente impone ai privati solo la garanzia della conservazione, sia perché è in essa identificabile, come nell’ipotesi del co. 2 dell’art. 6, una disposizione con finalità di garanzia ... sia perché, a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 118 Cost. nel testo novellato nel 2001, nella nozione di Repubblica deve essere ricompresa anche la società civile che, dunque, in virtù dell’art. 1, co. 1, del Codice assume un ruolo attivo anche nella valorizzazione*”, pag. 128 cit. Si può peraltro criticare una ricostruzione del tema eseguita in questi termini sul presupposto del fatto che si è visto come la caratteristica immanente – e la connessa missione istituzionale dello Stato – predicabile in relazione ai beni culturali sia proprio quella afferente alla relativa valorizzazione. Con il che, codificata la funzione di tutela, questa non può che implicare direttamente anche il contermino obbligo di valorizzazione nei termini che si sono sopra ricordati.

²⁷² Detto altrimenti, non è affatto scontato che il regime giuridico disegnato dalle norme del Codice e dalla legislazione di settore, non possa implicare in sé una qualche forma di valorizzazione, seppure in maniera mitigata a quanto avviene per i compendi di diritto pubblico, anche per i beni di spettanza dei privati. Appurato il nesso inscindibile tra tutela e valorizzazione, infatti, è arduo sostenere che se il privato è autonomamente vincolato alla protezione reale del bene culturale del quale sia detentore, non debba proteggere la risorsa in maniera tale da produrne anche una qualche forma di valorizzazione. E ciò se non in termini economici, quantomeno in termini di accrescimento di quel valore di testimonianza che costituisce il *proprium* di questa categoria di oggetti giuridici.

distinzione, posto che molte delle norme contenute nel Codice dei beni culturali e del paesaggio si applicano indifferentemente ad entrambe le categorie. Ed un tanto, sebbene l'art. 111 del d.lgs. n. 42/2004 espressamente distingua la valorizzazione ad iniziativa pubblica da quella ad iniziativa privata, che viene definita "*attività socialmente utile*"²⁷³ con finalità di "*solidarietà sociale*"²⁷⁴.

Il concetto di gestione della risorsa culturale è allora omnicomprensivo, venendo a definire quella sintesi di tutela e valorizzazione inscindibilmente legate tra loro nel superiore interesse a garantire che non solo la risorsa stessa venga conservata e trasmessa, bensì che venga pure ad essere utilizzata in maniera tale da diffondere quanto più possibile il valore che ne è intrinseco. Ciò in quanto "*allo stato attuale della disciplina è possibile delineare tre distinte ipotesi: quella riguardante i beni culturali di appartenenza pubblica, che sono destinati ex lege alla fruizione pubblica; quella che concerne i beni culturali oggetto di alienazione, e dunque di appartenenza privata, anch'essi destinati ex lege in virtù del disposto del ... art. 10*"²⁷⁵, *alla fruizione pubblica; quella, infine, che riguarda i beni culturali originariamente di appartenenza privata, sostanzialmente privi della destinazione alla pubblica fruizione*". Per le prime due di queste categorie di beni di rilevanza storico-artistica si predica allora la necessaria gestione pubblicistica, con ingerenza dei pubblici poteri al fine di garantirne il vincolo di destinazione²⁷⁶. Per l'ultima invece, si riconosce espressamente la valenza di interesse generale rispetto alla relativa valorizzazione, ferma restando la necessità di tutela, ammettendo pure che sussista una effettiva distinzione, quantomeno sul piano concettuale, tra questi due termini.

²⁷³ Come si avrà modo di vedere, questo costituisce una singolare assonanza rispetto alla missione istituzionale anche degli enti del terzo settore, la cui attività meritoria viene a essere espressamente definita come di interesse generale. E questo specie qualora si faccia questione di protezione e valorizzazione di beni culturali.

²⁷⁴ Termini, questi ultimi, che come si vedrà sono pure ripresi dalla legislazione in tema di enti del terzo settore.

²⁷⁵ Del d.P.R. 7 settembre 2000, n. 283, che stabilisce in caso di alienazione di beni del demanio culturale, l'impossibilità di rilascio dell'autorizzazione nel caso l'alienazione stessa vada a pregiudizio della fruizione pubblica del compendio alienato.

²⁷⁶ A. IACOPINO, *op. cit.* pag. 141, cit.

.X. La gestione del patrimonio culturale tra pubblico e privato

Fatte queste doverose premesse introduttive, si può giungere al concetto omnicomprensivo di gestione della risorsa culturale. Per autorevole dottrina, infatti, *“l’attività di gestione, organizzando le adeguate risorse, mira ad assicurare la fruizione dei beni culturali, «serve» l’attività valorizzazione, che è diretta ad incrementare la fruizione stessa; concorre invece al perseguimento della finalità di tutela allorché organizza le risorse necessarie per riconoscere conservare (e proteggere) i beni e permettere in seconda istanza l’esercizio di quelle attività di valorizzazione dirette a migliorare le condizioni di fruizione raggiunte”*²⁷⁷.

Ora, la gestione del patrimonio culturale può avvenire tanto in via diretta, con ascrizione alla P.A. del relativo compito, quanto in via indiretta, attraverso l’esternalizzazione del servizio. Secondo M. Cammelli²⁷⁸ in tale ottica la nozione di “privato” può essere intesa in diverse accezioni: in senso debole quando si usano strumenti di diritto privato nella gestione del patrimonio culturale²⁷⁹, in senso intermedio quando il privato partecipa alla

²⁷⁷ S. FOÀ, *op. cit.*, pag. 351, cit. Anche volendo tenere distinti concettualmente tutela, valorizzazione e gestione, in tutte le modalità di “trattamento” del patrimonio culturale assume un ruolo centrale la discrezionalità amministrativa predicabile in capo alle amministrazioni coinvolte, come recentemente affermato dal Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3652/2015, ove si è sostenuto, in tema di autorizzazione paesaggistica, che “il parere del MIBACT in ordine alla compatibilità paesaggistica non può che essere un atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica”. Prendendo le mosse da questo inquadramento concettuale, risulta evidente la pervasività del sindacato amministrativo sull’atto in materia. Invero, l’esercizio di discrezionalità tecnica implica un sindacato giurisdizionale conseguente dalla peculiare latitudine. Le scelte effettuate in esercizio ed applicazione di criteri scientifici non sono ponderazione di interesse giuridicamente rilevanti coinvolti. Pertanto, il giudice amministrativo potrà vagliare a fondo l’operato dell’amministratore, con il solo limite, secondo una parte di dottrina e giurisprudenza, delle scelte discrezionali c.d. “complesse”.

²⁷⁸ M. CAMMELLI, *Ordinamento dei beni culturali: principi ed elementi evolutivi*, *op. cit.* pag. 9.

²⁷⁹ Classico esempio, quest’ultimo, di attività paritetica della pubblica amministrazione, che oggi deve ritenersi preferenziale alla luce del disposto dell’articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, ove è previsto che l’amministrazione, ove non sia necessario per ragione della tutela dei pubblici interessi dei quali è istituzionalmente portatrice, operi secondo i moduli del diritto privato. E ciò seppur con il temperamento congenito rispetto alle regole di diritto pubblico che comunque governano l’azione della P.A.

gestione di attività esternalizzate (o anche ad esempio come sponsor)²⁸⁰ ed, in terza via ed accezione forte quando come ente *non profit* si occupa di interessi collettivi e generali²⁸¹. Pur venendo a condividere questa tripartizione nella nozione amministrativistica di gestione, il punto focale della presente ricerca vuole porsi solo sui profili organizzativi quanto anche su quelli funzionali nella gestione di quello che verremo a definire come il *servizio pubblico culturale*. Secondo taluni, oggi, la valorizzazione in cui si estrinseca tale nozione non può che intendersi come “*una gestione imprenditoriale del patrimonio storico e artistico ... che prevede interventi mirati ad attrarre risorse finanziarie per migliorare lo stato fisico dei beni e la loro accessibilità*”²⁸². Così, in una ottica di mercato assai liquida, ci si avvede come “*la regolazione sostanziale viene sostituita più da una regolazione più procedimentale e organizzativa*”²⁸³.

D’altro canto, l’art. 6, comma III, d.lgs. n. 42/2004 espressamente prevede che la Repubblica²⁸⁴ favorisca e sostenga la partecipazione dei privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale. Ciò, se da un lato pare assegnare un evidente *favor* rispetto all’inclusione dei cittadini individualmente considerati ovvero nelle rispettive formazioni sociali nella gestione dei beni di rilevanza storico-artistica²⁸⁵, dall’altro non deve fuorviare quanto alle funzioni agli stessi assegnate, che non possono essere relegate

²⁸⁰ è legislativamente previsto, peraltro, che il privato possa compartecipare alle decisioni in ordine alla gestione del patrimonio culturale prendendo parte alle sedi decisionali nelle quali vengono adottate linee di indirizzo in tal senso. Sull’argomento ci si soffermerà più a fondo all’inizio del quarto capitolo.

²⁸¹ La ricerca si concentrerà sul privato debole ed intermedio, tralasciando per questioni di focalizzazione lo studio degli enti privati non profit.

²⁸² L. CASINI, *op. cit.* pag. 652

²⁸³ M. VAQUER CABALLERÍA, *La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell’unione europea: dall’eccezione alla diversità culturale*, in D. D’ORSOGNA – P.L. SACCO – M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l’arte*, in *Arte e critica*, XXI, supplemento al n. 80/81, pag. 29, cit.

²⁸⁴ Da intendersi nell’accezione di Stato-ordinamento.

²⁸⁵ Il riferimento in questo caso corre a G. FIDONE, *op. cit.* Pur in un quadro contingente di favore rispetto alle iniziative private che propongano la propria azione nell’ambito dei beni culturali, l’Autore sottolinea come non vada dimenticato che “*l’ammissibilità dell’intervento dei privati nel settore risulta fortemente condizionata dal quadro normativo vigente, a partire dai limiti che derivano dalla stessa Costituzione*”.

alla sola valorizzazione, con esclusione della tutela²⁸⁶. Si è infatti visto, anzitutto, come questi due aspetti siano inscindibilmente legati tra loro, al punto che non si può postulare l'esistenza di uno se non richiamando il compito proprio anche dell'altro. E si è detto pure che questa ambivalenza inerisce proprio il valore immateriale di cui questi beni sono portatori. Ora, appare pertanto evidente che il richiamo alla sola funzione di valorizzazione non può valere ad escludere in maniera definitiva ed apodittica pure la necessità che i privati tutelino pure i beni di cui sono gerenti. Dimostrazione di un tanto i pregnanti poteri – si pensi solo al diritto di prelazione nel caso di compravendita di cose d'arte²⁸⁷ o, ancora, il divieto generalizzato di adibire ad usi non conformi rispetto alla destinazione cui le cose sono preordinate – che sono riservati appannaggio della P.A. anche nei confronti di beni di titolarità dei privati. Un tanto, sembra viepiù giustificare forme di chiamata in sussidiarietà orizzontale anche attraverso il coinvolgimento privato nella gestione dei beni culturali di spettanza pubblica, con misure inclusive ed esternalizzazione della gestione del patrimonio culturale.

Invero, l'esternalizzazione della gestione del patrimonio culturale presenta sicuramente profili di assoluta peculiarità. Anzitutto, l'art. 106 del d.lgs. n. 42/2004²⁸⁸ prevede espressamente che gli enti pubblici territoriali possano concedere in uso i beni culturali che

²⁸⁶ E ciò anzitutto per ragioni di ordine letterale. Il fatto che non si rechi menzione della tutela nell'articolo, non esclude che il divieto di adibire ad usi non conformi, quale estrinsecazione generalizzata della tutela stessa, non si applichi anche ai beni di proprietà privata.

²⁸⁷ Ma non si dimentichi pure la necessità di apposito nulla-osta per le opere da eseguire sul patrimonio culturale, espressamente previsto dall'art. 20, d.lgs. n. 42/2004.

²⁸⁸ Cfr. sull'articolo, le riflessioni proposte da A. BROCCA, *op. cit.*, C. BARBATI – M. CAMMELLI – G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, G. CALDERONI, *Funzione pubblica e uso individuale dei beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Milano, 2000, G. CORSO, *Commento all'art. 106*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, A. FANTIN, *I beni culturali di proprietà pubblica: aspetti pubblicistici*, Padova, 2008, G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1983, pag. 53 e ss., G. SCIULLO, *I beni culturali come risorsa collettiva,- Una spesa, un investimento* in *Aedon*, 3/2017 A.L. TARASCO, *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017 nonché, dello stesso autore, *Concessioni d'uso dei beni culturali: prevenzione della corruzione e tutela delle finanze pubbliche*, in M. ANNUNZIATA (a cura di), *Lezioni di anticorruzione*, Bari, 2017.

hanno in consegna per finalità compatibili con la relativa destinazione²⁸⁹. Questi atti di disposizione sono, tuttavia, sottoposti a nulla osta ministeriale, con il quale possono essere imposte specifiche condizioni d'uso²⁹⁰. Il successivo art. 111 stabilisce poi che la valorizzazione può pure essere ad iniziativa pubblica – improntata a principi di libertà, partecipazione, pluralismo, continuità, parità di trattamento economicità e trasparenza – ovvero privata. Nel secondo caso l'attività è riconosciuta come socialmente utile per fini di solidarietà. Non è superfluo notare che, per la compagine pubblica, lo strumento privilegiato che si individua per l'attività di valorizzazione è l'accordo tra PP.AA. ed anche tra P.A. e privati cittadini o associazioni²⁹¹. Questa metodologia operativa è prevista anche per le attività di valorizzazione di iniziativa privata, per le quali è previsto altresì il sostegno dei pubblici poteri²⁹².

L'art. 115²⁹³ prevede invece la gestione del patrimonio culturale, con un lessico che vi comprende, come visto, la valorizzazione e, dunque, pure la tutela. Tale gestione può essere diretta da parte degli enti pubblici, ovvero indiretta. In questo secondo caso lo

²⁸⁹ Anche in questa disposizione si rammostra in maniera larvata quel divieto di adibizione ad usi non consentiti dalla destinazione sua propria del bene culturale di cui all'art. 20 d.gs. n. 42/2004.

²⁹⁰ E ciò è diretta applicazione della riserva di potestà in materia di tutela dei beni culturali riconosciuta anche a livello costituzionale appannaggio dello Stato

²⁹¹ Cfr. G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 2/2009, nonché, dello stesso Autore, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lg. 156/2006?*, in *Aedon*, 2/2006.

²⁹² Come si vedrà è proprio da questa sinergia che si creano i presupposti per una compartecipazione del cittadino veicolata dalle norme di diritto pubblico per la migliore valorizzazione del patrimonio di interesse storico artistico. È, infatti, sempre prevista una più o meno significativa ingerenza dei pubblici poteri all'interno dell'attività di diritto privato. E ciò costituisce uno degli elementi salienti dell'intera sistematica gestoria dei beni culturali.

²⁹³ Cfr. sul tema L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, nonché E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI – B. CORTESE – A. GEMMA – A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017, B. LILLA BOSCHETTI, *La valorizzazione*, in M.A. CABIDDU – M. GRASSO (a cura di), *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2004, L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, op. cit. e A.L. TARASCO, *La valorizzazione del patrimonio culturale tra "project financing" e gestione diretta: la difficile sussidiarietà orizzontale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, III, nonché, dello stesso Autore, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, 2006.

strumento giuridico da utilizzare è la concessione, tanto che la giurisprudenza ha avuto modo di affermare l'illegittimità dell'affidamento a soggetti terzi attraverso una gara d'appalto che non tenga il peculiare oggetto della esternalizzazione²⁹⁴. In caso di esternalizzazione, nondimeno, è sempre previsto il potere di vigilanza dell'ente concedente, tanto da prevedersi espressamente la risoluzione *ex lege* del rapporto in caso di inadempimento del privato (art. 115, comma VI, d.lgs. n. 42/2004)²⁹⁵.

La concessione, inoltre, sarebbe stata prescelta dal legislatore poiché trasferisce l'alea d'impresa sul privato, spronandolo così ad implementare virtuose operazioni di messa a rendita del patrimonio culturale. Questo concetto, nondimeno, deve essere tenuto in equilibrio con le necessità di tutela, da un lato, e con il principio costituzionale di uguaglianza sostanziale dall'altro. Il costo di accesso alla risorsa culturale, infatti, non deve mai risultare irragionevole al punto da precludere la fruizione del patrimonio a fette significative della popolazione meno abbiente.

Resta tuttavia la problematica dei servizi c.d. connessi e di quale ne sia il regime giuridico. Tali sono i servizi di corredo e sfruttamento del patrimonio culturale che non ineriscono direttamente lo scopo del bene (si pensi all'utilizzo dell'immagine di un dipinto per finalità di *merchandising*, ovvero ancora l'utilizzo di videoriprese per la realizzazione di documentari). La questione, invero non pare che potersi essere risolvere puntualmente se non nel caso concreto. A livello generale, nondimeno, si deve ritenere che si debba valutare il grado di interconnessione esistente tra i servizi oggetto di appalto e quelli che sarebbero invece sottoposti a regime concessorio. Ove detto legame sia di tale evidenza e pervasività da rendere impossibile²⁹⁶ l'erogazione separata dei servizi, pare che si possa predicare l'assorbimento della disciplina in favore della concessione dei servizi. In altri termini, per i servizi non scorporabili, dovrà essere indetta una procedura competitiva volta

²⁹⁴ Cfr. Consiglio di stato sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5773, nello specifico è stata ritenuta illegittima la procedura che ha portato all'affidamento del servizio come appalto quando risultavano preponderanti diverse prestazioni più specificamente attinenti alla valorizzazione del patrimonio culturale

²⁹⁵ Inadempimento che può venire ad essere riferito tanto alla tutela quanto alla valorizzazione.

²⁹⁶ Alla categoria dell'impossibilità deve essere equiparato l'inscindibilità economica, ovverosia l'impossibilità di rendere i servizi separati garantendo la sostenibilità della fruizione del bene culturale oggetto di servizio pubblico.

all'affidamento in concessione in blocco²⁹⁷. Questo anche perché la pervasività del servizio pubblico culturale imporrebbe inevitabilmente, in caso di inscindibilità, l'ingerenza del servizio in concessione rispetto a quanto appaltato. Il concessionario, invece, deve *ex lege* vedersi consentito l'organizzazione del servizio, pena l'incompatibilità di un modulo giuridico che predica quale effetto connaturato l'assunzione in capo al privato dell'alea di impresa.

Infine, preme ricordare come nell'ambito degli affidamenti in gestione all'esterno gioca oggi un ruolo di rilievo Consip: l'art. 16 del d.l. n. 78/2015 autorizza infatti le amministrazioni aggiudicatrici preposte alla valorizzazione dei beni culturali ad avvalersi di questo ente, anche quale centrale di committenza per lo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento in concessione dei servizi di cui all'art. 117 d.lgs. n. 42/2004²⁹⁸.

Tutte le modalità gestionali previste dal d.lgs. n. 42/2004 scontano tuttavia un *deficit* di tutele potenziale quanto al vincolo finalistico che caratterizza il patrimonio culturale. A fronte dell'inadempimento, infatti, l'unico mezzo è la risoluzione – civilistica – del contratto. Non vi è mai vera cogestione della risorsa, che è alternativamente ascritta al plesso amministrativo ovvero delegata al privato che agirà giocoforza secondo criteri di mercato. Di qui una insoddisfazione di fondo rispetto alle soluzioni tradizionali ora brevemente esaminate, testimoniata anche dalla prassi amministrativa. Di qui pure la necessità, vista anche la volontà di andare a ricercare metodologie operative nuove che consentano una vera compartecipazione, un vero partenariato, tra pubblico e privato.

²⁹⁷ Il fatto che vi sia una procedura competitiva a monte, poi, garantisce la tutela di quelle esigenze di concorrenza che sono state espresse anche dalla giurisprudenza quali presidi necessari nelle procedure *de quibus*.

²⁹⁸ Cfr. sul tema G. PIPERATA, *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni di beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in *Aedon*, 3/2008.

.XI. Alcune note conclusive: diritti soggettivi in relazione al patrimonio culturale. Verso il servizio pubblico culturale.

Se queste sono le linee direttrici attraverso le quali l'opera di gestione del patrimonio culturale può venire ad inverarsi ad opera tanto del pubblico quanto, soprattutto del privato, occorre infine domandarsi come deve essere qualificata la posizione del cittadino che aspiri a godere di una parte del patrimonio stesso. Solo così si potranno superare questi strumenti tradizionali per giungere a proporre metodologie operative innovative. Si è sottolineato nella dottrina più recente come *“la fruizione del bene culturale è l'oggetto di un diritto soggettivo vero e proprio, che lo distingue dalla proprietà o altro diritto reale o di godimento sul bene; anzi lo stesso assume rilievo in presenza di una proprietà aliena sul bene culturale e a prescindere dal regime di proprietà pubblica o privata”*²⁹⁹.

Si afferma così la sussistenza di un vero e proprio diritto di credito³⁰⁰, assimilabile ai diritti sociali che possono essere pretesi indistintamente dalla moltitudine dei cittadini (al pari di quanto ad esempio avviene con il diritto ad usufruire delle prestazioni del servizio sanitario nazionale).

Lo scarto concettuale vero e proprio si ha con il passaggio dal riconoscimento della pretesa della prestazione anche a chi non sia direttamente tutelato dalle norme in tema di obbligazioni e contratti. L'esempio che può spiegare la differenza è il riconoscimento della lesione di un diritto assoluto per lo sciopero che precluda l'accesso ad un museo. Infatti, il diritto di sciopero in situazioni similari è stato legislativamente equiparato ad una interruzione di pubblico servizio³⁰¹. Si riconosce così normativamente la suscettibilità di inquadrare il diritto alla fruizione e tutela del patrimonio culturale della nazione quale

²⁹⁹ R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pag. 496, cit. tra gli altri, pure S. RODOTÀ, *Articolo 42* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, pag. 69 e ss., P. VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, Palermo, 1962, A. LALLI, *I beni pubblici*, Napoli, 2015, e M. RENNA, *Beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006.

³⁰⁰ R. TOGNI – A. SASSANI, *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico*, Milano, 1978, ove gli Autori si concentrano in particolare sulla ricostruzione sistematica del sistema di diritto correlato alla fruizione del patrimonio culturale da parte dei cittadini.

³⁰¹ G. PIPERATA, *Sciopero e musei: una prima lettura del d.l. n. 146/2015* in *Aedon* 2015. La legge commentata dall'Autore inserisce infatti tra i servizi essenziali assoggettati alla normativa speciale sul diritto di sciopero pure quelli di tutela del patrimonio culturale.

diritto assoluto e, di conseguenza, esigibile nei confronti dei pubblici poteri da parte di ogni cittadino. Del pari, pure la già citata Convenzione di Faro afferma il pieno diritto di ogni cittadino di fruire dell'eredità culturale della Nazione.

Si afferma così una situazione giuridica soggettiva normativamente rilevante in capo a tutti i cittadini volta alla tutela e valorizzazione del patrimonio culturale³⁰². È proprio questo il *trait d'union* che consente il passaggio concettuale dalla gestione del servizio pubblico, che afferisce i rapporti tra il detentore del bene ed il concessionario, ed il servizio pubblico culturale, che costituisce situazioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili in capo a consociato. La situazione giuridica soggettiva trova espresso riconoscimento nelle norme che si sono enumerate, a partire dalla Costituzione passando per la disciplina normativa che declina quei principi di tutela e valorizzazione. Essa si costituisce per un duplice contenuto, negativo e pretensivo. Negativo nella misura in cui ha ad oggetto la pretesa acciocché il patrimonio culturale non subisca un uso che non sia compatibile con la peculiare finalità di interesse collettivo che gli è immanente. Positivo acciocché i beni di interesse storico-artistica vengano adeguatamente valorizzati consentendone la fruizione ad un prezzo ragionevole a quanti più soggetti sia possibile.

In questi termini, tutela e valorizzazione, suggellate nel complessivo concetto di gestione, dimostrano la natura propria del bene culturale, pubblico in quanto a fruizione ed in quanto testimonianza di un compendio valoriale direttamente inerente alla comunità storico-giuridica all'interno della quale esso si colloca.

Se questi sono i termini di diritto positivo della questione, si può allora passare ad analizzare come debba essere descritta la funzione pubblica attraverso la quale queste posizioni giuridiche soggettive sono garantite e trovano invero all'interno dell'ordinamento.

³⁰² Si è parlato in questi termini di un “*diritto che per il cittadino italiano è diritto assoluto all'identità Nazionale, che può dirsi fondamentale nel senso che il suo fondamento è tra i principi fondamentali della Repubblica italiana; un principio identitario che per ciò solo è self executing*”, cfr. R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pag. 503, cit.

Capitolo 2

Il servizio pubblico culturale

Introduzione

Si è visto che i connotati del bene culturale sono quelli di una indisponibilità relativa³⁰³ che rende di fatto irrilevante il regime proprietario³⁰⁴ essendo lo stesso pubblico quanto a fruizione, e dell'immaterialità del valore che ne costituisce la ragion d'essere³⁰⁵. Si è poi visto come questi beni debbano per loro stessa natura essere tutelati e valorizzati o, per meglio dire, gestiti globalmente secondo la relativa destinazione³⁰⁶. E questa gestione può, del pari, essere delegata a soggetti privati, attraverso la concessione, come pure attraverso forme di partenariato pubblico-privato³⁰⁷. Tuttavia se, parimenti, uno degli specifici obblighi della Repubblica è quello di garantire la fruizione del relativo patrimonio a tutti i cittadini, ci si deve chiedere quali sono le direttrici attraverso le quali garantire la fruizione di questo patrimonio. Ossia, in altri termini, occorre comprendere se l'attività di chi

³⁰³ Che si converte in concreto in ben precise limitazioni all'utilizzo compendiate nella formula del divieto di adibizione ad usi non conformi.

³⁰⁴ Salvo per i profili direttamente inerenti alla valorizzazione, per i quali si è visto sussistere un regime differenziato tra i beni di appartenenza pubblica e quelli di proprietà privata

³⁰⁵ In punto, quanto alla necessità di valorizzazione del compendio, cfr. G. SCIULLO, *I beni culturali ...*, *op.cit.*. Con riferimento invece alle prospettive di gestione della risorsa culturale, particolarmente importanti nella presente trattazione P. CARPENTIERI, *Gli indirizzi di politica del diritto nei più recenti interventi normativi sui beni culturali*, in *Giustizia amministrativa*, 2/2018.

³⁰⁶ Presupposto di questa concezione, come si è visto, il tessuto costituzionale nella interpretazione che gli si è data nel tempo ad opera della relativa Corte, come sottolinea S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, 2016. L'Autrice sottolinea in particolare la chiave interpretativa dinamica con la quale deve essere valutato il presupposto costituzionale che impone la tutela del patrimonio storico-artistico, concentrandosi sulla multiforità che questa funzione viene ad assumere sia con riferimento alle diverse articolazioni assunte dallo Stato, sia avendo riguardo agli strati sociali intermedi che possono interagire con la risorsa.

³⁰⁷ Queste le formule di esternalizzazione previste nel d.lgs. n. 42/2004. Che, come si è visto, paiono in definitiva insufficienti ed, anzi, spingono in uno con la congiuntura socio-economica, al ripensamento dei modelli di compartecipazione gestionale tra pubblico e privato.

gestisce il bene culturale³⁰⁸ sia assimilabile nei fatti ad un vero e proprio servizio pubblico. Solo in questo modo, si potranno analizzare a fondo quelle che sono le metodologie di diritto pubblico e privato con le quali veicolare la gestione stessa, specie con riferimento ai soggetti appartenenti al c.d. terzo settore.

Si parla, infatti, già da tempo assai risalente di una *funzione statale della cultura*³⁰⁹ intesa come somma di attività di pertinenza dello Stato che debbono essere preordinate ed in qualche modo garantite per favorire lo sviluppo intellettuale ed in definitiva l'autorealizzazione dei singoli individui³¹⁰. In questi termini, ad esempio con riferimento ai poli museali, si è sostenuta³¹¹ l'esistenza di un servizio pubblico da parte dell'ente titolare, dal quale generano veri e propri diritti di credito ad una prestazione determinata in capo ai cittadini³¹². In questi termini, allora, si può apprezzare come la questione della gestione dei beni culturali venga tramutandosi nell'esigenza di garantire al cittadino – individualmente determinato ovvero raccolto in comunità di riferimento – una prestazione giuridicamente determinata³¹³ alla fruizione *in parte qua* del patrimonio culturale, che è conseguente al

³⁰⁸ In quest'ottica, risulta viepiù evidente come sia in definitiva indifferente la veste giuridica esteriore assunta da questo soggetto, che può alternativamente essere una pubblica amministrazione ovvero una società formalmente di diritto privato. Si potrà poi discutere, infatti, se una volta esternalizzato il servizio, il relativo gestore debba considerarsi una P.A. in senso sostanziale.

³⁰⁹ U. BORSI, voce *Musei*, in *Il digesto italiano*, Torino, 1904-1911.

³¹⁰ D'altronde è una tipica missione dello Stato, secondo il disposto della Costituzione, quella di promuovere attivamente la creazione concreta di beni culturali. Cfr. M. CAMELLI, *Il diritto del patrimonio culturale: sfide aperte, risposte possibili*, in *Aedon*, 3/2017. Il sedime concettuale all'interno del quale inserire questa considerazione è quello per cui la libertà di cultura veicola quella ricerca della felicità cui tende ogni cittadino. Tutelando i beni culturali e valorizzandoli si rende dunque effettiva quella aspettativa in potenza predicata ad ogni consociato.

³¹¹ R. CAVALLO PERIN, *La struttura*, *op. cit.*

³¹² O, forse, più propriamente posizioni di interesse legittimo pretensivo alla correttezza e continuità nella erogazione del pubblico servizio direttamente riferibile al polo museale. Pare, infatti, più complesso sostenere la sussistenza di una situazione giuridica complessa nell'ambito della gestione di beni di spettanza viepiù pubblica e che come tali sono soggetti all'esercizio di poteri amministrativi propriamente intesi.

³¹³ Se ed in quanto riconosciuta tale a livello normativo o, in subordine tramite atto di assunzione anche tacito da parte della pubblica amministrazione competente.

dovere di tutela e valorizzazione dello stesso secondo il regime proprio di questa particolare categoria di beni³¹⁴.

³¹⁴ Come si è visto, infatti, lo statuto del bene culturale ne impone una valorizzazione nel senso della promozione della relativa testimonianza verso strati quanto più diffusi della collettività.

.I. Nozioni introduttive: servizio pubblico e vincoli finalistici nel dettato costituzionale.

La nozione di servizio pubblico³¹⁵ ha subito nell'ordinamento italiano una notevole evoluzione nel corso del secolo ventesimo e nell'inizio del secolo ventunesimo. Per apprezzarne appieno la complessità, non si può non constatare una cesura fondamentale che è data dall'introduzione nell'ordinamento di una costituzione rigida nel 1948. Prima di allora, infatti, i servizi pubblici ed, in particolare, i c.d. servizi sociali, trovavano disciplina³¹⁶ solamente in testi di legge ordinaria³¹⁷, come tali sottoposti alla mutevolezza delle opinioni del legislatore, che a partire dalla legge sulle c.d. municipalizzate del 1903 si era occupato dei profili funzionali³¹⁸ dell'erogazione dei servizi locali senza porre questioni in ordine al regime proprietario dei beni attraverso i quali i servizi erano erogati (specie per i c.d. servizi di rete) e senza occuparsi di qualificare in via generalizzata l'oggetto della propria normazione. Con l'avvento dell'art. 43 Cost.³¹⁹ si fa strada per la

³¹⁵ Per una introduzione sul tema, nella consapevolezza della vastità dell'argomento, cfr., *ex multis*, M. DUGATO *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, G. GASPARE, *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, Milano, 2005, R. GIOVAGNOLI, *È servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di un servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005, F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003, nonché E. ZANELLI, *Ancora su teoria e storia dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia di diritto terziario*, 2007.

³¹⁶ Peraltro, senza pretesa normativa di sistematicità. L'unico interesse del legislatore di inizio secolo, come si preciserà poco oltre, era infatti quello di definire le metodologie operative concrete degli operatori istituzionali emersi nella prassi quali soggetti erogatori di servizi in favore della comunità.

³¹⁷ Cfr. F.A. CANCELLA, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, 2009, in specie pag. 22 dove si sottolinea come la posizione giuridica del privato rispetto alla pubblica amministrazione, nell'erogazione dei servizi sociali, era riflesso diretto delle leggi ordinarie che avevano progressivamente creato l'apparato pubblico all'inizio del Novecento.

³¹⁸ Cfr. V. ITALIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010, in specie pag. 203, ove si rimarca che la prima legislazione compiuta sul tema è quella operata dalla legge in tema di municipalizzate, poi seguita dal r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 di "approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province.

³¹⁹ Sull'articolo, cfr. F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003 e A. DI MAJO, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in AA.VV., *Trattato di diritto*

prima volta invece l'idea che vi siano determinati servizi che lo Stato, nella sua missione istituzionale, deve rendere a tutti cittadini, cui corrispondono posizioni giuridiche direttamente esigibili presso la P.A. da parte di questi ultimi. A tal punto questa petizione di principio diviene cardine dell'ordinamento, che risulta cedevole rispetto ad essa pure il diritto di proprietà, che come noto ha rilievo primario in tutta la legislazione costituzionale ottocentesca e primo novecentesca del liberalismo³²⁰. La Carta fondamentale parla, infatti, espressamente di pubblico servizio nei termini di riserva allo Stato di compiti materiali per il raggiungimento del benessere sociale della collettività³²¹. Contestualmente, l'art. 41, comma II³²², sancisce che l'iniziativa economica privata, per quanto libera per principio, non può andare contro all'utilità sociale³²³. In altri termini, l'impresa privata non può ledere gli interessi della collettività ed, in tale ottica, questa può essere sottoposta a

commerciale e di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, Padova, 1977. Quanto alle posizioni giuridiche riconnesse a questa opera di riconoscimento costituzionale, cfr. invece C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, Cagliari, 1953, ancora valida quanto ai notevoli spunti esegetici contenuti. Quanto all'effettività delle posizioni giuridiche così riconosciute, la norma va letta in combinato disposto con i diritti riconosciuti nell'ambito del testo costituzionale, anche implicitamente.

³²⁰ Cfr. L. COMPAGNA, *Dal costituzionalismo liberale alla democrazia politica*, Milano, 1988.

³²¹ Il concetto, sebbene non esplicitato in questi termini dalla carta fondamentale, si può ricavare da una lettura sistematica della Costituzione in uno con i relativi lavori preparatori.

³²² Sul tema invero la dottrina è assai vasta. Si segnalano a mero titolo esemplificativo le riflessioni proposte da M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e dei mercati*, in G. DELLA CANANEA – M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1977, G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia, La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, G. MORBIDELLI, voce *L'iniziativa economica privata* in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992 e M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Annuario AIPDA 2007*, Napoli, 2008.

³²³ Ovverosia, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, l'attività economica privata deve essere indirizzata dai pubblici poteri verso il benessere collettivo, trascendendo anche quelle forme di individualismo che sono invece per certi versi caratterizzanti all'intrapresa economica.

controlli e programmi pubblici³²⁴, specie quando questa ponga in essere una attività rilevante per il soddisfacimento dei bisogni della collettività³²⁵.

Alla luce di queste linee direttrici, pertanto, si deve esaminare la nozione di servizio pubblico. Nondimeno, non si può avere un compiuto scorcio della materia *de qua* se non partendo dall'analisi diacronica della sua evoluzione³²⁶ nel corso del tempo, andando a lumeggiare il concetto per come è stato declinato nella legislazione postunitaria e, successivamente, alla luce del disposto costituzionale. Solo così, infatti, si può realmente apprezzare la nozione del servizio pubblico culturale quale servizio pubblico essenziale.

³²⁴ Nondimeno, parte della dottrina ha sostenuto come l'unica indicazione formale dei pubblici servizi sia quella dell'art. 43 poiché i costituenti, laddove hanno voluto riferirsi al pubblico servizio lo hanno fatto espressamente, cfr. F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di «servizio pubblico»*, in *Foro Amministrativo*, VII-VIII, 1998. Contrariamente a questa tesi, si può tuttavia ritenere che l'interpretazione del testo costituzionale non possa che esser organica e dunque che un articolo vada interpretato alla luce degli altri.

³²⁵ È, peraltro, evidente, che alla luce della interpretazione più o meno vasta di quali siano i bisogni rilevanti si giustificherà un intervento più o meno pregnante dei pubblici poteri sulla iniziativa economica privata.

³²⁶ Si può già portare all'attenzione, tuttavia, di come la nozione di servizio pubblico abbia seguito nella sua evoluzione le stesse modificazioni che nel tempo è venuta subendo l'amministrazione stessa, secondo linee devolutive delle competenze tra centro e periferia e verso anche il coinvolgimento di privati e strati sociali intermedi nella garanzia dei servizi essenziali una volta alla stessi riservati in via esclusiva.

.II. La nozione di servizio pubblico nel diritto amministrativo: tra teoria soggettiva ed oggettiva.

Giannini per primo descrisse il servizio pubblico in termini di *munus* affidato secondo un vincolo teleologico alla pubblica amministrazione, preordinando l'attività della stessa al conseguimento di diritti riconosciuti alla cittadinanza³²⁷. Tuttavia, già all'inizio del XX secolo la dottrina riconosceva la nozione del servizio pubblico come quella afferente attività "cui attendono gli organi dello stato direttamente o per mezzo di concessionari"³²⁸ per il soddisfacimento dei bisogni della popolazione³²⁹. Inizialmente, e pur non ancora in vigenza della carta costituzionale, veniva dunque ascritta all'esercizio dei pubblici poteri la necessità di rendere alcuni servizi che erano ineludibilmente appannaggio della P.A.³³⁰. Il concetto, in definitiva, è transitato, seppur con qualche aggiustamento, sino al periodo contemporaneo. È stato infatti sottolineato in quest'ambito come il concetto di "servizio" in sé e per sé assumesse già allora una connotazione neutra, "facendo riferimento a quelle attività professionali o altamente specialistiche caratterizzate dall'uso di mezzi tecnologici particolarmente avanzati e che sono rivolte alla persona al fine di offrirle le condizioni per autodeterminare liberamente e paritariamente una vita dignitosa e di qualità"³³¹. Il termine, nondimeno, sintetizza un'attività di carattere materiale, non direttamente espletabile attraverso provvedimenti amministrativi³³². In quest'ottica, l'erogazione di un pubblico servizio rientra nel novero di quelle attività che la P.A. espleta, in un *welfare*

³²⁷ M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, specialmente pag. 124.

³²⁸ P. BELLONI PERESSUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1910, pag. 293, cit.

³²⁹ Riferisce della missione istituzionale della P.A. quale soddisfacimento dei bisogni essenziali della pubblica amministrazione già V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1897. L'Autore acutamente osserva che l'utilità dell'apparato amministrativo sussiste se e nella misura in cui questo è idoneo a dare risposta ad interessi di carattere generale diffusi tra la popolazione.

³³⁰ Proprio con riferimento a queste attività M.S. GIANNINI conia il concetto di "funzione pubblica in senso stretto" in *Diritto amministrativo*, III, Milano, 1993, pag. 4, cit., da intendere come plesso funzionale minimo che deve ineludibilmente essere riservato alla funzione pubblica.

³³¹ F. GIGLIONI, *op cit.*, pag. 2265, cit.

³³² Non si dubita, tuttavia, che anche questa tipologia di attività sia essa stessa propriamente amministrativa, in quanto inerente alla persecuzione degli interessi generali dei quali è tributaria la pubblica amministrazione. Semplicemente, in questo ambito la P.A. non agisce per provvedimenti quanto piuttosto per atti materiali individualmente idonei al soddisfacimento dei bisogni considerati rilevanti dal legislatore.

state, per soddisfare direttamente i bisogni primari ed essenziali della collettività³³³. Contestualmente, in questo settore amministrativo paiono meno accentuati i caratteri autoritativi, posto che il cittadino, da utente finale, beneficia dell'azione amministrativa, piuttosto che esserne soggetto all'imperio³³⁴.

Dunque i profili salienti nella definizione di pubblico servizio sono la tecnicità, la materialità e la mancanza – tendenziale – di autoritarità. Caratteri questi ultimi, rimasti in buona sostanza invariati nel corso degli anni anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione³³⁵.

Partendo con ordine in una indagine diacronica vi è che, come si accennava sopra, la legge 29 marzo 1903, n. 103 fu il primo atto normativo che disciplinò in maniera compiuta ed articolata i pubblici servizi, con particolare riferimento a quelli resi da Comuni e Province, definendo i compiti da ascrivere a questi enti pubblici territoriali³³⁶. Il periodo storico di emanazione della legge è significativo: era in atto in Italia una profonda evoluzione del tessuto sociale e produttivo e si faceva largo, seppur in maniera piuttosto larvata, l'idea di

³³³ F. GIGLIONI, *op. cit.*, sottolinea come l'essenzialità del servizio ne sia una delle caratteristiche salienti assieme alla elevata componente tecnica nella relativa erogazione.

³³⁴ Non si vuole entrare nell'annosa questione nella quale parte della dottrina ha revocato in dubbio che in caso di provvedimenti favorevoli l'attività amministrativa non rivestirebbe le caratteristiche dell'autoritatività che le sono proprie, cfr. F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1995 e R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006. Si vuole sottolineare solamente, ai fini che interessano la presente sede, come i profili di supremazia della P.A. appaiano nell'erogazione del servizio pubblico particolarmente attenuati posto che, successivamente alla disciplina dello stesso, nel concreto, solitamente si agirà attraverso i moduli del diritto privato.

³³⁵ La carta fondamentale, infatti, si è occupata principalmente di definire quella che è la riserva pubblicistica nella necessaria garanzia del soddisfacimento dei bisogni primari piuttosto che andare a definire puntualmente i requisiti propri dell'attività erogativa del servizio pubblico culturale da parte della pubblica amministrazione.

³³⁶ Elemento di rilievo, come si vedrà anche ai fini di una ricostruzione sistematica del concetto, quello dell'ascrizione ai pubblici poteri della funzione relativa al soddisfacimento diretto degli interessi di una collettività. In altri termini, nella legislazione di inizio secolo, sembra doversi dare rilievo al concetto di soggettività nell'assunzione del servizio.

stato sociale che doveva garantire in via diretta il benessere della popolazione³³⁷. Connaturata al mutamento economico è dunque l'evoluzione del sostrato sociale, che con l'ampliamento della platea dei votanti inserisce nell'ordinamento nuove classi economiche portatrici di bisogni ed istanze del tutto particolari³³⁸. In quest'ottica, la legge n. 103/1903 codifica di fatto quanto emerso nella prassi da parte degli enti locali³³⁹. Nondimeno, non si può mancare di sottolineare come già questo Testo unico prevedesse la concessione all'industria privata, senza che, tuttavia, la dottrina avesse ad obbiettare circa l'effettiva sussistenza di una imputabilità soggettiva del servizio alla pubblica amministrazione³⁴⁰. In altri termini, non si dubitava che il servizio mantenesse caratteri di pubblicità anche quando materialmente svolto da soggetti sostanzialmente privati³⁴¹, così determinando di fatto una sostanziale irrilevanza del regime del soggetto somministratore, avendo piuttosto rilievo allo scopo di utilità generale che con questo tipo di servizi veniva perseguito³⁴². Un quarto di secolo dopo, con il r.d. 2578/1925 si procedeva ad una prima identificazione dei servizi pubblici stilando un apposito elenco che includeva numerose ed analitiche attività rese in erogazione dalla P.A.³⁴³. Nondimeno, questa elencazione non era tassativa e

³³⁷ L'evoluzione del sentire è direttamente correlata all'inserimento di nuovi strati sociali all'interno della vita democratica del paese, come sottolinea C. DE BONI, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte prima: da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*, Firenze, 2009, pag. 35.

³³⁸ Per uno scorcio di come questa evoluzione storica si è riflettuta anche sul mondo del diritto, utile il riferimento pure a G. MANGANARO FAVARETTO, *Popolo, nazione e democrazia tra Ottocento e Novecento: studi in onore di Arduino Agnelli*, Trieste, 2005.

³³⁹ I quali già in via autonoma avevano proceduto all'assunzione di servizi essenziali della popolazione quali, ad esempio, quello idrico.

³⁴⁰ Il centro di interessi cui appuntare l'esercizio del pubblico servizio permaneva infatti l'ente locale anche nel caso di concessione al privato.

³⁴¹ Pareva in effetti quasi scontata l'iscrizione al plesso pubblico che manteneva il controllo sull'erogazione del servizio ancorché questo potesse essere devoluto all'esterno.

³⁴² Sul punto si avrà modo di tornare un poco più oltre.

³⁴³ L'elenco includeva: la costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; l'impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; la costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; la costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; la costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; l'impianto ed esercizio di farmacie; la nettezza pubblica e

ciò consentì la proliferazione e progressiva espansione della nozione di pubblico servizio locale tanto dal punto di vista oggettivo (in relazione ai servizi resi) quanto in definitiva dal punto di vista soggettivo (con riferimento ai soggetti che erogavano tali servizi ed, in particolare, alle c.d. società municipalizzate). Infatti, *“la disorganicità dell’elencazione delle attività e l’uso del termine «servizi pubblici» in senso prettamente economico rendevano assai difficile individuare una compiuta definizione di tale nozione sul piano giuridico”*³⁴⁴. Da un lato l’elencazione era oltremodo vaga, non distinguendo le varie fasi dell’erogazione del servizio³⁴⁵, dall’altro era eccessivamente rigida se interpretata letteralmente³⁴⁶. Anche in tempi recenti, tuttavia, si è sottolineato come il legislatore, attraverso la qualificazione del servizio (anche attraverso appositi elenchi), fa assumere un connotato di doverosità allo stesso, denotandone una peculiare importanza³⁴⁷. E, dunque, si

sgombro di immondizie dalle case; i trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; la costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; la costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; la costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; la costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; la fabbricazione e vendita del ghiaccio; la costruzione ed esercizio di asili notturni; la impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; la produzione e distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; le pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; gli essiccatoi di granturco e relativi depositi; gli stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere

³⁴⁴ A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Diritto amministrativo*, I, 2007, pag. 50, cit. L’autore, prosegue sostenendo come pure la legislazione specificamente afferente le autonomie locali dei primi anni ’90 del ventesimo secolo non sia stata in grado di definire in maniera compiuta la nozione di servizio pubblico di carattere locale.

³⁴⁵ In questo modo contribuendo di fatto alla confusione creata nella definizione della tipologia di poteri effettivamente utilizzati dalla pubblica amministrazione al momento della erogazione del servizio pubblico. Non era, infatti, presente una precisa distinzione delle fasi procedurali con specifico riferimento alla attività di esternalizzazione nell’esercizio delle potestà pubblicistiche.

³⁴⁶ La critica, in questi termini, si rifà a quanto sostenuto da M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, 1989.

³⁴⁷ A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Diritto amministrativo*, 1994, II, pag. 459 e ss.

rammostra comunque una significativa utilità pratica nell'elencazione come quella in parola perché veicola una ascrizione precisa del servizio ad un regime giuridico suo proprio³⁴⁸.

Ora, secondo una impostazione classica di tipo soggettivistico, che prende proprio le mosse da questa legislazione di inizio secolo, il servizio pubblico sarebbe “*un'attività imputabile direttamente o indirettamente allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini*”³⁴⁹. In questa ottica, l'elemento preponderante consiste nell'imputazione subiettiva dell'attività, che deve essere ascritta ai pubblici poteri in via diretta o mediata³⁵⁰. Se questa è la visione sicuramente maggioritaria – e financo piuttosto pacifica – della nozione in parola per larga parte del Novecento, i mutamenti socio-economici della seconda parte del ventesimo secolo hanno portato a nuovi modelli di gestione della cosa pubblica e, di conseguenza, si è dovuta una rivisitazione della stessa nozione di servizio pubblico. Secondo autorevole dottrina, nella visione³⁵¹ della disciplina dei beni pubblici e privati rappresentata all'art. 43 della Carta fondamentale, la gestione del servizio pubblico potrebbe anche avvenire da parte di soggetti privati, posto che si è espressamente riservata la possibilità di

³⁴⁸ In altri termini, la maggiore utilità della elencazione è quella del raggiungimento della certezza nella identificazione in termini di servizio pubblico delle attività che vi sono enumerate. Ed un tanto sebbene la carenza di organicità abbia in definitiva provocato delle difficoltà nella ricostruzione in termini giuridici di cosa debba essere considerato servizio pubblico, posto che non si è nel tempo riusciti ad individuare quali fossero gli elementi caratterizzanti la struttura gestionale del servizio ed, ancor meno, le esigenze di carattere pubblico che soggiacevano alla peculiare disciplina disegnata dal legislatore.

³⁴⁹ A. DE VALLES, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1930, IV. Il precipitato di questa dottrina tradizionale si rinviene poi nell'opera di fondamentale importanza di G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, in specie pag. 138 e ss.

³⁵⁰ A dire che il servizio è pubblico se ed in quanto l'amministrazione lo riconosce come tale ascrivendone la relativa erogazione ad una struttura di carattere pubblicistico. Solo successivamente, tuttavia, si è giunti alla consapevolezza che tale ascrizione era significativa a definire il servizio per ragione del fatto che l'attribuzione alla P.A. è una forma di garanzia del soddisfacimento dei bisogni pubblici attraverso una ben precisa struttura fisiognomica del servizio stesso.

³⁵¹ Il riferimento corre all'opera, di capitale importanza, di U. POTOTSHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964. L'Autore, in particolare, facendo riferimento al dato testuale degli artt. 41 e 43 della Costituzione espressamente sostiene che questi “*per la loro stessa portata testuale (sono) ... tali da smentire definitivamente il principio nominalistico nella definizione di servizi pubblici locali*” pag. 144, cit.

pubblicizzazione delle risorse produttive ad essi afferenti che, pertanto, *ex ante* possono dunque essere di titolarità dei singoli cittadini³⁵². Come si notava, la norma prefata prevede infatti che “*a fini di utilità generale, la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*”. Possono quindi sussistere servizi pubblici che, del tutto legittimamente, vengono esercitati da soggetti privati, nella misura in cui la norma consente, ma non impone, l'erogazione del servizio pubblico da parte della pubblica amministrazione³⁵³. Per conseguenza, non è tanto dall'iscrizione al plesso amministrativo che si deduce una definizione dell'attività di interesse generale, quanto, piuttosto, dalla sua funzionalizzazione per finalità di interesse collettivo³⁵⁴. Rafforzerebbe questa concezione pure l'art 41 Cost. ove è espressamente prevista, attraverso “*i programmi e i controlli opportuni*” l'ingerenza del pubblico nei confronti dell'attività privata di rilevanza anche economica al fine di mantenere il vincolo teleologico di pubblica utilità in favore degli interessi della collettività intera³⁵⁵. In questi termini si è espressa in tempi più risalenti la visione c.d. oggettiva della nozione di servizio pubblico, interessata più alla definizione di pubblica utilità della gestione piuttosto che al regime soggettivo dell'erogante³⁵⁶. Si è,

³⁵² In quest'ottica un servizio non è pubblico se ed in quanto ascritto al plesso della pubblica amministrazione, bensì lo è in quanto tale ad una analisi inferenziale delle sue caratteristiche, siccome preordinato al soddisfacimento di bisogni essenziali della collettività.

³⁵³ Cfr. per una ricapitolazione bibliografica il testo di R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003, in specie pag. 5 e ss.

³⁵⁴ Da notare come in definitiva il ragionamento inverte le premesse sulle quali si basava la concezione soggettivistica, per la quale laddove vi fosse iscrizione, allora vi era interesse pubblico alla erogazione del servizio. Per la concezione oggettiva, semmai, è perché vi è interesse pubblico nella erogazione che si ha la possibilità che questa venga assunta o, più in generale, disciplinata, dai pubblici poteri.

³⁵⁵ Per una introduzione al significato che inizialmente veniva attribuito alle disposizioni dell'art. 41, specie con riferimento ai lavori preparatori della Costituzione, cfr. C. ESPOSITO, *I tre commi dell'articolo 41 della Costituzione*, Milano, 1962.

³⁵⁶ Non si era raggiunta ancora la consapevolezza, infatti, di come l'erogazione da parte di un ente pubblico sia essa stessa una forma di garanzia del soddisfacimento dei bisogni della collettività. La pubblica

tuttavia, infine osservato come una nozione oggettivizzante tanto ampia sia di poca utilità in una prospettiva analitica della disciplina³⁵⁷. Nondimeno, a tali posizioni ha dimostrato di aderire progressivamente anche la giurisprudenza, *in primis* con l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, 12 marzo 1998, n. 30/98 ove si è stabilito rientrare nella nozione di servizio pubblico *“tutte le attività svolte da qualsivoglia soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposto cioè a controllo, vigilanza o mera autorizzazione da parte di amministrazione pubblica”*³⁵⁸. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, tuttavia, non pare aver seguito negli anni una impostazione marcatamente oggettivistica, venendo ad inscrivere al novero del servizio pubblico quelle attività che subiettivamente trovassero a livello normativo appigli per una imputabilità diretta o mediata alla pubblica amministrazione³⁵⁹. Gli stessi giudici ordinari, peraltro, hanno a più riprese ritenuto che un elemento coesistente nell'inquadramento della figura risultasse essere la preordinazione finalistica dell'attività alla soddisfazione di un bisogno della collettività³⁶⁰. In assonanza a questi principi, la Suprema Corte³⁶¹ ha avuto modo di precisare che *“il servizio si qualifica come pubblico perché l'attività in cui esso consiste si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare direttamente esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica (che possono essere realizzati direttamente o indirettamente, attraverso l'attività dei privati). Il servizio pubblico è, cioè, caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che*

amministrazione si dota, invero, di una struttura *ex se* tutta teleologicamente preordinata al perseguimento di quegli interessi di carattere generale cui si appunta tutta la sua attività istituzionale.

³⁵⁷ S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, 1990. La ricostruzione in termini eccessivamente laschi, sottolinea l'Autore, sarebbe infatti foriera di problemi circa l'identificazione stessa di ciò che possa nel concreto dirsi essere il servizio pubblico.

³⁵⁸ Il filone giurisprudenziale è stato confermato in diverse riprese cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1514 nonché della medesima sezione pure la sentenza 27 marzo 2001, n. 1807.

³⁵⁹ Il riferimento corre innanzitutto alla capitolare pronuncia delle Sezioni Unite 30 marzo 2000 n. 71, successivamente confermata nei profili essenziali dalla sentenza 27 novembre 2002 n. 16831.

³⁶⁰ Cfr. in particolare, Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 30 marzo 2000, n. 71 e 3 agosto 2006, n. 17573.

³⁶¹ Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 30 marzo 2000, n. 71, cit. Da notare, peraltro, come A. IACOPINO, *op. cit.*, sottolinei l'imprevedibilità della tutela dei beni culturali quale vero e proprio adempimento della missione costituzionalmente prevista.

non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata ai fini sociali". Una posizione, insomma, che appare più sfumata a cavallo tra le due concezioni che si sono ora ricordate.

Così, partendo da questa distinzione tra teoria soggettiva ed oggettiva, in tempi più recenti, la dottrina si è concentrata sulla ricostruzione della nozione di servizio pubblico in termini di attività necessaria per rendere effettivi i diritti previsti in astratto³⁶², attraverso una rilettura in chiave sistematica e dinamica del tessuto normativo ed, *in primis*, della Costituzione. Secondo questo nuovo filone dottrinario della teoria oggettiva³⁶³, il servizio pubblico si pone come attività economica necessaria alla garanzia concreta dei diritti ed interessi ritenuti meritevoli dall'ordinamento, in ogni caso a prescindere dal regime soggettivo del prestatore dello stesso³⁶⁴. In questo senso, allora, l'ascrizione al plesso pubblicistico di determinati servizi ha principalmente funzione di garanzia di effettività delle posizioni giuridiche soggettive ritenute meritevoli all'interno dell'ordinamento. Sebbene la teoria oggettiva sia risultata in larga parte maggioritaria nell'ambito della dottrina dell'ultimo scorcio del XX secolo, anche sulla scorta di riflessioni come quella ora

³⁶² In particolare, rielabora la nozione di servizio pubblico rileggendo in maniera complessa innanzitutto il diritto costituzionale L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001. L'Autore sostiene in particolare che per garantire effettivamente che determinate posizioni giuridiche trovino tutela nell'ordinamento, non ne è sufficiente la previsione astratta da parte del dato normativo, bensì si rende necessaria l'attività economica anche del soggetto privato, purché sottoposta ad un regime di controllo ordinamentale e *latu sensu* di indirizzo da parte della pubblica amministrazione. È proprio attraverso questa attività economica sottoposta a vincolo finalistico che si realizzano nei fatti le condizioni attraverso le quali inverare i diritti previsti in astratto.

³⁶³ In realtà la catalogazione del filone dottrinario all'interno della nozione oggettiva del servizio pubblico non è così chiara, specie alla luce delle implicazioni che le riflessioni proposte intorno alla nozione possono provocare nella ricostruzione analitica della materia.

³⁶⁴ È evidente che, così ragionando, si sposta l'attenzione dalla normativa che riconosce la sussistenza di bisogni degli strati sociali, a quella che invece, riconosce alla popolazione delle posizioni giuridiche soggettive di carattere pretensivo espressamente tutela dall'ordinamento. Ciò focalizza lo studio sulle norme che riconoscono diritti al cittadino piuttosto che a quelle che predicano doveri in capo alla pubblica amministrazione.

ricordata non si sono però sopite le voci che rivalutavano il pubblico servizio in termini soggettivi, cercando di rimodernare la più risalente delle posizioni dottrinarie in parola³⁶⁵.

Alcune differenze sistematiche nelle due impostazioni, però, permangono tutt'ora. E non aiutano nella soluzione della diatriba i referenti normativi, laddove l'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000 – Testo Unico Enti Locali (T.U.E.L.) definisce espressamente il servizio pubblico locale il servizio che ha “*per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*”. Nondimeno, come la più attenta dottrina³⁶⁶ ha avuto modo di evidenziare, la norma definisce puntualmente cosa si intenda per “servizio” ma tace completamente su cosa debba intendersi per pubblico³⁶⁷. Anche con riferimento a questo referente legislativo, allora, si lascia aperta la strada a diverse interpretazioni.

Forse allora coglie più nel segno chi ravvisa come la distinzione tradizionale tra servizio pubblico in senso soggettivo ed oggettivo sia “*in larga parte falsa e fuorviante: perché l'uno implica l'altro*”³⁶⁸. In tale ottica, si cerca di superare l'indubbio formalismo che in definitiva costituisce un lato critico di entrambe le teorie ora lumeggiate, posto che nessuna delle due pare cogliere appieno le sfaccettature molteplici che la nozione in parola viene ad assumere nella realtà contemporanea³⁶⁹. Infatti, le due concezioni della locuzione in parola si sono nel tempo via via avvicinate. La stessa nozione soggettiva evolve, non implicando più semplicemente l'iscrizione al plesso pubblicistico dell'attività in esame³⁷⁰, bensì

³⁶⁵ Cfr. sul punto, la ricostruzione sintetica operata da F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pag. 639.

³⁶⁶ A. POLICE, *Spigolature*, *op. cit.*

³⁶⁷ In particolare, infatti, non è chiaro se debba intendersi che è pubblico ciò che viene ascritto in via formale alla pubblica amministrazione attraverso un atto espresso di assunzione in tal senso, ovvero se debba intendersi per pubblico ciò che è *ex se* preordinato al soddisfacimento di bisogni della collettività.

³⁶⁸ A. ROMANO, *op. cit.* pag. 478, cit.

³⁶⁹ O, per meglio dire, occorre avvedersi come in effetti, le due nozioni sono presupposte l'una all'altra, poiché il servizio è pubblico in quanto preordinato al soddisfacimento di bisogni della società riconosciuti come obiettivi, ma, proprio in ragione di un tanto, se ne impone la relativa gestione secondo modelli di efficienza e controllo pubblicistici. Il servizio pubblico muta così pelle, non senza cambiare esteriormente e modificarsi internamente nel modo in cui vengono erogate le prestazioni in favore della collettività.

³⁷⁰ Quale prodromo necessario e sufficiente al riconoscimento della pubblicità del servizio.

richiedendo un modello organizzativo garantistico e teleologicamente orientato verso l'erogazione di una prestazione in favore della soddisfazione dei bisogni della cittadinanza intera³⁷¹. Le differenze tra le due ricostruzioni, allora, appaiono sussistere più sul piano formale che su quello sostanziale.

Volendo dunque sintetizzare, forse oggi la discussione in ordine alla distinzione tra concezione soggettiva ed oggettiva della nozione di servizio pubblico appare in larga parte superata. Maggiormente a fuoco risulta dalla ricostruzione in termini di attività pubblica preordinata al soddisfacimento dei bisogni essenziali del cittadino, imputata in via diretta o mediata in capo ai pubblici poteri in quanto dotati di un sistema organizzativo che maggiormente risulta idoneo al raggiungimento degli scopi prefigurati nell'erogazione del servizio stesso³⁷². E questo in virtù del fatto che l'attività materiale della pubblica amministrazione è e resta preordinata all'inveramento sul piano materiale delle posizioni giuridiche soggettive che normativamente sono ritenute abbisognevole di tutela.

³⁷¹ Il riferimento è all'elaborazione compiuta da G. CAIA, *I servizi pubblici* in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO TASSONE – F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, pag. 146 e ss. La concezione del servizio pubblico in parola, come si vede, mutua caratteri indubbiamente teleologici di orientamento dell'azione amministrativa cui è imputato soggettivamente il servizio pubblico. In questi termini, per la teoria in parola, l'ascrizione ai pubblici poteri non rileva tanto – o quantomeno non solo – ai fini di qualificazione in termini di servizio pubblico dell'attività materiale posta in essere, quanto piuttosto ai fini di garantire un assetto nell'erogazione del servizio stesso che appaia coerente con gli specifici diritti che debbono essere garantiti dai pubblici poteri. In quest'ottica si può riconnettere la nozione di servizio pubblico con quella teoria che vuole l'attività materiale imputabile anche in via indiretta alla pubblica amministrazione come preordinata a rendere effettivi i diritti garantiti in via astratta dalle norme ma che necessitano dell'azione diretta dei pubblici poteri per il proprio inveramento.

³⁷² La concezione in parola appare più moderna in quanto direttamente preordinata all'individuazione delle metodologie di soddisfacimento di quei bisogni pubblici che costituiscono il fine ultimo dell'intera disciplina afferente al pubblico servizio. Peraltro, la ricostruzione analitica della questione in termini di soddisfacimento di diritti postulati in astratto dalla normativa consente di dare ingresso al novero delle prestazioni esigibili in termini di servizio pubblico pure a diritti di recente conio, come paiono essere quelli di tipo culturali in quanto inerenti alla tutela e valorizzazione del patrimonio di interesse storico-artistico.

.III. Sulla nozione di servizio pubblico nell'ordinamento comunitario.

Se questa è la situazione che progressivamente è andata sedimentandosi quanto al diritto domestico, occorre rappresentare come nemmeno l'ordinamento comunitario renda indicazioni precise che possano indirizzare l'interprete verso una concezione soggettiva ovvero oggettiva del concetto di servizio pubblico³⁷³, fornendo comunque utili spunti per la ricostruzione sistematica del concetto all'interno del sedime di mercato sovranazionale³⁷⁴.

Anzitutto, l'art. 106³⁷⁵ del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea – T.F.U.E. disegna la nozione di servizio di interesse economico generale per la quale *“gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni”*. Come si vede, in linea generale, la norma fa soggiacere questo tipo di servizi ai trattati,

³⁷³ Si afferma un tanto pur nella consapevolezza di come in effetti la elaborazione interna abbia subito per alcuni aspetti l'influenza della normativa e giurisprudenza sovranazionale. Si pensi solo, a titolo di esempio, all'influsso registrato in tema di concorrenza negli affidamenti dei pubblici servizi ovvero alle società c.d. *in house providing*.

³⁷⁴ Per una analisi di come la nozione comunitaria di servizio pubblico sia vissuta di reciproche influenze rispetto alla disciplina statale, cfr. la ricostruzione operata da L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015. Lo studio risulta particolarmente attento, in particolare, ad individuare quali sono le influenze del diritto francese sulla nozione comunitaria e viceversa.

³⁷⁵ Già articolo 86 del Trattato delle Comunità Europee – TCE. Peraltro giova rimarcare come la commissione abbia escluso dall'ambito di applicazione della norma ora citata le attività di carattere non industriale o commerciale. Cfr. Comunicazione della Commissione europea 20 settembre 2000.

dunque in particolare alla disciplina in tema di concorrenza ed aiuti di Stato³⁷⁶. Al contempo, però, non si cura di dettare una definizione di cosa siano i “servizi di interesse economico generale”. Tale nozione, sicuramente più ampia di quella di servizio pubblico, viene a ricomprendere tutto il settore terziario nel quale vi sia, in essere o in potenza, la possibilità di scambio economico quanto ai servizi erogati³⁷⁷. Tali servizi, tuttavia, debbono presentare un interesse per l’intera collettività³⁷⁸ e, nonostante abbiano questa caratteristica, non possono essere derogatori rispetto al regime concorrenziale che costituisce la matrice essenziale dell’ordinamento economico europeo. La nozione, infatti, si compone di due elementi: la rilevanza economica, che ne è connotazione oggettiva, e la rilevanza per la collettività, che invece è qualificazione soggettiva dell’attività³⁷⁹. È, allora, economica l’attività “*che consiste nell’offrire beni o servizi in un determinato mercato*”, non presenta invece tale caratteristica quell’attività che si pone invece “*fuori dal mercato*”³⁸⁰, dunque fuori pure dall’applicabilità della normativa comunitaria in tema di concorrenza³⁸¹. L’approccio nella circoscrizione dell’oggetto del servizio non può che

³⁷⁶ Sembra infatti di poter leggere tra le righe della disposizione sovranazionale una effettiva indifferenza nella tipologia del servizio reso, in virtù della rilevanza dal punto di vista economico. Qualora un bene giuridico possa essere inserito in un mercato di riferimento, potendo essere oggetto di libero scambio, sarà lo stesso mercato a definirne il prezzo di riferimento del bene stesso. Si pone quindi un tendenziale divieto di ingerenza dei pubblici poteri nell’ambito di questo libero scambio. Sul tema specificamente di interesse in questa sede, cfr. peraltro C.E. BALDI, *Disciplina comunitaria degli aiuti di stato e politica culturale europea. Le incoerenze di un sistema fortemente burocratizzato*, in *Aedon*, 3/2014.

³⁷⁷ Conta sottolineare cioè la possibilità di scambio possa sussistere anche solo in potenza. Qualora vi sia anche solo la possibilità che sussista il libero scambio del bene, allora vi è un mercato di riferimento rilevante

³⁷⁸ La nozione di interesse generale, per vero, non è perfettamente sovrapponibile al concetto sedimentato nel diritto interno, in quanto riferentesi piuttosto alla spettanza di una platea indifferenziata di individui cui, in potenza può essere rivolta la prestazione della pubblica amministrazione in senso sostanziale.

³⁷⁹ L. PERFETTI, *op. cit.* sostiene così che l’ordinamento sovranazionale renda precise indicazioni in ordine alla soggettivizzazione della nozione di servizio pubblico. Di segno opposto, partendo da analoghe premesse, è invece il lavoro di E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

³⁸⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 12 settembre 2000, C-180/1998.

³⁸¹ Appare difficile, in concreto, stabilire quando un servizio non presenti alcuna rilevanza dal punto di vista economico.

essere empirico³⁸². E, sebbene la Commissione europea, nel tempo, abbia proceduto ad ascrivere al concetto ad esempio le “*grandi industrie di rete (telecomunicazioni, servizi postali, elettricità, gas e trasporti) come pure quelle attinenti la gestione dei rifiuti, l’approvvigionamento idrico o il servizio pubblico di radiodiffusione ... più complessa è la situazione concernente la cultura, la sanità, l’istruzione e i servizi sociali, la cui collocazione tra i due tipi di servizi risulta ancora incerta*”³⁸³. E tale incertezza genera problematiche di non poco momento, posto che, il servizio culturale, ove ascritto alla categoria dei servizi economici, dovrà essere sottoposto *in toto* alla disciplina concorrenziale del mercato³⁸⁴. Il che vuol dire che se esso viene esternalizzato si dovrà applicare alternativamente la direttiva 2014/24/UE in tema di appalti pubblici di servizi ovvero la direttiva 2014/23/UE in tema di concessione di pubblico servizio³⁸⁵.

Fermo un tanto, per aggiungere un tassello all’analisi che si va proponendo, si può condividere la tesi secondo la quale le misure di riduzione della concorrenza ammissibili in tema di servizi pubblici secondo la normativa comunitaria non sono utili all’identificazione della nozione di servizio pubblico, in quanto gli interessi economici generali permangono invariati anche laddove interamente affidati al mercato³⁸⁶. In altri termini, la possibilità che

³⁸² Ad esempio, nello specifico settore di riferimento, cfr. M.P. CHITI, *Beni culturali e comunità europea*, Milano, 1994, che, pur precedente ai trattati che maggiormente in tempi recenti hanno modificato la fisionomia dell’integrazione sovranazionale, presenta un inquadramento dogmatico valido per valutare le modifiche che si sarebbero successivamente inverte nell’ordinamento europeo.

³⁸³ F. FIGORILLI, *op. cit.*, pag. 649, cit.

³⁸⁴ Si può certo convenire come, quantomeno in potenza, il servizio pubblico inerente ai beni culturali presenti indubbi rilievi di carattere economico, posto che l’accesso alla risorsa presenta un prezzo. Si può tuttavia discutere intorno alla circostanza per cui, trattandosi di rezzo che non copre il costo di sostentamento della risorsa, questo possa effettivamente dirsi connaturato alla prestazione del servizio in termini mercantilistici.

³⁸⁵ La principale novità nel settore è stata, come si vedrà, la previsione di una specifica disciplina in tema di appalti pubblici afferenti beni culturali e l’unificazione in un unico compendio normativo, il d.lgs. n. 50/2016, specificamente attuativo delle precitate direttive 23 e 24 2014/UE nonché della direttiva 2014/25/UE in tema di affidamenti in settori speciali.

³⁸⁶ R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, III, 2003. L’Autore rimarca come in base al diritto europeo l’erogazione di servizi economici di interesse generale avviene di

un determinato servizio venga sottratto al regime concorrenziale³⁸⁷, non vale *ex se* ad includerlo al novero dei servizi pubblici essenziali, posto che le caratteristiche proprie di questa categoria dell'attività amministrativa restano immutate a prescindere dalla possibilità o meno che questi possano essere soggetti all'economia di mercato o meno³⁸⁸.

Procedendo oltre, una diversa nozione da tenere in considerazione nello studio del diritto europeo dei servizi pubblici è quella di servizi non economici di interesse generale³⁸⁹, introdotta per la prima volta dalla c.d. direttiva Bolkenstein (2006/123/CE) per definire, per identità e differenza, quei servizi non soggetti ai principi di libera circolazione concorrenzialità impartiti dall'ordinamento sovranazionale³⁹⁰. L'elemento caratteristico di questa categoria concettuale consiste in effetti nell'assenza di un corrispettivo economico per la prestazione del servizio³⁹¹ (si pensi ad esempio ai servizi sanitari essenziali): come tali questi ultimi non sono soggetti alla disciplina in tema di concorrenza ed aiuti di stato, essendo coesenziali ad una visione di stato sociale cui sono ascritti al plesso pubblico

norma nel mercato, essendo resa da parte di imprese private. Ridurre l'identificazione dei servizi pubblici ai soli mercati regolamentati, tuttavia, non sarebbe una conclusione accettabile.

³⁸⁷ Con riferimento alla tematica in parola, valga quanto considerato nella sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, 17 luglio 2008, C-347/06. Sul rispetto dei principi di concorrenzialità si veda pure 20 giugno 2019, causa C-475/2018 e 21 marzo 2019 C-702/17.

³⁸⁸ Questo perché il connotato di essenzialità di un servizio è caratteristica obbiettiva che prescinde dalla sua collocazione sul mercato.

³⁸⁹ Utili, nella materia *de qua*, le considerazioni sviluppate da P. MICHIARA, *Considerazioni sulla nozione di valorizzazione dei beni culturali* (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 23 agosto 2006, n. 7373), in *Aedon*, 1/2007.

³⁹⁰ Il discrimine concettuale per definire questo tipo di servizi viene ad essere individuata nell'assenza di remuneratività anche solo potenziale che può essere riconnessa all'erogazione del servizio. Permane il relativo rilievo ai fini del perseguimento di interessi di carattere generale, che si è visto essere caratteristico anche con riferimento ai servizi che invece presentano un rilievo dal punto di vista economico.

³⁹¹ Essenzialmente da parte del fruitore. È in fatti la collettività dello Stato attraverso i suoi diversi apparati che si fa carico di sostenere economicamente l'erogazione del servizio, quantomeno verso gli strati meno abbienti della popolazione (o quantomeno di garantirne un costo di accesso ragionevole).

compiti di cura della comunità che debbono necessariamente essere resi e garantiti a tutti i cittadini³⁹².

I servizi economici di interesse generale, si caratterizzano invece come accennato per la previsione di un corrispettivo a fronte della relativa erogazione. Essendo tuttavia connaturata a questi ultimi la necessità essere resi alla platea indifferenziata dei consociati, li si assoggetta ai c.d. obblighi di servizio universale³⁹³. Un tanto implica che la prestazione deve essere resa, a costi accessibili, a tutti coloro che ne facciano richiesta, a prescindere dalla possibile diseconomicità del servizio. Volendo qualificare in termini di servizio economico di carattere generale la gestione del patrimonio di interesse storico-artistico, proprio quest'ultimo profilo interessa l'ambito della presente ricerca, posto che in ambito culturale, molto spesso, il prezzo di accesso alla risorsa primaria tende ad essere inferiore ai costi che il soggetto erogatore deve sostenere per garantire una tutela, la manutenzione – e poi anche la valorizzazione – del bene stesso. In tal senso, l'obbligo di servizio universale impone comunque di rendere il servizio prescindendo da possibili *deficit*³⁹⁴. Un sistema che funziona, tuttavia, deve consentire l'autosostentamento della risorsa nel lungo periodo, altrimenti si producono fallimenti del mercato che la mano pubblica è costretta a ripianare periodicamente e che sono stati una delle cause dell'aumento esponenziale del disavanzo di bilancio dello Stato³⁹⁵. Si deve infatti considerare come il “*servizio*

³⁹² Come si inizia già ad intravedere, anche la valorizzazione verso strati sociali quantomai ampi della popolazione del patrimonio culturale si inserisce, alla luce del disposto costituzionale del quale si è riferito al capitolo che precede, all'interno di quei compiti essenziali dei quali deve farsi tutore lo Stato nelle sue varie declinazioni, per espressa missione costituzionale affidata ai pubblici poteri.

³⁹³ Per un approfondimento sul tema, vedasi a G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002.

³⁹⁴ Il giudice comunitario ha affrontato il problema nella famosa sentenza Altmark (Corte di giustizia delle Comunità Europee, 24 luglio 2003, C-280/2000) stabilendo che le eventuali erogazioni per coprire deficit di servizio non sono soggette alla disciplina in tema di aiuti di stato ove: l'impresa beneficiaria abbia effettivamente corrisposto il servizio; i parametri in base ai quali viene corrisposta la compensazione economica siano chiari e trasparenti, oltre che predeterminati con esattezza; la compensazione non ecceda quanto strettamente necessario alla copertura dei costi fuori mercato; ove l'impresa esecutrice non sia stata selezionata tramite appalto, i costi debbono essere calcolati prendendo a riferimento una impresa media operante nel settore in condizioni normali.

³⁹⁵ Molte volte, inoltre, gli enti pubblici si trovano innanzi alla impossibilità di effettiva tutela e valorizzazione proprio in ragione degli elevati costi che queste attività gestorie comportano con riferimento al

universale, che comprenderebbe quelle attività libere ma sottoposte a “regolazione sociale” assimilabili ai servizi pubblici soltanto sotto il profilo della “finalità dei contenuti, costituisce «il risultato evolutivo e dinamico di una valutazione politica»³⁹⁶. Come tale, pertanto, anche il ricomprendere la gestione del patrimonio culturale al novero dei servizi pubblici deve essere letto sulla base delle norme che disciplinano questa particolare funzione di carattere pubblicistico. Né si possono, in altre parole, dimenticare gli obblighi imperativi di concorrenza che comunque debbono essere rispettati sulla base della normativa sovranazionale e della relativa applicazione interna³⁹⁷. Pare infatti trattarsi, quello culturale, di un servizio pubblico che pur annoverato alle missioni istituzionali dello Stato, presenti una rilevanza economica tale da renderlo rilevante ai fini della concorrenza. Tanto premesso, però, non si può mancare di richiamare, tuttavia, quella parte di dottrina che nel tempo ha sostenuto come lo stesso concetto di servizio universale potrebbe essere avvicinato alla nozione interna di servizio pubblico, alla luce delle particolari caratteristiche che lo riguardano, a partire dalla relativa esigibilità *uti singuli* a prescindere dalla remuneratività in termini economici nell'erogazione da parte anche dei soggetti privati³⁹⁸. La ricostruzione, nondimeno, non è accolta generalmente dalla scienza poiché si è ritenuto, criticando a vario titolo questa impostazione, come la nozione in esame da un lato non aggiunga elementi conoscitivi connotati di innovatività rispetto ad una nozione sedimentata nell'ordinamento, mentre dall'altro la individui obbiettivi da perseguire

patrimonio culturale. Proprio in questi casi, il coinvolgimento di soggetti privati, si dimostra di maggiore interesse.

³⁹⁶ A. POLICE, *Spigolature, op cit.*, pag. 85 cit.

³⁹⁷ Pare, infatti, che il servizio pubblico in tema di beni culturali non si ponga del tutto fuori di un mercato di riferimento, pur rientrando nel novero di quelle attività essenziali cui deve essere impressa una disciplina pubblicistica proprio a tutela di quei valori essenziali cui è tutore il potere pubblico.

³⁹⁸ Il riferimento è a M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Diritto pubblico*, 1998, pag. 193 e ss. Utile pure il riferimento, in tema, a M.A. CABIDDU, *I servizi pubblici tra organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, 13 ss.

nell'ottica di mercato liberalizzato³⁹⁹ non differenti da quelli che originariamente erano previsti quando il servizio era erogato direttamente dalle pubbliche amministrazioni⁴⁰⁰.

Vi è poi che una parte della dottrina, chi ha sostenuto che invece il diritto sovranazionale rendesse utili strumenti di comprensione della linea di continuità tra attività economica assoggettata alla programmazione pubblicistica e quella invece passibile della sola regolazione⁴⁰¹. Nondimeno, pare preferibile considerare fondata la tesi opposta, secondo cui *“non pare proprio che programmazione e regolazione esibiscano caratteri comuni, giacché la prima comprende norme sostanziali sull'esercizio del diritto di libertà economica e costituisce uno strumento tipico dei sistemi collettivistici, mentre la seconda si risolve nella formulazione di regole condizionali concernenti rapporti interprivati a tutela di interessi (non pubblici in senso tradizionale ma) oggettivi della collettività nell'ambito di un'economia ispirata al mercato concorrenziale”*⁴⁰².

In definitiva, si può concordare con quella parte di dottrina che ha avuto modo di ritenere come la nozione di servizio pubblico meglio si atteggi a definire quei servizi di carattere locale rispetto ai quali tuttavia appare oltremodo difficile escludere l'apporto degli elementi di tipo soggettivo⁴⁰³. Ciò è ancor più vero ove si riferisca il ragionamento ai servizi sociali e culturali rispetto ai quali difficilmente si può addivenire ad una erogazione svolta attraverso l'economia di mercato. In tali ambiti ha ancora rilevanza l'elemento

³⁹⁹ Ovverosia l'identificazione delle caratteristiche al concretizzarsi delle quali si può raggiungere un adeguato livello di remuneratività all'interno di un sistema dato che possa garantire l'accessibilità generalizzata al servizio stesso senza costituirvi barriere all'accesso non legittime rispetto alle esigenze di universalità che gli sono predicate.

⁴⁰⁰ Cfr. L. PERFETTI, *op cit.* in specie pag. 122 e ss.

⁴⁰¹ Cfr. D. SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001

⁴⁰² R. VILLATA, *op. cit.* 495, cit. L'Autore deduce così come sussiste una vera e propria incompatibilità tra la regolazione di mercati concorrenziali ed i servizi pubblici in senso oggettivo *“sicché suscita forti dubbi richiamare la prospettiva europea per rivalutare una nozione di servizio pubblico «caratterizzata non da prestazioni amministrative fornite da un soggetto pubblico, bensì dalla disciplina pubblicistica di soggetti privati»*”. Si può concordare con l'assunto dell'autorevole dottrina, pertanto, nell'intendere come la regolazione di mercato la cui fisionomia emerge dalla trama della legislazione europea non possa fornire validi appigli esegetici alla qualificazione in termini oggettivi del servizio pubblico.

⁴⁰³ Nei termini che si sono sopra specificati quanto alla progressiva evoluzione che la concezione soggettivistica ha subito nel corso del tempo a mano della dottrina più autorevole.

soggettivo nella individuazione dell'erogatore quale strumento dell'amministrazione per garantire l'effettività del diritto costituzionale alla fruizione del patrimonio culturale⁴⁰⁴. E, in sintesi, in tale ambito la stessa nozione di servizio pubblico pare aver il suo significato più proprio come nozione riassuntiva della normativa⁴⁰⁵, rispetto al quale i referenti legislativi e giurisprudenziali sovranazionali forniscono significativi elementi utili alla descrizione del servizio, in termini di inserimento dello stesso all'interno dell'economia di mercato e di necessità di erogazione del servizio a prescindere dalla possibile diseconomicità dello stesso⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Si accede in questo senso alla ricostruzione più moderna in termini soggettivi del servizio pubblico, secondo la quale l'iscrizione dello stesso al plesso pubblico avviene essenzialmente in ragione del fatto che la P.A. è dotata di quei requisiti strutturali che garantiscono l'inverarsi effettivo dei diritti riconosciuti a livello normativo. La cui erogazione diviene così missione istituzionale della pubblica amministrazione.

⁴⁰⁵ R. VILLATA, *op. cit.* Come tale l'Autore sottolinea che in tale ottica la stessa nozione di servizio pubblico viene ad assumere un significato giuridicamente rilevante. Infatti, con riferimento ai servizi industriali di dimensioni nazionali l'ambiente all'interno dei quali si sviluppano pare essere quello dei mercati regolati, non già da servizi pubblici. Rispetto a questa realtà, infatti, si adotterà la fisionomia delle amministrazioni indipendenti quali soggetti regolatori nell'ambito di una economia di mercato nella quale interviene in via diretta la pubblica amministrazione con le sue aziende partecipate. Nondimeno, l'Autore sottolinea, nel rimarcare la distanza che intercorre tra questo modello e la concezione tradizionale di servizio pubblico, afferma che in definitiva che il modello regolatorio indipendente quale formula di garanzia nell'erogazione del servizio possa essere mantenuto anche una volta che lo Stato venga a dismettere le proprie partecipazioni rilevanti all'interno delle aziende. Quello che viene sottolineato in definitiva nella trattazione si rimarca come la nozione soggettiva mantiene un suo senso al di fuori del mercato regolato.

⁴⁰⁶ Solo in questa ottica lo studio della disciplina di matrice eurounitaria fornisce qualche spunto utile ai fini ricostruttivi della disciplina. È, infatti, ormai da tempo tramontata la convinzione che dalla lettura delle norme sovranazionali si potessero reperire spunti utili alla definizione del servizio pubblico in senso oggettivo ovvero soggettivo. L'Unione Europea, invero, prescinde dalle catalogazioni del diritto domestico per andare ad affrontare compiutamente il tema della sottoposizione al regime concorrenziale di una determinata attività

.IV. L'attuale fisionomia del servizio pubblico. I beni culturali.

Emerge da questa breve analisi la fisionomia di un servizio pubblico dalla natura ibrida, che può essere reso dalla P.A. attraverso le sue strutture oppure, a seconda dei casi, può essere erogato dal privato sotto il controllo e la supervisione dell'amministrazione stessa⁴⁰⁷, previa applicazione di un eventuale regime concorrenziale. Pare, infatti, ineludibile il controllo dei pubblici poteri sull'erogazione della prestazione in favore della collettività⁴⁰⁸. È questo l'elemento distintivo del servizio pubblico latamente inteso, ovverosia la possibilità – astratta o concreta – di ingerenza significativa dell'amministrazione pubblica nell'affidamento e nella successiva fase di gestione⁴⁰⁹. Più problematico dire, a volte, cosa giustifichi a priori una tale attrazione in sussidiarietà da parte dei pubblici poteri. In riferimento allo specifico oggetto del presente studio, ovverosia i beni culturali, pare che sia lo stesso disposto della carta costituzionale a giustificare una funzione oltremodo penetrante dei pubblici poteri nella gestione del patrimonio storico-artistico, materiale ed immateriale. È invero il vincolo finalistico impresso dai costituenti⁴¹⁰, che si contraddistingue per un momento statico di tutela ed uno dinamico di valorizzazione⁴¹¹, nei termini in cui tali concetti si sono sopra definiti, a

⁴⁰⁷ Punto fermo, a prescindere dalla qualificazione giuridica in termini soggettivi ovvero oggettivi che si voglia dare alla nozione di servizio pubblico, la circostanza per cui la pubblica amministrazione mantiene comunque una qualche forma di controllo sullo stesso. Controllo che, come si è visto anche alla luce della disciplina europea, può anche cedere il passo a profili meramente regolatori *ab externo* del fenomeno, ove la posizione di supremazia della P.A. può risultare in definitiva più attenuata.

⁴⁰⁸ E ciò per i caratteri fisiognomici con i relativi predicati di tutela e valorizzazione che si sono enucleati al capitolo che precede. Le caratteristiche funzionali del patrimonio culturale impongono infatti attività amministrativa attiva in favore della collettività.

⁴⁰⁹ In caso di attività regolatoria si può coerentemente affermare che l'attenzione dei poteri pubblici tenderanno ad allontanarsi dalla disciplina dei soggetti erogatori per concentrarsi piuttosto sulle modalità con le quali il servizio viene concretamente reso. Un tanto a garanzia degli oneri di servizio universale che si sono visti caratterizzare il servizio pubblico.

⁴¹⁰ Ed a valle riconosciuto come compito essenziale dell'amministrazione sulla base del d.lgs. n. 42/2004, specie nella parte in cui disciplina la concessione ai terzi delle attività direttamente inerenti alla gestione del patrimonio di rilevanza culturale.

⁴¹¹ I concetti di statico e dinamico, in questo caso, hanno mera valenza descrittiva delle due funzioni in riferimento alla matrice culturale cui questi si riferiscono. Si è infatti visto al capitolo che precede come si

giustificare l'ascrizione al plesso pubblico della materia, quantomeno con riferimento alla gestione dei beni di titolarità pubblica⁴¹². Al contempo ciò impone un'analisi dei modelli operativi maggiormente idonei a mantenere il vincolo teleologico di cui si discute all'interno della materia di afferenza. In estrema sintesi, allora, si può concludere che *“sia il profilo soggettivo, sia quello oggettivo, concorrono alla definizione di cosa debba intendersi per pubblico servizio. Il criterio oggettivo è utile ... per operare una compiuta descrizione dei tratti salienti del carattere pubblico del servizio. È basandosi su questo profilo che si osserva che le prestazioni nelle quali i servizi pubblici da concedere si risolvono, devono essere offerte e comunque rivolte al pubblico ... Il criterio soggettivo è invece necessario per distinguere tali servizi dalle comuni attività economiche esercitate dall'Amministrazione pubblica. Infatti, il fattore che differenzia il servizio pubblico, da una attività anche oggettivamente analoga, è la valutazione effettuata dalla pubblica Amministrazione sulla «doverosità» del porre tale servizio a disposizione dei cittadini”*⁴¹³. Così non ogni attività svolta dalla P.A. si converte in servizio pubblico, ma occorre una giustificazione oggettiva di tale assunzione in termini di necessaria utilità per l'utenza finale⁴¹⁴.

debba giungere ad una rivalutazione in chiave dinamica di entrambi i concetti verso la complessiva gestione secondo funzione del patrimonio storico-artistico.

⁴¹² In altri termini, se è la stessa Costituzione a prevedere quale missione istituzionale dei pubblici poteri quella di tutelare e valorizzare i beni culturali, si può dire che le relative disposizioni, in uno con le previsioni specificamente dettate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio ne giustificano in definitiva l'ascrizione ai pubblici poteri quanto al servizio pubblico agli stessi relativo. Quanto poi alle concrete formule attraverso le quali dare attuazione a questa missione, rileva tuttavia come sottolineato anche dalla giurisprudenza (cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Sardegna, 18 giugno 2007, n. 9) la discrezionalità dell'ente pubblico).

⁴¹³ A. POLICE, *Spigolature, op cit.* pag. 84, cit.

⁴¹⁴ Non è inutile ricordare come in tema di servizi pubblici locali la Corte costituzionale ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità dell'art. 113-bis del d.lgs. n. 267/2000 che dettava la disciplina dei servizi pubblici privi di rilevanza economica con sentenza n. 272/2004. Laddove l'intervento del legislatore romano in sussidiarietà verticale si può ritenere ammissibile nel caso di rilevanza del servizio per il mercato, così non è nei servizi privi di tale rilevanza dacché con riferimento agli stessi *“non esiste un mercato concorrenziale”* donde non sussiste competenza statale nella disciplina della materia alla luce del riformato art. 117 Cost. Dunque per i servizi privi di rilevanza economica è ammessa la legislazione regionale derogatoria della

Da questa consapevolezza muove il superamento delle teorie dogmatiche del servizio pubblico, che non è più necessario inquadrare rigidamente all'interno di una categoria prestabilita⁴¹⁵. Anzi, come si vedrà nel prosieguo, il servizio pubblico in ambito culturale presenta tali e tanti elementi di ibridazione da portarlo a sfuggire l'inquadramento nelle ricostruzioni tradizionali.

disciplina generale in tema di appalti e concessioni, con possibilità di assunzione ed affidamento diretto del servizio da parte degli enti locali. In riferimento a questa tematica, pertanto, occorrerà definire con assoluta puntualità quando un servizio possa dirsi privo di rilevanza economica in maniera tale da poterne inferire la disciplina normativa conseguente tra l'ordinario regime concorrenziale e l'eccezionale regime di assunzione diretta del servizio.

⁴¹⁵ O, per meglio dire, non appare più fecondo in una prospettiva analitica della questione, catalogare il servizio pubblico culturale al novero della teoria soggettiva ovvero oggettiva, proprio per il fatto che ciascuna delle due prospettive attraverso le quali osservare il fenomeno presenta degli spunti di riflessione sicuramente utili nella ricostruzione sistematica della materia *de qua*.

.V. Il servizio pubblico culturale tra funzione e servizio

Fatte queste doverose premesse in termini di diritto amministrativo generale, il primo ordine di questioni che è legittimo porsi nell'andare ad analizzare la nozione di servizio pubblico culturale è quella di distinguere se questo concreti una funzione⁴¹⁶ – come tale riservata agli organi amministrativi – ovvero se ci si trovi innanzi ad un servizio vero e proprio, come tale esternalizzabile ed erogabile da soggetti terzi, anche privati⁴¹⁷. Pare per vero che la nozione codicistica viri verso la nozione di servizio, posto che espressamente si prevede la possibilità di collaborazione privata nell'erogazione dello stesso⁴¹⁸. Tuttavia, non si deve dimenticare come pure il concetto di funzione abbia nel tempo subito notevoli rimaneggiamenti, venendo a perdere molta della dogmaticità che la caratterizzava. Invero,

⁴¹⁶ Cfr. per una definizione del termine di funzione, S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012. L'Autore sottolinea come la funzione sia nella terminologia amministrativa generale contrapposta al servizio. Tuttavia, il termine è pure “*usato come categoria sovraordinata alla stessa nozione di pubblica amministrazione. Questa è tale in quanto funzione: cioè, doverosamente preposta alla cura di interessi pubblici e globalmente rilevante per il diritto*” (pag. 24 cit.). Nello studio che si propone, nondimeno, si adopererà il termine nella prima delle due accezioni infatti, “*nel diritto amministrativo, un'opinione diffusa distingue funzione e servizio per affermare che soltanto la prima è un'attività necessaria per la collettività: quindi, in gestione riservata, retta dal diritto pubblico*” (pag. 25, cit.). L'Autore sottolinea tuttavia come in una concezione moderna dello stato in realtà questa distinzione possa dirsi oramai superata. Infatti, anche la fornitura di determinate prestazioni può essere considerata necessaria per il sostentamento della collettività, mentre dall'altro anche l'esercizio della funzione può concretarsi nell'erogazione di servizi alla popolazione. Ne deduce, che la distinzione tra funzione e servizio, dunque, non avrebbe valore generale. Sulla tutela, invece, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, ove si pone in legame biunivoco il ruolo della missione istituzionale della pubblica amministrazione rispetto alle modalità di tutela nel caso la funzione venga esercitata in maniera distorta, secondo la figura dell'eccesso di potere.

⁴¹⁷ Questo, sebbene vi sia parte autorevole della dottrina che sostiene come la distinzione tra le due fattispecie sia nei fatti oggi ampiamente superata e relegata alla risoluzione di singole questioni di applicazione normativa. Cfr. G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, pag. 32 e ss.

⁴¹⁸ Si sono visti, infatti, nel capitolo che precede come il d.lgs. n. 42/2004 preveda appunto la possibilità di esternalizzare la valorizzazione del bene culturale, che, come noto, costituisce una delle due funzioni essenziali che sul patrimonio storico-artistico sono previste quale missione istituzionale per la pubblica amministrazione detentrica del singolo compendio (o che comunque esercitino un potere sullo stesso).

entrambe queste nozioni si caratterizzano per l'accompagnarsi con un compendio di norme pubblicistiche volte a garantire la superiore finalità di interesse pubblico in ragione del quale le norme attribuiscono poteri al plesso pubblico⁴¹⁹. Anzi, nell'ambito di un ripensamento delle nozioni, si avrà che queste sono espressioni di momenti diversi nell'ambito dell'attività istituzionale della pubblica amministrazione, ciascuna caratterizzantesi per un proprio specifico ruolo. Il che non esclude che nella gestione di un bene queste ultime possano sommarsi l'una con l'altra⁴²⁰.

Nell'ambito del servizio, peraltro, il codice pare virare verso profili di marcato soggettivismo funzionale, posto che l'art. 101, comma III, del d.lgs. n. 42/2004 espressamente prevede che i beni appartenenti a soggetti pubblici siano destinati ad un pubblico servizio. Invece, si è sottolineato come per i beni privati “*non sono escluse misure regolatorie finalizzate alla loro fruizione pubblica, ma la concessione è fuori dal campo e la classificazione (servizio privato di utilità sociale) è meno impegnativa, le misure possibili meno penetranti*”⁴²¹.

Per i servizi culturali, ciò che emerge con sempre maggiore vigore è come la gestione ad essi relativa possa compenetrarsi quasi sempre caratteri di economicità⁴²². In questi termini la funzione non viene meno, posto che a monte della gestione economica vi è sempre il ruolo della pubblica amministrazione che disciplina le modalità – più o meno concrete – di svolgimento del servizio. In altri termini la lucratività del servizio, e la sua

⁴¹⁹ Il termine funzioni, in questa frase, è utilizzato invero in senso atecnico rispetto alle ricostruzioni dogmatiche che si sono andate ricordando, con il significato di potere attribuito per il perseguimento dell'interesse pubblico del quale l'amministrazione risulta tributaria.

⁴²⁰ Cfr. G. CAIA, *Servizi pubblici*, op. cit. pag. 131 e ss.

⁴²¹ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 1/2018, pag. 6, cit.

⁴²² Come detto, non si può passare dall'equazione per cui gli interventi sui beni culturali siano sempre giocoforza in perdita a quella per cui questi siano sempre fonte di entrate superiori alle uscite. Ciò che emerge nella prassi prima che in teoria, tuttavia, è come il costo di accesso alla risorsa culturale, se proporzionato e ragionevole non costituisce una barriera preclusiva allo sfruttamento della risorsa, posto che strati sociali ampi della popolazione – a tacere dei fenomeni del turismo di massa – continuano a richiedere il servizio pagandone il corrispettivo.

esternalizzazione, non incidono direttamente⁴²³ su quel regime frammisto di funzioni esercitate in via amministrativa sui beni⁴²⁴. Infatti, l'attività di gestione esternalizzabile in maniera economica non fa prescindere dal regime della titolarità⁴²⁵ del bene, che comunque permane in capo alla mano pubblica⁴²⁶.

Quanto alla nozione più prettamente inerente al servizio pubblico culturale occorre porre mente, come si accennava, ai canoni di legislazione primaria che indicano l'effettiva sussistenza di una pretesa giuridicamente esigibile⁴²⁷ con riferimento al patrimonio culturale. In dottrina si sono presi a riferimento gli articoli 9 e 42 della Costituzione. Si è affermato come, ai fini di ricostruzione della pretesa giuridica in termini di vero e proprio servizio pubblico l'art. 9, ritenuto privo di efficacia precettiva, sarebbe idoneo a produrre effetti giuridici in favore dei cittadini solo in virtù della funzionalizzazione della proprietà veicolata dall'art. 42⁴²⁸. Secondo diverso opinamento⁴²⁹, invece, l'art. 9 produrrebbe

⁴²³ A dire che il regime gestionale concreto a valle non è suscettibile di incidere rispetto alla qualifica del potere esercitato a mone, del quale anzi è una espressione.

⁴²⁴ Regime frammisto che, come si vede, assomma l'esercizio di poteri di carattere autoritativo con l'erogazione di un servizio alla comunità che può dirsi avere carattere materiale come è tipico per i servizi pubblici propriamente intesi nei termini che si sono visti.

⁴²⁵ Così come pure dei controlli ad essa afferenti e delle potestà di diritto pubblico – oltre che della titolarità di diritto privato – che è agli stessi riferibile

⁴²⁶ In altri termini, ed anche secondo un inquadramento di diritto amministrativo generale, non vi è traslazione delle competenze da parte della pubblica amministrazione, posto che, in ogni caso, queste ultime permangono come inalterabili se non per il tramite di un disposto legislativo in tal senso. Infatti, si può concordare circa il fatto che *“l'utilizzazione degli uffici riguarda (o dovrebbe riguardare) attività istruttorie e preliminari e non l'esercizio delle funzioni in senso proprio (e completo)”* cfr. D. D'ORSOGNA, *Le relazioni organizzative*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pag. 125, cit.

⁴²⁷ Donde di converso di un vincolo funzionale della pubblica amministrazione all'approntamento di tutta l'attività materiale e giuridica che sia necessaria a garantire queste posizioni giuridiche soggettive riconosciute dalla normativa in capo ai consociati con riferimento ai beni culturali.

⁴²⁸ A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Roma, 1969.

⁴²⁹ N. GRECO, *Stato di cultura e gestione dei beni culturali*, Bologna, 1981, cfr. anche C. BARBATI – M. CAMMELLI – L. CASINI – G. PIPERATA – G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017. Gli Autori sottolineano in particolare come, proprio in attuazione del disposto costituzionale si sia passati nel

invece direttamente pretese azionabili da parte del cittadino, rivestendo un ruolo direttamente precettivo all'interno della sistematica costituzionale, senza necessità che proprietà venga funzionalizzata ai sensi dell'art. 42⁴³⁰.

Si può tuttavia convenire con l'assunto secondo il quale *“il diritto culturale inteso come pretesa ad ottenere determinate prestazioni e a godere di determinati diritti, come desumibile dall'art. 9 Cost., pare così rientrare nel novero dei diritti sociali la cui realizzazione dipende in primo luogo dalla previsione del legislatore e, in secondo luogo, dal provvedimento amministrativo finalizzato alla destinazione pubblica del bene culturale⁴³¹. E tali diritti sociali, in base all'art. 9, comma 1 Cost. non limiterebbero il proprio contenuto alla mera pretesa di conservazione del patrimonio culturale complessivamente considerato, ma tenderebbero a condividere più concretamente con la formazione intellettuale dell'individuo attraverso un processo educativo, inteso nel senso più ampio, comprensivo dell'acquisizione di ogni valore culturale ancorché puramente estetico”⁴³²*. In questa ottica la tutela e la valorizzazione non sono altro che corollari della nozione più ampia dello sviluppo culturale cui deve ambire la Nazione, all'interno del quale sono veicolate le pretese⁴³³ di ciascun cittadino all'erogazione di un servizio pubblico propriamente inteso, in quanto obiettivo primario dello Stato, siccome cristallizzato dalla previsione costituzionale. Infatti, *“la conservazione, la valorizzazione e*

tempo da una disciplina diretta esclusivamente alla protezione e conservazione dei beni culturali, ad una maggiormente attenta allo studio, diffusione e promozione degli stessi.

⁴³⁰ Questa, come si accennava, la visione dinamica della questione intorno ai termini di tutela e valorizzazione, che assegnano una ben precisa missione ai poteri pubblici che si interfaccino con il patrimonio culturale.

⁴³¹ Va tuttavia ricordato, come si precisava al capitolo che precede, che laddove si consideri che il bene culturale nasce limitato dal proprio vincolo teleologico, anche l'eventuale atto di riconoscimento che ne determinasse la qualifica avrebbe valenza meramente certificatorio-ricognitiva.

⁴³² S. FOÀ, *op. cit.*, pag. 357, cit. L'Autore, in particolare, conia il concetto di proprietà culturale come quel diritto dominicale funzionalizzato di beni sociali *“giuridicamente rilevanti per la loro destinazione, e logicamente anteposti al soggetto cui appartengono”*

⁴³³ Cfr. L. COVATTA, *I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, Passigli, 2012. L'Autore sottolinea in particolare come si debba oggi operare uno scarto concettuale profondo nella disquisizione ormai passata tra tutela e valorizzazione, così come nello scontro tra centro e periferia, verso una visione più moderna dei beni culturali che si concentri maggiormente sul rendere un servizio di utilità generale al cittadino.

la promozione di attività culturali comporta l'assunzione di un servizio pubblico da parte dell'ente titolare, e la definizione di un programma di gestione del servizio pubblico, dal quale originano diritti di credito dei cittadini-utenti alle prestazioni in esso indicate"⁴³⁴.

⁴³⁴ S. FOÀ, *op. cit.* pag. 359, cit.

.VI. L'esternalizzazione del servizio pubblico tra appalto e concessione. Dal diritto dei beni culturali al diritto della cultura: il servizio pubblico culturale.

All'inizio del '900 l'attività di gestione del patrimonio culturale era annoverata tra le c.d. "attività sociali" della pubblica amministrazione⁴³⁵, non risultando così immediatamente tutelabile in sede giurisdizionale. Tali attività, infatti, non rientravano nel novero dei compiti specificamente ascritti alla P.A. quale gerente di un patrimonio collettivo⁴³⁶, donde non era direttamente invocabile alcuna violazione della sfera giuridica del singolo cittadino nel caso i pubblici poteri non garantissero l'accesso e la piena fruizione del patrimonio storico-artistico⁴³⁷. Progressivamente si è tuttavia addivenuti al superamento della distinzione tra attività sociale ed attività giuridica⁴³⁸ propriamente detta⁴³⁹ dei pubblici poteri, facendo venire meno le ragioni di una possibile lacuna nella tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini, permettendo il riconoscimento della necessità di azioni positive da parte delle pubbliche amministrazioni con riguardo ai beni culturali dei quali erano titolari o gerenti.

Il diritto culturale pare, invero, oggi rientrare nel novero di quelle pretese sociali che necessitano in primo luogo di una previsione legislativa di vincolo del bene giuridico cui la pretesa stessa si riferisce e, in seconda battuta, dell'intervento amministrativo attivo per il conseguimento delle finalità prefigurate dalle norme. Si tratta, in altre parole, della creazione normativa di una aspettativa legittima in favore dei consociati circa la fruibilità del patrimonio culturale⁴⁴⁰. Ciò ha imposto il superamento dell'interpretazione dell'art. 9

⁴³⁵ V.E. ORLANDO, *op. cit.*, I.

⁴³⁶ O, per meglio dire, non era ancora diffusa la consapevolezza che la titolarità pubblica di determinati beni generasse obblighi gestori particolari per il proprietario. Questo, nello specifico dei beni culturali, era risultato della mancata ricognizione in termini sistematici delle relative caratteristiche

⁴³⁷ Al mancato riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva a livello normativo, in altre parole, conseguiva una non esigibilità della pretesa in senso sostanziale e l'impossibilità della tutela della stessa in sede processuale.

⁴³⁸ In quanto tale riferibile alla funzione amministrativa propriamente intesa secondo le caratteristiche di ricostruzione della questione che si sono sopra specificate.

⁴³⁹ Questa si garantisce giurisdizionalmente, cfr. S. FOÀ, *op. cit.*

⁴⁴⁰ Sebbene sia discussa, come si ha avuto modo di specificare sopra, la consistenza in termini programmatici ovvero concretamente operativi delle disposizioni che vengono a costituire il diritto costituzionale dei beni

Cost. che “*per lungo tempo (è stata) riduttiva ed estetizzante che ha poi finito con l’innervare l’intero sistema delle fonti sottordinate*”⁴⁴¹.

Come si è visto, poi, il carattere pubblico per destinazione dei beni culturali pare nondimeno trascendere la tradizionale bipartizione tra beni pubblici e beni privati, proiettandosi verso una funzione sociale che deve essere garantita per l’intera collettività⁴⁴². Tutti i consociati, infatti, debbono avere le medesime possibilità di fruizione e godimento del patrimonio storico-artistico⁴⁴³, mentre lo stesso deve essere adeguatamente tutelato a prescindere da chi ne sia gerente.

Secondo autorevole dottrina, lo scarto dalla staticità nella concezione di servizio pubblico culturale primo novecentesca sarebbe rilevabile a livello costituzionale proprio dalla distinzione oggi operata tra tutela e valorizzazione⁴⁴⁴. Nondimeno tuttavia, una volta assodata l’immaterialità del valore culturale del bene quale sua caratteristica distintiva, pare, come rappresentato *supra*, che non lo si possa tutelare se non attraverso la garanzia della fruizione. In altre parole, il patrimonio culturale, ove non osteso e reso accessibile alla collettività generalizzata, perde il proprio valore di testimonianza⁴⁴⁵. Dunque, la tutela

cultural. Se, infatti, si ritiene la norma della carta fondamentale direttamente precettiva, il relativo disposto sarebbe già di per sé idoneo a costituire una pretesa giuridicamente azionabile dell’individuo rispetto ad una attività positiva – giuridica e materiale – della pubblica amministrazione che gestisce il bene culturale. Sullo scarto concettuale in questo senso previsto dalla Costituzione italiana si è espresso in questi termini, seppur con riferimento ad altre categorie di diritti, P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato: riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998, con particolare riferimento a pag. 185 e ss.

⁴⁴¹ D. D’ORSOGNA *Le relazioni ...*, *op. cit.*

⁴⁴² In questi termini, M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell’ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2/2013.

⁴⁴³ Si veda V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali e Diritti Collettivi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, pag. 137 e ss.

⁴⁴⁴ L. CASINI *La valorizzazione dei beni culturali*, *op. cit.*, 2001, pag. 651 e ss. Secondo l’Autore la tutela sarebbe diretta a garantire l’integrità fisica del supporto materiale, laddove la valorizzazione comporterebbe la fruizione e diffusione del medesimo valore. Da notare inoltre come l’Autore ritenga che la mancata disciplina degli istituti di valorizzazione nel d.lgs. n. 490/1999 sia stata una occasione mancata.

⁴⁴⁵ E se la funzione di testimonianza è connaturata allo statuto stesso del bene culturale, ove si vada a nocumento della stessa si provoca una lesione anche al principio di necessaria tutela del patrimonio di interesse storico-artistico.

non può che andare di pari passo con la valorizzazione al fine di mantenere quell'impronta immanente sul bene culturale⁴⁴⁶.

Un tanto precisato, il dato normativo di partenza nel ricostruire la nozione di servizio pubblico culturale è costituito dall'abrogato art. 148, comma I, lett. e), del d.lgs. n. 112/1998 ove per "valorizzazione", si intendeva "ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione". Pare quindi che con il termine il legislatore abbia mirato a garantire la migliore accessibilità⁴⁴⁷ ad una categoria di beni di natura come detto frammentata. Questa finalità, seppur oggi non riportata nel compendio normativo di riferimento (d.lgs. n. 42/2004), permane quale sostrato in cui inserire l'azione di un erigendo servizio pubblico culturale che trova le proprie direttrici innanzitutto a livello di normativa costituzionale. Lo stesso d.lgs. ora citato, per vero, all'art. 103, comma III prevedeva che i luoghi di cultura fossero "destinati alla pubblica fruizione ed (a) esplet(are) un servizio pubblico".

Ora il Codice del 2004 definisce innanzitutto l'ambito dell'attività di valorizzazione, come quella che concerne le attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurarne le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione⁴⁴⁸. Proprio per tale

⁴⁴⁶ Certo potrebbe obiettarsi che, così interpretati, i due termini di cui all'art. 117 Cost. secondo e terzo comma siano una inutile endiadi. In effetti, lo stesso L. CASINI, *op. cit.* ammette tuttavia le difficoltà nel cercare di delimitare la nozione di valorizzazione, tanto sul piano concettuale quanto su quello, concreto, del riparto di competenze. Così però non è. Anzitutto, poiché l'art. 117 Cost. disegna un assetto istituzionale con diversi livelli di legislazione, assegnando la tutela al novero delle competenze esclusive dello stato e la valorizzazione alla competenza concorrente: non si tratta pertanto di una norma descrittiva. In secondo luogo, si deve comunque ritenere che la tutela sia termine maggiormente riferibile al sostrato materiale del bene culturale, laddove con il termine valorizzazione il legislatore ha ritenuto dare una impronta marcatamente sociale al patrimonio culturale. Non si endiadi si tratta allora, bensì della specificazione di un concetto in maniera da garantire la più ampia protezione possibile ad una categoria di bene naturalmente infungibili. Cfr. M.C. CAVALLARO, *op. cit.*

⁴⁴⁷ P. FERRI, *op. cit.*, pag. 217 e ss.

⁴⁴⁸ Il riferimento corre agli artt. 101 e ss. d.lgs. n. 42/2004. In dottrina sul punto si può fare riferimento alle riflessioni proposte da A. CARPENTIERI, *Commento all'art. 101*, in R. TRAMIOZZO (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005, V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, A. FANIZZA, *Commento all'art. 101*, in A. ANGIULI – V. CAPUTI

ragione ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale⁴⁴⁹ all'interno dell'ordinamento. Successivamente si precisa che tale attività può essere ad iniziativa pubblica ovvero privata. In quest'ottica la valorizzazione si impronta a principi di libertà di partecipazione, pluralismo, parità di trattamento continuità di esercizio, economicità e trasparenza. V'è infatti da ricordare come il d.lgs. n. 42/2004 disponga espressamente che la valorizzazione del patrimonio culturale, nei termini prefigurati dal Codice in parola, debba avvenire secondo i principi comunitari che governano l'erogazione dei pubblici servizi⁴⁵⁰.

Successivamente, l'articolo 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio prevede che *“le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in forma diretta o indiretta”*. Come si anticipava nel capitolo che precede, pertanto, due sono le opzioni quando si tratta di valorizzazione del patrimonio culturale pubblico, tuttavia non poste a livello paritetico l'una con l'altra. Infatti, le attività di valorizzazione sono gestite in forma ordinaria in via diretta, con l'impegno delle strutture e risorse della pubblica amministrazione titolare del bene⁴⁵¹. Solo quando non sia possibile raggiungere per questa via il migliore livello di fruizione pubblica si passa alla gestione indiretta⁴⁵². Tale affidamento avverrà per il tramite di associazione, fondazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti costituiti o partecipati in forma prevalente dall'amministrazione titolare del

JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali*, Torino, 2004, G. SEVERINI, *Musei pubblici e musei privati: un genere, due specie*, in *Aedon*, 2/2003. Con riferimento alla ricostruzione in termini di servizio pubblico dell'attività cui si riferiscono i precitati articoli del Codice dei beni culturali e del paesaggio, cfr. invece M. DUGATO, *Funzione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e come servizio privato di pubblica utilità*, in *Aedon*, 2/2007. Utili inoltre le riflessioni proposte da C. BARBATI – M. CAMMELLI -G. SCIULLO (a cura di), *op. cit.*, delle cui conclusioni si è debitori nella presente trattazione.

⁴⁴⁹ G. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una funzione sociale*, in *dirittifondamentali.it*.

⁴⁵⁰ Tra i quali si ricordano la libertà di prestazione, la parità di trattamento, la continuità nell'erogazione, l'economicità e la trasparenza gestoria.

⁴⁵¹ Appare tuttavia discutibile che forme di gestione attraverso soggetti formalmente terzi ma sui quali l'amministrazione detenga un controllo che possa dirsi sostanzialmente analogo a quello che avrebbe qualora valorizzasse il bene con le proprie strutture sia da considerarsi esternalizzazione, posto che dal punto sostanziale così non è. Il metro di paragone è quanto avviene con gli affidamenti diretti *in house providing*.

⁴⁵² In questi termini S. FOÀ, *op. cit.*

bene⁴⁵³, ovvero tramite esternalizzazione che potremmo definire pura o forte tramite la concessione a soggetti terzi⁴⁵⁴. La scelta della metodologia da seguire avrà carattere discrezionale, imponendo valutazioni innanzitutto di sostenibilità economico-finanziaria. Il discrimine tra una gestione diretta e la sua esternalizzazione pare giacere proprio nella autosostenibilità della risorsa primaria⁴⁵⁵: nessun privato può, infatti, pensare di gestire in perdita un servizio⁴⁵⁶ e l'a P.A. dovendo finanziare l'erogazione dello stesso potrebbe essere incentivata alla gestione diretta per il conseguimento di economie di scala⁴⁵⁷. Nondimeno, si è sottolineato come in un periodo di scarsità di risorse come la congiuntura attuale, l'esternalizzazione diventi il modello preferito dalle amministrazioni pubbliche⁴⁵⁸. La gestione del patrimonio culturale pubblico, infatti, non si sottrae all'obbligo costituzionale di concorrere all'equilibrio del bilancio. Si deve allora superare *“la fallace convinzione per cui nel settore del patrimonio culturale la ricerca del lucro dovrebbe essere radiata in ragione della finalità culturale della missione, nel senso che la finalità culturale presupporrebbe e giustificerebbe una gestione diseconomica; con ciò*

⁴⁵³ Esempi di questo tipo di esternalizzazione debole sono ad esempio il Consorzio delle Residenze reali sabaude, la Fondazione Museo egizio di Torino, MAXXI di Roma, la Fondazione Biennale di Venezia e la Villa reale e parco di Monza.

⁴⁵⁴ Resta tuttavia evidente che, laddove i servizi si caratterizzino per essere di mera erogazione, ovvero caratterizzati dalla garanzia di fruizione del patrimonio a fronte di condizioni di mercato anti economiche, lo strumento societario non potrà essere utilizzato in quanto quest'ultimo prevede l'esercizio in forma remunerativa dell'attività inerente all'oggetto sociale.

⁴⁵⁵ Andando ad esternalizzare la gestione con una concessione si alloca in capo al privato il rischio del fallimento sul mercato. Come sottolineato dalla giurisprudenza, infatti, il discrimine concettuale rispetto all'appalto è, per la concessione, l'assunzione in capo al privato del rischio afferente (cfr.. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, 25 marzo 2010, causa C-451/08, Consiglio di Stato., sez. VI, 19 dicembre 2000, n. 683 e sez. V, 21 luglio 2015 n. 3631).

⁴⁵⁶ Ciò sebbene possano esserci soggetti che non hanno quale obiettivo il lucro soggettivo od oggettivo, i quali tuttavia debbono in ogni caso puntare al pareggio di bilancio.

⁴⁵⁷ Come si avrà modo di vedere, infatti, la peculiare caratteristica che sembra emergere con riferimento al patrimonio culturale è la sua diffusione reticolare, che impone di affrontare la questione gestoria con un approccio multisettoriale ed una visione di insieme che possa mettere a sistema le diverse risorse di un determinato territorio in vista del comune scopo di garantire la piena tutela e valorizzazione del relativo patrimonio.

⁴⁵⁸ M. CAMMELLI, *Qualche appunto in tema di imprese culturali*, op. cit.

evidentemente confondendo il piano della finalità con quello dei mezzi, i valori (ideali) con la logica (aziendale)”⁴⁵⁹.

In ogni caso si deve sottolineare come il rapporto tra titolare del bene e l'affidatario sia regolato da un apposito contratto di servizio che trova in sé specificati, oltre alle condizioni economiche di sostenibilità dell'operazione, pure i livelli qualitativi minimi che si debbono ritenere parte sostanziale dell'esternalizzazione⁴⁶⁰. Con la stessa, infatti, non si potrà né veicolare una restrizione eccessiva all'ingresso dei cittadini verso la risorsa, né si dovranno provocare diminuzioni dei livelli di tutela e valorizzazione che sarebbero invece garantiti qualora la gestione del servizio fosse riservato alla P.A. titolare. L'esternalizzazione, insomma, deve in ogni caso garantire il medesimo livello di tutela e valorizzazione della risorsa primaria che si avrebbe se si procedesse alla gestione diretta della stessa da parte della pubblica amministrazione⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ A.L. TARASCO, *Il talento sotterrato. Il patrimonio culturale tra valorizzazione ed equilibrio dei bilanci pubblici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, VI, dicembre 2018, pag. 481, cit. L'Autore, dopo un'ampia disamina della concentrazione di poli museali e della relativa frequentazione di pubblico, distinguendo tra istituti di titolarità statale ed altri istituti pubblici, pone in rilievo la circostanza per cui la gestione del patrimonio culturale possa ed anzi debba avvenire anche secondo logiche aziendalistiche di promozione dello sviluppo di una remuneratività sul lungo periodo per la risorsa in parola. Secondo lo scritto, peraltro, vi sarebbe un diffuso sentimento circa l'assenza di consapevolezza del valore economico del patrimonio culturale. La soluzione della messa a rendita dello stesso potrebbe in definitiva portare a notevoli risultati non solo sul piano gestionale, ma anche sulla riduzione del debito pubblico. Ciò però dovrebbe passare da una ricognizione del valore complessivo del patrimonio culturale maggiormente aderente a quella che è la realtà effettiva.

⁴⁶⁰ Discutibile, poi, se tale atto debba essere o meno adottato in caso di creazione di soggetti terzi. In tali casi, analoghi livelli di tutela della risorsa – al cui raggiungimento è preordinato il contratto in parola – possano invero essere raggiunti attraverso assetti di *governance* prefigurati in maniera puntale.

⁴⁶¹ In questi termini, si può convenire sulla circostanza che l'esternalizzazione non può in ogni caso provocare una lesione del potere di controllo espressamente riconosciuto a livello normativo in capo alla pubblica amministrazione quanto alla risorsa. Oltre che a livello normativo tali poteri, peraltro, saranno specificati all'interno del contratto di affidamento all'esterno in favore del privato. Anche in questo caso, come si è visto *supra*, la devoluzione al privato non comporta infatti una alterazione delle competenze specificamente inerenti al patrimonio culturale.

.VII. Il servizio pubblico culturale nel prisma del diritto comparato: dal service public culturel al kulturstaat

Proprio dalla consapevolezza di come il servizio pubblico culturale presenti delle caratteristiche peculiari che debbono essere ricostruite puntualmente onde comprenderne la natura, giova alla migliore intelligenza della materia un'analisi comparata della nozione, a partire dagli ordinamenti che maggiormente hanno dibattuto e sviluppato il concetto: quello francese e quello tedesco.

Anzitutto rileva allora la nozione di *service public*⁴⁶² maturata nell'ordinamento francese. Essa appare sin da subito ben diversa da quella di servizio pubblico propria dell'ordinamento interno, di cui si è dato conto *supra*. Con questo termine, infatti, nel sistema giuridico transalpino si viene ad indicare il servizio pubblico come apparato gnoseologico e funzionale interamente asservito al potere esecutivo. A sua volta, il potere esecutivo è assoggettato interamente ed in ogni suo aspetto alla legge e copre l'ampissimo spettro che va dalle funzioni primarie a garanzia della coabitazione ordinata all'interno dello Stato, alla sicurezza esterna, sino ad estendersi nelle propaggini ove la *puissance public* è maggiormente attenuata, quali appunto i servizi resi al cittadino (ad esempio quello idrico o di illuminazione). La nozione transalpina è dunque assai più lata rispetto a quella italiana; pur tuttavia essa rappresenta un importante elemento ricostruttivo per la nozione interna di servizio pubblico culturale, tanto per la doverosità di erogazione del servizio – imposta *ex lege* e, dunque, obbligatoria per definizione – quanto per la peculiare pervasività del potere ad essa afferente⁴⁶³. In realtà, come osservato da attenta dottrina⁴⁶⁴, nel sistema francese il discrimine per identificare se in un dato servizio vi sia spendita di

⁴⁶² Per una introduzione sul tema, cfr. G. BRAIBANT – B. STRIN, *Le droit administratif français*, Parigi, 2002, L.R. PERFETTI, *op. cit.* e *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, N. RAGNONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999. Peraltro, F. MERUSI ha acutamente osservato come l'istituto giuridico del *service public* sia un vero e proprio cardine dell'intero diritto pubblico francese (*Servizio pubblico*, in *Novissimo digesto*, Torino, 1970).

⁴⁶³ Vi si nota, infatti, come l'esercizio dei pubblici poteri in essa conferiti sia un precipitato della nozione di funzione pubblica intesa come potere dell'esecutivo di inverare in fatto il disposto normativo che prevede in concreto l'esigibilità di determinati diritti da parte della popolazione.

⁴⁶⁴ A. POGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Diritto amministrativo*, III, 2013, pag. 481 e ss.

attività propriamente amministrativa non è costituito dal grado di presenza e pervasività dei pubblici poteri in un determinato settore merceologico, industriale o commerciale, bensì dalla stessa tipologia del servizio che deve essere reso⁴⁶⁵. E ciò è diretta conseguenza della predeterminazione normativa sulla quale si incentra la definizione di *service public*⁴⁶⁶. Di qui l'elemento che consente l'unitarietà dell'intero sistema: indipendentemente dalla veste giuridica assunta in concreto, la disciplina giuspubblicistica del servizio pubblico francese permane unitaria ed impronta l'attività del soggetto che eserciti il servizio, indifferenza dell'apparenza giuridica formale o sostanziale che ammantano il soggetto concretamente erogatore.

Nella concessione dei pubblici servizi la pubblica amministrazione inserisce semplicemente un soggetto privato tra sé ed i cittadini utenti: è il privato che materialmente provvede ad erogare la prestazione in vece dei pubblici uffici, quali in quest'ottica permangono garanzia rispetto alla esigibilità concreta del diritto riconosciuto al cittadino in veste del potere che è stato loro conferito direttamente a livello normativo.

Una specificazione della categoria dei servizi pubblici è quella dei *services publics sociaux*⁴⁶⁷, concetto traducibile in quello italiano di servizi sociali, inteso come insieme delle prestazioni che essendo coesenziali alla sussistenza dello Stato⁴⁶⁸, sia pur distinti dai servizi pubblici di interesse economico, sarebbero loro equiparabili sotto il profilo della

⁴⁶⁵ Come già si può intuire, la ricostruzione teorica in questi termini finisce con il riecheggiare le nozioni oggettivistiche – o *ex inverso* quelle soggettivistiche mitigate – di servizio pubblico sulle quali ci si è soffermati un poco più sopra.

⁴⁶⁶ Peraltro, la Corte costituzionale francese, in diverse sentenze, ha affermato come in alcuni settori non possa esservi delegazione al privato quanto all'esercizio di potestà amministrative, poiché la presenza di pubblici poteri, in tali ambiti, è connaturata e coesenziale agli stessi servizi resi. Cfr. Corte costituzionale francese, 26 giugno 1986, n. 86.

⁴⁶⁷ Peraltro questa stessa categoria è stata oggetto di notevole dibattito specie dopo le evoluzioni che tra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI si sono affacciate a livello sovranazionale. Cfr. P. BAUBY, *L'europeanisation des services publics*, Parigi 2011, nonché AA.VV., *Les services sociaux et de santé d'intérêt général: droits fondamentaux versus marché intérieur?* Bruxelles, 2006. Più risalente, ma parimenti sempre valido, l'inquadramento generale di P. CHAMBAT, *Services publics et néo libéralisme*, in *Annales, Economie, sociétés, civilisations*, 1990.

⁴⁶⁸ E come tali *in primis* oggetto di riconoscimento formale a livello normativo specie di stampo superlegislativo-costituzionale.

disciplina applicabile, di stampo privatistico⁴⁶⁹. La nozione, nondimeno, non ha avuto nell'ordinamento francese particolare diffusione, venendo abbandonata presto dalla giurisprudenza che l'aveva formulata⁴⁷⁰.

Insomma dall'ordinamento francese si ricavano preziosi dati conoscitivi in ordine soprattutto alla pervasività della copertura legislativa che giustifica il servizio sia nei termini dell'autoritatività attenuata che riguarda l'erogazione delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione.

Passando invece alla nozione tedesca di *kulturstaat*, giova premettere come quest'ultima parta invece da una prospettiva empirica assai diversa e presenta differenti profili di rilievo nel tessuto normativo. Il concetto è stato per la prima volta adombrato da Fichte⁴⁷¹, il quale ha identificato la cultura – e più in generale l'educazione – quale perno del risveglio di un sopito orgoglio nazionale tedesco, del quale doveva farsi portatore lo Stato prussiano⁴⁷². Successivamente il concetto evolve venendo per la prima volta costituzionalizzato nella Repubblica di Weimar, ove l'art. 142 della relativa carta fondamentale si affermava la libertà di studio ed insegnamento dell'arte e delle scienze⁴⁷³ predicando in capo allo Stato la protezione della libera esplicazione e sviluppo scientifico e culturale. Successivamente, all'art. 148 si recava disposto che *“in tutte le scuole si deve tendere a sviluppare la formazione morale, il sentimento civico, la virtù privata ed il valore professionale, nello spirito del germanesimo e con lo scopo della riconciliazione fra i popoli. Nelle scuole pubbliche l'insegnamento deve essere impartito in modo da non ledere il sentimento di*

⁴⁶⁹ La ricostruzione in questi termini della nozione serviva per la giurisprudenza a veicolare una maggiore estensione della tutelabilità giustiziale delle posizioni di interesse dei cittadini, riconoscendo una funzione pubblica sottoposta all'esecutivo anche nell'ambito delle prestazioni latamente intese come sociali. L'impostazione, tuttavia, scontava invero la difficoltà di reperire dei referenti normati saldi che potessero ancorare una interpretazione così estensiva del *service public*.

⁴⁷⁰ Cfr. A. DE LAUBADÈRE, *La notion et regime juridique des service publics sociaux en droit administratif français*, in *Dir. Soc.*, 1959, pag. 494 e ss.

⁴⁷¹ J.G. FICHTE, *Discorsi alla nazione tedesca*, nella traduzione italiana a cura di G. Rametta, Bari, 2005.

⁴⁷² In quest'ottica, l'etica educativa può essere definita un vero e proprio strumento di governo, attraverso il quale inculcare la disciplina e fare rivivere le tradizioni nazionali. Non a caso, gli esempi italiani delle c.d. *“leggi Bottai”* si presentavano fortemente intrise dei elementi tipici degli autoritarismi del primo novecento.

⁴⁷³ Con una formulazione riecheggiata all'art. 33 della Costituzione italiana.

coloro che dissentono dalle opinioni della maggioranza. L'insegnamento civico e quello del lavoro manuale devono essere impartiti nelle scuole. Ogni scolaro, all'atto del compimento dell'obbligo scolastico, riceve una copia della costituzione. L'insegnamento popolare, compreso quello delle università popolari, deve essere favorito dal Reich, dai Länder e dai Comuni"; mentre all'art. 150 si stabiliva che "le creazioni della scienza, dell'arte e della tecnica tedesche devono essere valorizzate e protette anche all'estero per mezzo di accordi internazionali". Dal primo costituzionalismo tedesco emerge così la figura di uno stato interventista⁴⁷⁴, che per la prima volta è incaricato di garantire con i propri mezzi il diritto – di c.d. seconda generazione⁴⁷⁵ – al libero sviluppo culturale. Contestualmente, tuttavia, l'istruzione scolastica, pur anch'essa incombente allo Stato, deve favorire il mantenimento ed il promovimento dello spirito nazionale⁴⁷⁶. È evidente allora il rischio, poi rivelatosi fondato negli avvenimenti che hanno seguito la caduta della Repubblica, per cui l'istruzione diventi uno strumento non di sviluppo culturale, bensì di indottrinamento⁴⁷⁷. Risulta inoltre di particolare interesse la circostanza per cui la

⁴⁷⁴ In quanto gestore in prima battuta di quella missione istituzionale di accrescimento fisico e morale della propria popolazione. E questo anche attraverso soprattutto la maturazione di una coscienza etica della popolazione che può divenire tale solo attraverso il promovimento della cultura, tanto per i beni culturali che già si sono formati – e che debbono essere valorizzati presso strati sociali il più possibile ampi – tanto quanto ai beni culturali che devono ancora essere creati – e ciò attraverso l'istituzione e la tutela dei luoghi di cultura. Cfr. per una lettura di come questi concetti assolutamente moderni per l'epoca nella quale sono stati formulati abbiano influenzato anche la produzione costituzionale successiva, G.E. RUSCONI – H.A. WINKLER, *L'eredità di Weimar*, Roma, 1999.

⁴⁷⁵ In tema cfr. G. GILIBERTI, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, 2012, pag. 33 e ss., ove l'Autore si concentra in particolare sullo scarto teorico che ha investito il costituzionalismo di seconda generazione nell'enucleare un nocciolo di diritti corrispondenti a precise pretese giuridiche del cittadino nei confronti dello Stato volte alla rimozione di quegli ostacoli giuridici che si contrappongono alla piena realizzazione della persona umana.

⁴⁷⁶ Il "germanesimo" cui fa riferimento la Costituzione di Weimar che circa un secolo prima era stata adombrata da Fichte nei suoi *Discorsi*.

⁴⁷⁷ Sul tema si veda N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino, 1955. Peraltro, pure Friedrich Nietzsche vedeva nella nozione di *Kulturstaat* un tentativo improprio dello Stato di utilizzare la cultura per addivenire alla "venerazione del Reich". Cfr. F. NIETZSCHE, *Über die Zukunft unserer Bildungsanstalten*, del 1872 nella traduzione inglese, *On the future of our educational institutions*, Brockley, 2004.

Costituzione di Weimar concede dignità alla cultura non individuandone una singola forma di manifestazione, bensì quale nozione dotata di una propria consistenza ed autonomia a sé stante⁴⁷⁸. Si comincia quindi in quest'ottica a superare la nozione di patrimonio culturale in chiave eminentemente estetica, profilo che, come si è visto, aveva caratterizzato tutta la normazione e financo la riflessione culturale del primo Novecento.

Non a caso, il *Grundgesetz* attualmente in vigore, all'art. 5, si limita a garantire la libertà della scienza e del suo insegnamento, costituendo così un ulteriore passo avanti nello sviluppo della nozione di *kulturstaat*⁴⁷⁹. La traduzione del termine come “Stato di cultura”⁴⁸⁰ è stata, peraltro autorevolmente definita infelice, posto che il concetto nell'ottica che si è adombrata meglio sarebbe reso dalla nozione di Stato per la cultura, ossia di ordinamento organico che persegue una cultura⁴⁸¹ quale elemento identitario che la caratterizza⁴⁸². La differenza tra le due nozioni, se può di primo acchito parere marginale, non lo è. Con la locuzione di “Stato per la cultura”, infatti, si identifica non tanto un patrimonio culturale comune che sta alla base di un compendio ordinamentale, quanto piuttosto una ben precisa missione dell'ordinamento stesso, che deve rendersi promotore diretto, nella sua veste istituzionale, di quella ricerca, tutela e rafforzamento del patrimonio di valori fondanti che caratterizzano le stesse radici della collettività rappresentata dalle istituzioni. In questo senso, allora, si può ben comprendere come il patrimonio culturale

⁴⁷⁸ Financo, sulla scorta dell'impulso costituente e seppur per il breve periodo in cui l'esperienza democratica di Weimar è durata, si è creato un apparato normativo ed istituzionale del tutto preordinato alla garanzia ed invero di questo diritto alla cultura assorto a compito primario dello Stato verso i cittadini.

⁴⁷⁹ Va peraltro ricordato come il Tribunale Costituzionale Federale abbia interpretato l'articolo 5 come una clausola dello Stato di cultura, sentenza 5 marzo 1974.

⁴⁸⁰ Riferendosi in questo caso in maniera ambivalente tanto al sostrato culturale – donde metagiuridico – all'interno del quale la stessa esperienza statale della nazione moderna si inserisce, tanto quanto alla missione istituzionale dello Stato stesso verso la tutela di questo sostrato metagiuridico e della produzione culturale conseguente.

⁴⁸¹ O forse, per meglio dire, la cultura, quale elemento identitario del pluralismo costituzionale successivamente riconosciuto dalla normativa superlegislativa tedesca.

⁴⁸² Cfr. F. MERUSI, *art. 9*, op. cit.

nazionale sia al contempo base ed elemento propulsivo che orienta teleologicamente tutta l'azione dei pubblici poteri⁴⁸³.

Allora, ciò che maggiormente si deve porre in evidenza è il legame strettissimo che la nozione in parola pare istituire tra cultura e identità, ciascuna implicante l'altra e misura concreta di quella rappresentatività valoriale che è intrinseca al patrimonio culturale. Infatti, *“in definitiva oggi «lo Stato costituzionale» rappresenterebbe un grado di sviluppo del Kulturstaat, laddove la cultura, proprio per la dimensione aperta della democrazia, più che l'ultimo, costituirebbe invero il primo elemento dello Stato”*⁴⁸⁴. Il concetto è stato ripreso anche in tempi recenti da parte della dottrina interna, ricollegando lo Stato per la cultura con lo Stato di diritto, ove l'intervento pubblico è funzionale alla garanzia di un novero di diritti definiti come essenziali e legati allo statuto costituzionale della Nazione⁴⁸⁵.

Anche da parte della dottrina tedesca, la nozione è evoluta a partire dal primo dopoguerra⁴⁸⁶ per mutare completamente negli anni 80 a seguito dell'opera di Häberle⁴⁸⁷, il quale afferma la dottrina costituzionale quale branca scientifica di studio della congiuntura culturale della nazione. Il fenomeno culturale, dunque, è anzitutto memoria e testimonianza dei tempi passati che costituisce patrimonio ed identità di un popolo intero che deve tuttavia *“essere, al contempo, esperienza del presente e genesi del futuro di una*

⁴⁸³ In effetti, tuttavia, non si può dimenticare come anche in questa concezione più marcatamente dinamica della nozione, il sostrato culturale rappresenti tuttavia la base stessa all'interno della quale inscrivere l'azione dei pubblici poteri. Detto in altri termini, se non vi fosse una base culturale comune – diremmo pure un minimo comune denominatore culturale – rispetto alla popolazione in un determinato periodo storico, risulterebbe difficile poter stabilire degli obiettivi condivisi di politica culturale rispetto ai quali eseguire quella spendita di poteri pubblici che risulta necessaria per l'accrescimento morale dello Stato.

⁴⁸⁴ L. MELICA, *Il processo di integrazione europea tra ordinamento statale incompiuto e costituzione «incerta»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, II, 2005, pag. 1450, cit. L'Autore si concentra infatti sull'elemento identitario costituito dalla cultura all'interno del processo di avvicinamento degli ordinamenti statuali che, al tempo della redazione del contributo, vedeva un passo fondamentale nella proposta di una costituzione europea. Progetto, come noto, naufragato a seguito del voto della proposta nei singoli stati.

⁴⁸⁵ M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991.

⁴⁸⁶ E.R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, Tubinga, 1958.

⁴⁸⁷ P. HÄBERLE, *Kulturverfassungsrecht im Bundestaat*, Vienna, 1980, nonché *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlino, 1982.

*collettività*⁴⁸⁸. Solo una volta assunta consapevolezza di un tanto si può comprendere cosa intenda la dottrina tedesca con la nozione di “Stato per la cultura”. In questo modo si possono far convivere in termini non antitetici la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico artistico, poiché un concetto non esclude, ma è anzi genetico del suo corrispettivo. Ecco quindi anche gli elementi che si possono trarre dall’ordinamento tedesco quanto al servizio pubblico culturale. Esso rientra, infatti, nella missione istituzionale dello Stato per la cultura, quale obiettivo di consaputo concrescimento ideale dei cittadini che deve prefiggersi l’ordinamento giuridico attraverso attività legislativa, amministrativa e materiale.

⁴⁸⁸ F. RIMOLI, *op. cit.*, pag. 506

.VIII. Il diritto alla cultura come livello essenziale delle prestazioni da garantire.

Se queste sono le linee direttrici che nel sistema normativo interno e nella ricostruzione dottrina e giurisprudenziale estera caratterizzano il diritto alla cultura, si può passare ad esaminare quali siano gli ulteriori riferimenti che possano consentire di determinare quello culturale come un vero e proprio servizio pubblico.

Viene allora in rilievo l'art. 1 del d.l. n. 146/2015, come convertito dalla l. n. 182/2015⁴⁸⁹ che ha espressamente stabilito che “*in attuazione dell'articolo 9 della Costituzione, la tutela, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale sono attività che rientrano tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, nel rispetto degli statuti delle regioni ad autonomia speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano e delle relative norme di attuazione*”. Per la prima volta, in maniera espressa, si introduce nel nostro ordinamento il principio per il quale la pubblica amministrazione deve imperativamente garantire il servizio pubblico culturale, che diviene livello essenziale delle prestazioni⁴⁹⁰. Nello specifico, peraltro, è stato correttamente sottolineato che l'imposizione di un livello standard ha “*la funzione di delimitare la discrezionalità dell'amministrazione, circoscrivendola o talvolta escludendola*”⁴⁹¹. In altre parole, l'aver apposto un livello minimo che deve essere garantito a prescindere dal regime gestionale del bene e dalle motivazioni l'abbiano determinata, conferma nella convinzione dell'esistenza di un vero e proprio statuto dei beni

⁴⁸⁹ Per una lettura complessiva della disciplina immediatamente seguente alla relativa introduzione, cfr. G. PIPERATA, *Sciopero e musei ... op. cit.*, Alcune delle tesi secondo cui al riconoscimento dei diritti culturali farebbe seguito un ben preciso obbligo di attivazione positiva dei pubblici poteri erano per vero già state anticipate da M. CARCIONE, *Del riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2/2013.

⁴⁹⁰ Giova rimarcare la peculiare scala di valori che è presupposta a questo riconoscimento, ove di fronte alla necessità di garantire il servizio pubblico essenziale viene ad essere legittimamente compresso un altro diritto essenziale quale quello di sciopero dei lavoratori. Sulla peculiare opera di contemperamento di diritti essenziali connaturata e presupposta alla disciplina dello sciopero nei servizi essenziali, cfr. L. LORELLO, *Diritto di sciopero e servizi pubblici essenziali*, Torino, 2015, con particolare riferimento alle relative conclusioni in relazione al possibile conflitto rispetto ai diritti costituzionalmente riconosciuti alla persona, pag. 108 e ss.

⁴⁹¹ R. BALBONI – P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le regioni*. V, 2006, pag. 1020, cit.

culturali e di un vero e proprio diritto alla cultura al cui soddisfacimento si deve provvedere attraverso l'erogazione di un servizio pubblico propriamente inteso⁴⁹². Come, peraltro, si è sottolineato⁴⁹³, sarà ora compito del legislatore individuare con provvedimenti legislativi i singoli livelli di prestazioni che è necessario vengano erogati ai fini di garantire la fruizione del patrimonio culturale della nazione, graduando adeguatamente gli incombeni dovuti a seconda che si tratti di beni di appartenenza pubblica ovvero compendi appartenenti a soggetti privati⁴⁹⁴. Se lo statuto proprietario, infatti, non esclude di per sé l'ingerenza rilevante della P.A. nella gestione dei beni di interesse storico-artistico⁴⁹⁵, come si è visto, resta ferma la diversità di regime rispetto all'utilizzo in favore della comunità dei beni stessi. In altre parole, non potrà in linea generale richiedersi al privato lo stesso grado di garanzia dei livelli minimi delle prestazioni che si può predicare in capo ai pubblici uffici, pena il venir meno della distinzione nel regime proprietario che si è andata ad evidenziare quale elemento saliente dei beni culturali. Pare condivisibile, inoltre sostenere che non possano essere considerati livelli essenziali delle prestazioni quei principi direttamente stabiliti dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, stante la

⁴⁹² Il riconoscimento del livello essenziale delle prestazioni con riferimento ai poli museali, infatti, si riconduce alla ricognizione normativa di una posizione giuridica soggettiva in capo a ciascun cittadino che diviene direttamente esigibile nei confronti della pubblica amministrazione in quanto inerente alla fruizione del patrimonio culturale. Si rinsalda così anche a livello di disposizione di legge quella previsione che può essere ricavata da una lettura dinamica del disposto costituzionale. Un tanto anche qualora la relativa funzione si esternalizzata, come afferma S. CAVALIERE, *La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà*, Bari, 2018.

⁴⁹³ A. IACOPINO, *op. cit.*, specie pag. 164 e ss.

⁴⁹⁴ Una volta acquisito come la fruizione del patrimonio culturale implichi la sussistenza di posizioni giuridiche esigibili da parte della comunità indifferenziata, pare infatti che la valorizzazione dei beni di interesse storico-artistico potrà solo essere graduata in base al regime proprietario ma non del tutto esclusa. In questo caso, tuttavia, avrà un ruolo determinate la sovvenzione dello stato nel poter coadiuvare il detentore verso il perseguimento di una finalità che permane pur sempre pubblica in quanto direttamente inerente alla collettività intera.

⁴⁹⁵ A partire dalla circostanza che sussistono significativi poteri di vigilanza circa il divieto di adibizione ad usi non conformi con il valore immanente che è predicato essenziale di questa categoria di beni. E che si concreta *in primis* in un potere autorizzatorio generalizzato rispetto alle attività su questi svolte.

diversità di *ratio* e natura delle relative disposizioni prese in considerazione⁴⁹⁶. Ciò non toglie, tuttavia, che una volta che il legislatore abbia fissato i livelli essenziali delle prestazioni questi possano coinvolgere anche la garanzia della fruizione di beni che pubblici non sono.

Ritornando quindi al precitato d.l. n. 146/2015 vi è contenuta una prima enucleazione di cosa debba intendersi per servizio essenziale. È infatti considerato tale ai fini della disciplina in tema di scioperi, “*l’apertura al pubblico di musei e luoghi della cultura, di cui all’art. 101 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni*”⁴⁹⁷. Ora, la legge 15 giugno 1990 n. 146 sul diritto di sciopero nei servizi essenziali assume una connotazione finalisticamente orientata, rifuggendo una elencazione dei servizi ritenuti essenziali e preferendo una enumerazione degli stessi meramente esemplificativa frutto di valutazioni eterogenee. Occorre quindi comprendere se vi sia una rilevanza nella normativa primaria del diritto a fruire del patrimonio culturale⁴⁹⁸. Un primo riconoscimento in senso positivo si ha avuto per via contrattuale, con il divieto di sciopero proclamato durante il mese di agosto, le vacanze pasquali e natalizie, per la tutela della “*fruizione del patrimonio artistico archeologico e monumentale*”, sancito dall’art. 4, comma V, dell’accordo sulle norme di garanzia dei servizi pubblici essenziali per il comparto dei ministeri sottoscritto l’8 marzo 2005 e valutato confacente dalla Commissione di garanzia per gli scioperi nei servizi pubblici essenziali⁴⁹⁹. Non si può

⁴⁹⁶ In termini, A. IACOPINO, *op. cit.*, pag. 164 e ss.

⁴⁹⁷ In attuazione del disposto legislativo la Commissione di garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ha investito l’ARAN di valutare la compatibilità del CCNL in relazione alle prestazioni minime che debbono essere garantite in caso di sciopero nell’ambito dei servizi pubblici culturali.

⁴⁹⁸ Partendo dall’assenza di tassatività della relativa elencazione, infatti, si potrà sostenere vi sia un servizio pubblico essenziale anche al di fuori della legge del 1990 in tema di scioperi. E, dunque, potrebbe postularsi come sia essenziale il servizio pubblico culturale anche nelle forme in cui si articola diversamente rispetto alla mera apertura museale. Ad esempio con riferimento alle case storiche che musei non sono, ovvero all’apertura di quei luoghi di creatività all’interno dei quali il bene culturale viene ad essere prodotto.

⁴⁹⁹ È evidente che l’ambito applicativo della disposizione contrattuale la vincola ai soli poli museali riferibili alla potestà ministeriale. Tuttavia, dal punto di vista sostanziale, non vi è soluzione di continuità quanto alla posizione giuridica sostanziale che rende esigibile la prestazione di accesso museale anche rispetto alle strutture che non facciano riferimento alle pubbliche amministrazioni statali. Se si è ritenuto servizio

allora condividere pienamente, in quanto fortemente limitativa della connotazione loro propria dei beni culturali, la tesi secondo la quale “è difficile immaginare che la fruizione di un sito museale proprio quel giorno e a quell’ora, in forma individuale o aggregata per gruppi, possa costituire diritto della persona individuabile nella Costituzione”⁵⁰⁰. I referenti innanzitutto costituzionali ed il mutato sostrato sociale fanno, invero, decisamente propendere per considerare effettivamente sussistenti dei diritti positivamente riconosciuti in capo ai cittadini preordinati alla fruizione del patrimonio culturale.

Peraltro, giova rammentare che l’applicabilità della normativa in tema di scioperi nei servizi pubblici essenziali trova limitazione a quei soli luoghi di cultura di appartenenza pubblica. Il d.l. n. 146/2015 richiama infatti il solo art. 101, comma III, d.lgs. n. 42/2004. Si pone così una fondamentale cesura nella collocazione sistematica della nozione di servizio pubblico culturale, espressamente riconosciuto come tale solo con riferimento ai beni di spettanza collettiva⁵⁰¹. E si fa un tanto, peraltro, con una formulazione legislativa particolarmente ampia, che non restringe l’ambito di applicazione della disciplina ai soli poli museali, bensì anche a biblioteche, siti archeologici e monumentali etc. Nel caso dello sciopero, allora, ai sensi della normativa si presuppone la sussistenza di un “*fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati*”⁵⁰². Il senso ontologico dell’inserire la fruizione del patrimonio storico artistico all’interno del compendio normativo, in un’ottica nella quale il servizio pubblico comporta quell’attività amministrativa e materiale preordinata alla garanzia di effettività dei diritti essenziali riconosciuti dal legislatore, consente di ricostruire quello culturale come un vero

essenziale l’accesso ai musei, insomma, pare che tale riconoscimento non possa che avere valore generale, non sussistendo, come si è visto nel capitolo che precede, distinzione proprietaria con riferimento ai beni culturali, che permangono pubblici in quanto a fruizione.

⁵⁰⁰ Un tanto è stato affermato dai rappresentanti di C.G.I.L. C.I.S.L. e U.I.L. nell’audizione presso la XI Commissione della camera dei deputati durante i lavori di approvazione della normativa sugli scioperi all’interno dei servizi essenziali riferibili ai beni culturali.

⁵⁰¹ Tant’è che pare legittimo chiedersi se, addirittura, non muti la consistenza delle posizioni giuridiche soggettive inerenti alla gestione in favore della collettività del patrimonio culturale a seconda che il bene sia di spettanza pubblica ovvero privata.

⁵⁰² Art. 8, comma I, l. n. 146/1990.

e proprio servizio pubblico essenziale. Non per sola ricostruzione dottrinarica, ma per espresso riconoscimento normativo⁵⁰³.

⁵⁰³ Ad una ricostruzione prudente della problematica, ciò è vero senz'altro con riferimento ai beni di appartenenza pubblica.

.IX. La struttura del servizio pubblico culturale

Come è stato ricostruito da autorevole dottrina⁵⁰⁴, l'erogazione del servizio pubblico culturale avviene essenzialmente in tre fasi. A monte vi è l'individuazione delle strategie generali in sede paritetica tra Stato e Regioni, in maniera tale da definire i macro-obiettivi da perseguire attraverso la gestione esternalizzata del patrimonio culturale pubblico⁵⁰⁵. In secondo luogo, vi è la programmazione minuta⁵⁰⁶ degli interventi da realizzare. Infine, vi è l'erogazione del servizio pubblico vera e propria. La partecipazione di soggetti privati si articola variamente lungo le fasi, laddove nella prima si ravvede come le funzioni esercitate siano eminentemente pubblicistiche, nella seconda vi può essere la partecipazione di soggetti *non for profit*, e nella terza si avrà l'alternativa tra erogazione diretta e coinvolgimento di un privato.

Fondamentale porre attenzione alla procedura di selezione del gestore: qualora non si procedesse alla gestione diretta della risorsa⁵⁰⁷, sarà questione di indire di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio⁵⁰⁸ salvo che non si proceda ad una erogazione tramite soggetto intermedio partecipato⁵⁰⁹. Da notare, infatti, come a seguito

⁵⁰⁴ F. LIGUORI, *op. cit.*, pag. 12.

⁵⁰⁵ Trattasi, come si avrà modo di precisare, di attività programmatica di carattere generale eseguita dai soggetti che detengono le potestà pubblicistiche in materia di beni culturali.

⁵⁰⁶ Questa fase risulta direttamente codificata a mente del d.lgs. 42/2004. Vi è anche recata la possibilità di interazione dei privati, sotto forma delle varie organizzazioni ed enti *non profit* che propongono la propria azione nell'ambito dei beni culturali, che possono così contribuire alla definizione delle politiche generali di valorizzazione dei beni di rilevanza storico-artistica.

⁵⁰⁷ Come detto comunque preferita a livello legislativo qualora si possa svolgere in condizioni di quantomeno tendenziale equilibrio tra entrate ed uscite.

⁵⁰⁸ In tal senso rende una indicazione difficilmente opinabile l'art. 115, comma III, d.lgs. n. 42/2004

⁵⁰⁹ Ed in questo caso è aperta la discussione in ordine alla effettiva necessità di procedere tramite gara per la selezione del soggetto. Che, specie se questo abbia caratteristiche *non for profit*, non pare essere una via necessitata. Cfr. G. SCIULLO, *La gestione dei servizi culturali tra Codice Urbani e Codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, 1/2018, che però precisa come “*Non sembra escludere la possibilità di inquadramento della fattispecie in termini di in house (se si richiede che la partecipazione sia, non "prescritta", ma "prevista" dalla legge) né preclude la figura dell'accordo fra amministrazioni se uno dei partner è un soggetto misto qualificabile come organismo di diritto pubblico e perciò amministrazione aggiudicatrice. La*

della modifica codicistica dell'art. 115, non è più previsto l'affidamento diretto ai soggetti che abbiano partecipato all'attività di programmazione nella gestione del bene culturale quale possibile sbocco dell'attività gestoria⁵¹⁰.

Risulta come detto del pari non preclusa la possibilità di conferimento del servizio verso soggetti di natura mista, attraverso formule di partenariato pubblico-privato, un tanto a patto che il soggetto privato della *joint venture* risulti selezionato attraverso idonee procedure, che si discute se debbano essere vere proprie gare ad evidenza pubblica⁵¹¹. In questo tipo di formule, è evidente, si troverebbero preferiti quei soggetti i quali, privi di finalità lucrativa, potranno offrire delle condizioni comparativamente migliori nel mercato. Infatti, *“la mancata menzione di soggettività miste (società o fondazioni che siano) non solo non appare d'ostacolo a che esse vengano impiegate come strumenti di gestione indiretta della valorizzazione (in alternativa alla concessione o, meglio, quale specie dello stesso genere concessorio, che è pur sempre la forma di partenariato più antica), ma neppure dovrebbe impedire l'affidamento diretto del servizio in loro favore, se costituite mediante procedure ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato”*⁵¹².

scelta del privato deve però avvenire, ai sensi dell'art. 5 comma 9, con procedura di evidenza pubblica, sia pure nelle forme semplificate di cui all'art. 151, comma 3, Codice dei contratti”.

⁵¹⁰ Le ragioni della modifica sono da individuare nel tentativo di evitare possibili conflitti di interessi tra coloro che seguono la determinazione del servizio durante la relativa fase programmatica e chi, successivamente si debba trovare a gestirlo materialmente. Più difficile comprendere se il rimaneggiamento normativo sia stato dovuto ad una forma di sfiducia del legislatore verso gli strati sociali intermedi nel conferimento di compiti così delicati inerenti ai beni culturali. Pare invece che tale opzione sia da escludere, vuoi perché nella prassi è da tempo invalso il conferimento della gestione del patrimonio culturale a enti *not for profit*, vuoi perché a seguito della riforma del terzo settore con l'introduzione del relativo Codice (d.lgs. n. 117/2017) si ha avuta una vera e propria riviviscenza dell'attribuzione al privato di funzioni inerenti al patrimonio storico-artistico.

⁵¹¹ In termini si è espresso nuovamente G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazione nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. 156/2006, op. cit.*. In particolare, l'autore si sofferma sulla circostanza per cui, nel silenzio della disciplina codicistica in merito, parrebbe potersi tutt'oggi ammettere la gestione del patrimonio culturale anche pubblico attraverso formule di partenariato pubblico privato mitigate da una selezione tramite procedura aperta del contraente privato.

⁵¹² F. LIGUORI, *op. cit.*, pag. 14 cit. In particolare l'Autore sottolinea come la circostanza che i soggetti privati che abbiano partecipato alla fase di programmazione generale della gestione del patrimonio culturale sono

Nell'ambito della gestione diretta ai sensi dell'art. 115, comma II, d.lgs. n. 42/2004, non si può poi dimenticare della possibilità di fare ricorso alle società, *in house*⁵¹³, i cui profili essenziali sono stati oggetto della ultima riforma codicistica con l'emanazione del nuovo

esclusi dalla successiva erogazione del servizio pubblico culturale per ragioni di opportunità, trovandosi nella prima fase più vicine al concetto di funzione che a quello del servizio e per di più potendo gli stessi influire – anche indebitamente – sulla fase successiva che può portare ad una significativa locupletazione. In altri termini, consentendo l'apporto privato in questa doppia fase vi sarebbe il fondato rischio di una commistione tra chi esercita la funzione in ordine al bene culturale e chi successivamente lo gestisce con profitto. Inoltre, sarebbero differenti anche sul piano pratico i due momenti, trovandosi nel primo in una fase connotata da operazioni giuridiche, mentre nella seconda da attività materiali direttamente connesse alla concreta gestione della risorsa. Nella prima fase, peraltro, ferma la riserva pubblica della funzione, si potrebbero esternalizzare compiti esterni di carattere tecnico anche denotati da una elevata complessità – dai quali resta esclusa la componente economica – rispetto ai quali il privato ben potrebbe fornire utili strumenti dei quali la pubblica amministrazione è sprovvista.

⁵¹³ Sterminata la dottrina che si è espressa sul tema. Per una introduzione al fenomeno dell'*in house providing*, cfr. G. CAIA, *Le società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra comuni (nota a Consiglio di Stato sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418, in Foro Amministrativo – Consiglio di Stato, 2002, L. CAMIRIERO, Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque, in Urbanistica e appalti, 2007, M. CLARICH, Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato, in Corriere giuridico, 2007, F. CARINGELLA, Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie, in Foro italiano, 1996, R. DE NICTOLIS, La Corte si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste, in Urbanistica e appalti, 2005, R. DE NICTOLIS – L. CAMERIERO, L società pubbliche in house e miste, Milano, 2008, F. FIMMANÒ, Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività, in Giustizia civile, 2014, F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ (a cura di), Le società pubbliche, Napoli, 2016, M. GIORELLO, L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano, in Rivista di diritto pubblico comunitario, 2004, C. IAIONE, Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto organizzazione e auto produzione degli enti locali, Napoli, 2007, 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, S. MONZANI, Controllo analogo e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali, Milano, 2008, G. NAPOLITANO, Soggetti privati e enti pubblici, in Diritto amministrativo, 2003, M. PADELLARO, Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in house, in Rivista amministrativa degli appalti, IV, 2005, E. SCOTTI, Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia, in Foro amministrativo – Consiglio di Stato, 2005.*

Codice dei contratti pubblici d.gs. n. 50/2016). Invero, in caso si ricorra a questo tipo di società verrebbe in buona sostanza a permanere il legame diretto⁵¹⁴ tra il soggetto che gestisce il servizio pubblico culturale e la pubblica amministrazione che sia titolare del bene e delle funzioni di programmazione. La società agisce infatti come *nudus minister* essendo etero diretta dall'alto da parte della P.A. Tra i requisiti da soddisfare acciocché sia possibile l'affidamento diretto in favore di queste società, la presenza di un controllo analogo (ossia l'amministrazione sola o congiunta deve avere sul soggetto formalmente terzo lo stesso potere di controllo che avrebbe sui propri uffici); almeno l'80% dell'attività della società deve essere svolta in favore della P.A. o delle P.A. controllanti; l'eventuale presenza di capitali privati non deve influire in maniera determinante⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Tanto è vero che appare discutibile in questi casi che si possa parlare di vera e propria esternalizzazione della gestione posto che, nei fatti, questa viene a subire un controllo del tutto analogo all'erogazione in via diretta. Ed anche sul piano delle risorse impegnate da parte della P.A. il discorso permane analogo.

⁵¹⁵ Ovverosia in maniera tale da poter concorrere a determinare le scelte strategiche della società, vuoi per la consistenza della partecipazione, vuoi per espressi poteri garantiti tramite patti parasociali ovvero determinate tipologie di azioni o partecipazioni ovvero, ancora, sulla base di previsioni statutarie che offrano in qualche misura il potere di veto anche all'azionista di minoranza.

Più complessa appare invece l'ammissibilità dell'affidamento diretto rispetto a società propriamente miste. In questo caso, infatti, occorrerà distinguere dalla tipologia di partecipazione. Invero, è ammessa in questi casi la partecipazione meramente finanziaria, ossia costituita dal mero apporto di capitale privato all'interno della compagine azionaria, ovvero la partecipazione operativa, a mente della quale il privato viene a gestire in prima persona il servizio in vece dell'amministrazione, che mantiene invece la partecipazione azionaria. Diverso il tipo di gara, diverso il tipo di criterio di aggiudicazione, laddove nel primo caso sarà ammessa una gara al massimo rialzo, avendo nel secondo invece cura di analizzare qualitativamente la tipologia di servizio delato a oggetto dell'offerta da parte del concorrente. In questi casi, pare che ove vi sia una concorrenza a monte, nell'ambito della scelta del partner privato, possa darsi salvezza della gestione a valle, a patto che il privato non partecipi pure alle scelte organizzative del servizio, per le ragioni che si sono viste. Sicuramente, poi, pare potersi dire ammessa la gestione diretta in caso di esclusiva partecipazione finanziaria, poiché in tale caso il privato non ha ruolo attivo nella gestione del servizio e l'outsourcing ha l'unica finalità di reperire risorse finanziarie. In caso di gestione operativa delegata al privato, si dovranno invece prevedere specifici poteri di controllo con la finalità di garantire la qualità del servizio in maniera quantomeno equivalente a quanto avverrebbe se questo fosse espletato direttamente dalla P.A.

.X. Conclusioni

La fisionomia del servizio pubblico ha subito nel corso degli anni notevoli rimaneggiamenti. Ad una impostazione marcatamente soggettivistica e succeduta nel tempo una visione piuttosto concentrata su quelli che erano gli aspetti obbiettivi dell'erogazione del servizio. Si è giunti in tempi recenti ad una proposta di sintesi, dove i due aspetti menzionati si fondono insieme a garantire il soddisfacimento dei bisogni della collettività attraverso una struttura di erogazione che garantisca anche sotto il profilo soggettivo il pieno conseguimento di quei diritti posti dal legislatore come obbiettivi fondamentali da perseguire secondo principi di effettività da parte dei pubblici uffici. Ciò a cui è preordinato il servizio pubblico è proprio questo, infatti: garantire l'inveramento materiale del precetto normativo astratto in capo ai consociati. In quest'ottica ha ancora valore ed utilità la ricostruzione della nozione del servizio pubblico, poiché si riesce ad inserire nel relativo perimetro concettuale l'attività materiale della pubblica amministrazione destinata alla soddisfazione diretta o mediata dei bisogni della collettività. Tanto premesso, per riuscire a comprendere se anche in tema di gestione – e garanzia di fruizione – del patrimonio culturale si possa parlare di un vero e proprio servizio culturale, occorre allora porre mente ai referenti normativi che riguardano questa particolare categoria di beni. Ciò implica innanzitutto la valutazione del disposto costituzionale, ove agli articoli 9 e 117 si pongono le basi di una legislazione direttamente precettiva. Si prosegue andando a leggere il Codice dei beni culturali e del paesaggio, ove è espressamente definita attività di utilità sociale quella privata di valorizzazione del patrimonio storico-artistico e si incardina presso i pubblici poteri un ben preciso obbligo di gestione, in via diretta o indiretta dei propri beni culturali. Gestione, quest'ultima, che non potrà che andare a garantire la tutela e la valorizzazione attraverso la fruizione del patrimonio di rilevanza storico-artistica. Occorre dunque porre mente pure alla normativa in tema di scioperi all'interno dei servizi pubblici essenziali, ove l'accesso ai beni culturali è definito come livello essenziale delle prestazioni, attorno al quale concentrare il potere normativo ed amministrativo dello Stato. Ed in base alla quale l'apertura dei poli museali pubblici diviene servizio pubblico essenziale sottoposto alla stringente normativa ad esso afferente.

I referenti normativi, insomma, fanno propendere per ritenere sussistente nell'ordinamento italiano un vero e proprio servizio pubblico culturale che, riferendosi ai beni di interesse storico-artistico di proprietà pubblica, impone allo Stato, nelle sue diverse articolazioni, di garantire la fruizione dei beni stessi. E, più in generale, obbliga ad una gestione che si ponga in equilibrio tra esigenze di tutela e di valorizzazione⁵¹⁶. Concetti, questi ultimi, inestricabilmente legati tra di loro. Contermine a questo riconoscimento, la costituzione in capo ai consociati di una posizione giuridica soggettiva pretensiva e legalmente tutelata, che garantisce loro l'accesso alla risorsa culturale a costi proporzionati e ragionevoli.

Soccorrono invero questa ricostruzione pure le nozioni maturate presso altre esperienze legali, quali quella di *service public* – come attività amministrativa non scevra di spendita del potere d'imperio attraverso la quale garantire servizi riconosciuti a livello normativo come obbligatori per il potere esecutivo – e di *kulturstaat* – vera missione istituzionale dello Stato verso la consaputa crescita morale della propria cittadinanza.

Dal riconoscimento della gestione dei beni culturali quale vero e proprio servizio pubblico, sussistente tanto quanto al profilo soggettivo della ascrizione anche mediata alla P.A., quanto sotto il profilo oggettivo di utilità generale dello stesso, consegue la necessità di erogazione delle prestazioni in via diretta o mediata secondo schemi che garantiscano al contempo effettività ed efficienza. Di qui l'opportunità costituita dallo sviluppo degli enti del terzo settore quali gestori dei beni culturali sulla quale ci si soffermerà poco oltre.

⁵¹⁶ Nell'ambito pure del principio di necessario equilibrio di bilancio

Capitolo 3

I nuovi soggetti del terzo settore

Introduzione

Da tempo vengono maturando nel nostro ordinamento modelli di ibridazione funzionale che, specie nel terzo settore, mutuando presso soggetti terzi caratteristiche tradizionalmente riconosciute appannaggio della pubblica amministrazione, vuoi per finalità, vuoi per funzioni esercitate⁵¹⁷. Si vengono così a costituire soggetti essenzialmente nuovi. Frutto a volte di una genuina commistione funzionale e giuridica che costituisce entità la cui formula non era prima conosciuta all'interno del panorama giuridico, ma altre volte vera e propria "distorsione"⁵¹⁸ di modelli soggettivi e d'azione che erano stati previsti dal legislatore per perseguire finalità eterogenee rispetto a quelle che istituzionalmente erano state loro prefissate nel quadro normativo⁵¹⁹.

Il terzo settore, anche alla luce delle recenti riforme che negli ultimi anni si sono susseguite delineando una profonda rivisitazione della disciplina legislativa ad esso afferente,

⁵¹⁷ Procedimento che si è venuto acuendo a seguito della riforma del titolo V della Costituzione. Sul punto cfr. in particolare, S. CASSESE, *L'amministrazione nel nuovo titolo quinto della costituzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, pag. 1191 e ss.

⁵¹⁸ AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008, in specie pag. 38, parla espressamente di risvolti disfunzionali dei rimaneggiamenti normativi operati dal legislatore in tempi recenti.

⁵¹⁹ Cfr. R. D'AMICO (a cura di) *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, I, *La pubblica amministrazione e la sua scienza*, Milano, 2006, in specie pag. 23 e ss. Per una analisi, sebbene risalente, tutt'ora frutto di notevoli spunti di riflessione, cfr. V. CIRÒ CANDIANO, *L'azienda pubblica. Gestione, Rilevazione, Programmazione, Controllo*, Soveria Mannelli, 2004, specie pag. 27 e ss. ove l'Autore si concentra in particolare sulle modalità nelle quali si orienta il controllo teleologico della mano pubblica sulle società sottoposte all'egida della pubblica amministrazione. In particolare, si pone l'attenzione alla circostanza per cui questa particolare categoria di enti venga a piegare le formule organizzative tradizionali per il rispetto del vincolo finalistico che risulta loro impresso per il tramite della normativa afferente, creando, ad avviso di chi scrive, una significativa distonia nel relativo statuto giuridico rispetto alle imprese private *tout court*.

rappresenta forse il settore dell'ordinamento privatistico che più degli altri vede su sé stesso gli effetti della predetta ibridazione dei modelli istituzionali⁵²⁰. I soggetti protagonisti, infatti, svolgono – si crede di poterlo oggi affermare in maniera piuttosto piana e pacifica – funzioni di utilità sociale⁵²¹. Perseguono, in altre parole, quel bene collettivo che è anche proprio del vincolo teleologico predicato in capo alle pubbliche amministrazioni⁵²². Il che, sebbene all'interno del sistema istituzionale si conoscano da tempo risalente soggetti che pur costituendosi in enti di diritto privato risultino tributari di interessi generali⁵²³, può apparire ancor oggi un sistema singolare⁵²⁴ di amministrazione di interessi metaindividuali. Emerge così una organizzazione eterogenea che commistiona pubblico e privato⁵²⁵ e che dà sempre maggiore rilievo agli strumenti di diritto civile nell'ambito della complessa gestione della cosa pubblica latamente intesa.

Tant'è che si discute se questo fluire della normazione e dell'attività amministrativa verso schemi di diritto privato comporti una *deminutio capitis* della P.A. ovvero se, al contrario,

⁵²⁰ Sul tema della evoluzione dei modelli istituzionali sia consentito il rinvio a C. BORZAGA – A. IANES, *L'economia della solidarietà: storia e prospettive della cooperazione sociale*, Roma, 2006, che si concentra in particolare sui rimaneggiamenti operati dal legislatore nella materia *de qua* alla fine del Novecento.

⁵²¹ G. FIORENTINI – F. CALÒ, *Impresa sociale & innovazione sociale. Imprenditorialità nel terzo settore e nell'economia sociale: il modello IS&IS*, Milano, 2013, specie pag. 28 e ss. ove gli Autori si sottolinea l'elemento della continuità nello sviluppo di una programmazione coerente e sussidiaria del sistema del terzo settore per il tramite dell'attività integrata tra gli organi dello Stato e le imprese sociali.

⁵²² La funzione della pubblica amministrazione, come noto a partire dall'art. 97 della Costituzione inerisce direttamente al perseguimento degli obbiettivi ritenuti di interesse per la collettività siccome stabiliti dalla legislazione, secondo un principio di legalità.

⁵²³ Si pensi, ad esempio, a servizi essenziali come quello sanitario, nell'ambito del quale è da tempo assai risalente riconosciuta la vitale importanza dell'apporto reso da istituzioni di diritto privato, molte delle quali anche di stampo religioso, attive da ben prima che lo Stato ritenesse di farsi carico della cura della salute pubblica.

⁵²⁴ Inteso come sistema di diritto singolare rispetto all'ordinamento di diritto generale che vuole tradizionalmente la pubblica amministrazione tributata in via esclusiva della cura dell'interesse del bene pubblico riferentesi alla relativa collettività di riferimento.

⁵²⁵ Se non sotto il profilo istituzionale – a meno delle formule di partecipazione sulle quali ci si soffermerà nel capitolo seguente – se non altro avendo riguardo alla finalità con la quale vengono istituiti tali enti, che è propriamente di pubblico interesse nella misura in cui è ritenuta rilevante per la collettività. Donde sottoposto al regime premiale operato dal legislatore.

questa non sia un viatico per nuove forme di pubblicizzazione di fasce sempre più ampie di settori dell'economia di mercato⁵²⁶. La questione, com'è evidente, dipende dal punto di vista prospettico dal quale si osserva il fenomeno. Sotto il profilo del diritto amministrativo puro, l'adozione di schemi privatistici e, più in generale, l'ampliamento di quella sfera di influenza del diritto privato che comporti la perdita di poteri autoritativi in capo alla P.A.⁵²⁷, dovrebbe tendenzialmente portare alla conclusione per cui si sta assistendo nel momento contemporaneo ad una contrazione del diritto pubblico⁵²⁸. Dal punto di vista del giusprivatista, invece, il fenomeno in parola può essere a buon diritto visto come una vera e propria invasione di campo⁵²⁹ del settore pubblico verso fasce di diritto civile che divengono così spurie. Ora, tuttavia, a prescindere da soluzioni salomoniche per le quali forse la verità si trova in una via mediana tra queste due posizioni, che risultano insoddisfacenti *de iure condito* ed infeconde *de iure condendo*, pare invece che ci si trovi in una condizione per la quale l'amministrazione tradizionale, ovverosia quei pubblici

⁵²⁶ Propone quest'ordine di riflessioni G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, I, 2013, pag. 5 e ss. Dal canto suo C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982 veniva affermando già alla fine del secolo scorso come “*la questione non consiste tanto nella pubblicizzazione del diritto privato o nella privatizzazione del diritto pubblico*”, quanto invece nella “*permeabilità delle forme (pubbliche o private, non importa) dell'organizzazione e dell'attività dell'amministrazione a quei principi costituzionali che caratterizzano la struttura e la funzione del potere pubblico nel nostro ordinamento*”, pag. 56, cit.

⁵²⁷ Forse, piuttosto che di perdita dell'autoritatività, si potrebbe meglio parlare di una sua irreggimentazione attraverso i modelli operativi del diritto privato. Come si è sottolineato in dottrina (ad es. F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014), l'adesione di a moduli privatistici non comporta *ex se* l'esclusione dal novero dell'attività amministrativa – con le relative guarentigie – degli atti conseguenti.

⁵²⁸ Non già per riduzione diretta della relativa sfera di influenza, posto che comunque anche nell'adozione di moduli privati la pubblica amministrazione è priva di quella libertà di autodeterminazione del cittadino, quanto piuttosto un recedere degli schemi tipici del diritto pubblico nella disciplina delle operazioni amministrative.

⁵²⁹ In questi termini si è esprimeva già ad inizio millennio F. GIUDANELLA (a cura di), *Le società per azioni a partecipazione pubblica, profili sostanziali e processuali*, Milano, 2005, pag. 129. In termini analoghi, peraltro, si è a volte discusso dell'ingerenza delle scienze come quelle economiche o di diritto nell'alveo dello studio dei beni culturali: cfr. F. FORTE – M. MANTOVANI, *Manuale di economia e politica dei beni culturali*, Soveria Mannelli, 2004, pag. 7.

poteri che agiscano secondo schemi autoritativi⁵³⁰ ben conosciuti, non possa in questa precisa fase storica essere più sopportata dall'ordinamento giuridico, vuoi per la ristrettezza delle risorse economiche nella quale ci si trova costretti, vuoi per l'inefficacia che si è andata rammostrando nel tempo degli strumenti tradizionali nel perseguimento di un utile collettivo quantomai mutevole e polimorfo⁵³¹.

⁵³⁰ Connessi al tradizionale schema potere-autorità-soggezione del cittadino.

⁵³¹ Utile proporre in questo senso una riflessione che sposti il centro focale dalla normativa dalla disciplina minuta dei singoli provvedimenti verso riflessioni di più ampio respiro che abbraccino i principi stessi dell'azione amministrativa. L'intuizione in tal senso è stata formulata da un illustre gruppo di studiosi del diritto amministrativo, successivamente compendiata in M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, ove si postula come piuttosto che ragionare di procedimenti si debba ormai avere attenzione alla cristallizzazione di singoli principi ordinamentali che vengono a reggere l'azione amministrativa nel suo complesso.

.I. Nuovi modelli ed ibridazioni funzionali.

Nel tempo emergono nuovi modelli di interazione tra pubblico e privato, tant'è che le nuove tipologie si parla di cooperazione sussidiaria⁵³², proprio per designare le innovative formule di partenariato pubblico-privato⁵³³.

È un esempio di quanto si va sostenendo il settore dei beni culturali e, più precisamente, l'erogazione del servizio pubblico culturale. Questo specifico settore di riferimento, infatti, pare in concreto prestarsi allo sfuggire a categorizzazioni tradizionali fatte per compartimenti stagni delle branche del diritto, sia per la pervasività dei pubblici poteri che specificamente afferiscono al settore stesso, che per la latenza del bene tutelato⁵³⁴, come ancora per l'ampiezza delle fasce di popolazione cui la fruizione di questa categoria di beni deve essere garantita⁵³⁵. In altri termini, il settore del servizio pubblico culturale, per come inquadrato nel capitolo che precede, si dimostra terreno particolarmente fecondo nell'individuazione di moduli operativi e funzionali che sfuggono le tradizionali categorie di ciò che deve ritenersi pubblico e ciò che invece deve esser riservato all'azione dei privati. Non rileva, quindi, in linea generale la circostanza per cui le finalità di interesse

⁵³² In questi termini formula il concetto F. GIGLIONI, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012, che illustra puntualmente come il modello della sussidiarietà non possa avere una rilevanza limitata alle forme di volontariato, ma deve intendersi estensibile alla generalità delle attività di diritto frammisto che vedono occupata la pubblica amministrazione nel perseguimento delle finalità istituzionali cui quest'ultima risulta normativamente preposta, potendosi estendere il concetto quindi anche a rapporti singolarmente remunerativi per il privato che venga in contatto con i pubblici poteri.

⁵³³ Come si è visto nel primo capitolo, peraltro, la chiamata in sussidiarietà orizzontale costituisce una delle principali innovazioni seguite alla riformulazione del titolo V della Costituzione operata con l. cost. 3/2001. In seguito, nella parte iniziale del XI secolo si è dunque proceduto evolutivamente verso sistematiche di coinvolgimento progressivo degli strati sociali intermedi proprio per garantire l'effettivo invero della riforma che si è ora ricordata.

⁵³⁴ G. FAMIGLIETTI – N. PIGNATELLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Roma, 2015, ove nell'analisi sistematica della normativa viene rimarcata la pervasività della disciplina afferente alla tutela del patrimonio di interesse culturale.

⁵³⁵ Ed un tanto è pure conseguenza dell'afflato della giurisprudenza e normativa sovranazionale, come sottolinea L. DEGRASSI, *La fruizione dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008.

generale⁵³⁶ possano essere – ed in concreto nell’attuale ordinamento giuridico siano – perseguite da soggetti giuridicamente ascrivibili al plesso del diritto privato⁵³⁷. Si apre così uno scorcio nuovo che si pone a mezza via tra il pubblico e il privato nella gestione degli interessi collettivi, che per sua natura diviene una vera e propria alternativa rispetto agli strumenti che si era soliti incardinare presso le categorie fondamentali ora ricordate⁵³⁸. Ciò

⁵³⁶ Come astrattamente potrebbe essere ritenuta quella del perseguimento dei fini prefissati dal legislatore nell’erogazione del servizio pubblico culturale. Un esempio lampante di quanto si va sostenendo si ha con riferimento alle fondazioni di origine bancaria, le quali inequivocabilmente perseguono finalità di interesse generale. E che tuttavia non sono state di per ciò solo ritenute dal giudice delle leggi, con le sentenze gemelle 300 e 301 del 2001, ritenute suscettibili di essere più iscritte nel novero delle persone giuridiche di diritto pubblico. Infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto non rilevante il vincolo finalistico imposto dal legislatore, posto che, in effetti, finalità di interesse generale ben possono essere perseguite da soggetti di diritto privato, come ad esempio le variegata istituzioni prive di scopo lucrativo delle quali si anima in particolare il terzo settore. Così opinando, si è surrettiziamente dato riconoscimento della circostanza per cui il pubblico interesse, nell’essere perseguito, può essere additato ad obiettivo ultimo di un armamentario di strumenti giuridici quantomai vasto, che trascende nei fatti le rigide categorizzazioni cui nel secolo scorso si era a vario titolo appuntata la dottrina, con sforzi di rielaborazione concettuale quantomai approfonditi e certamente meritevoli di essere tenuti in debita considerazione anche nell’affrontare il superamento delle categorie dogmatiche tradizionali, che fungono in ogni caso come punto di partenza per qualsivoglia riflessione sul tema. Pur non potendosi dilungare su una questione tanto complessa e dibattuta, sia consentito il riferimento a C. FRANCHINI, *L’organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 231 e ss., nonché S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, pag. 116 e ss., M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1959, pag. 11 e ss. ed, in punto di inquadramento generale del tema, pure A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1989, ovvero, quanto al profili specificamente di studio funzionale del diritto delle pubbliche amministrazioni, F. BENVENUTI, *La politica istituzionale*, in *Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell’Europa degli anni ’90*, Milano, 1991, pagg. 37 e ss. Si rinvia, inoltre, all’introduzione concettuale particolarmente puntuale ed articolata di P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975 ed a M. BASILE – A. FALZEA, voce *Persona giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1983.

⁵³⁷ Anzi come si vedrà per stessa scelta del legislatore, anzi, si devolvono ai privati sempre maggiori funzioni di perseguimento dell’interesse pubblico attraverso la costituzione di soggettività giuridiche intermedie tra amministratore e amministrati.

⁵³⁸ Cfr. V.M. SESSA, *Gli enti privati di interesse generale*, Milano, 2007.

che conta maggiormente invece è la sussistenza di una disciplina di controllo⁵³⁹ o erogazione che sia sostanzialmente pubblicistica⁵⁴⁰, non solo a fini concettuali di inquadramento quanto soprattutto con l'intenzione di determinare in concreto regole di comportamento da seguire⁵⁴¹.

In particolare, occorre allora distinguere tra i soggetti privati che sono il frutto di un arretramento delle posizioni pubblicistiche di presidio di determinate aree della vita economica e sociale – come esempio tipico si possono citare le fondazioni di origine bancaria – rispetto a quegli enti che sono invece il frutto di scelte autonome e non eteroimposte dei corpi sociali intermedi⁵⁴². La disciplina di questi soggetti, infatti, appare estremamente diversa. Solo nel secondo caso si ha vera autodeterminazione frutto di quel principio di sussidiarietà orizzontale che è stato voluto dal legislatore costituzionale come cardine della riforma del 2001, mentre nel primo caso si ha una *deminutio* di enti pubblici tesa, il più delle volte, a garantire nuove forme di efficientamento⁵⁴³ e una maggiore rispondenza dell'azione amministrativa rispetto al raggiungimento dei fini prefissati dalla

⁵³⁹ R. CAVALLO PERIN – A. POLICE – F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, in specie pag. 194. Gli Autori sottolineano infatti, che per verificare se sussista controllo pubblico nelle istituzioni senza scopo di lucro occorre guardare a cinque indicatori. “*nomina dei funzionari; altre disposizioni come gli obblighi contenuti nello statuto dell'istituzione senza scopo di lucro; accordi contrattuali; grado di finanziamento; esposizione al rischio. Un unico indicatore può essere sufficiente a stabilire il controllo, ma il fattore discriminante è costituito dalla capacità dell'amministrazione di determinare la politica generale e i programmi del soggetto controllato*”.

⁵⁴⁰ S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Milano, 2007, in specie pag. 160 ove si sottolinea come la presenza di controlli nell'erogazione sia elemento caratterizzante.

⁵⁴¹ In specie, in altre parole, ciò che conta è la sussistenza della possibilità di influenzare concretamente le modalità di erogazione del servizio pubblico da parte dei pubblici poteri. E ciò, come si vedrà, può avvenire per due vie: o attraverso la partecipazione nel soggetto pubblico o attraverso forme di ingerenza propriamente afferenti al controllo sulle modalità operative dell'erogazione stessa.

⁵⁴² E rispetto ai quali può darsi partecipazione della pubblica amministrazione per la cogestione degli interessi pubblici dei quali è gerente.

⁵⁴³ Un esempio tipico si ha nella gestione in forma societaria dei servizi pubblici. Cfr. G.P. CIRILLO, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero 22-23-24 settembre 2016*, Milano, 2017, pag. 223 e ss.

legge⁵⁴⁴. Ed un tanto sebbene la maggior parte delle volte a forme di privatizzazione si associno controlli più o meno pregnanti dell'attività dei soggetti privati delegati all'esercizio di pubbliche funzioni, con il passaggio da un'amministrazione attiva ad una di controllo o regolazione⁵⁴⁵.

A questo profilo si aggiunga l'ibridazione che hanno progressivamente subito i modelli con i quali tradizionalmente i cittadini perseguono finalità di interesse generale. L'esempio lampante è la distinzione tra fondazioni ed associazioni⁵⁴⁶, laddove per le prime è fondamentale, secondo l'opinione comune, l'elemento patrimoniale⁵⁴⁷ che risulta quindi preponderante, rispetto alle associazioni, per le quali il dato consociativo risulta di converso preminente. Emergono infatti figure intermedie pure in seno a questi soggetti giuridici di diritto privato, come le associazioni in partecipazione⁵⁴⁸. Dunque, pure le formule che apparivano interne al solo diritto privato assumono una fisionomia

⁵⁴⁴ È ormai opinione comune, specie a livello normativo, di come l'adozione di modelli ordinamentali di stampo privatistico possa essere veicolo di forme sempre più spinte di efficientamento della pubblica amministrazione. Specie nel campo dei servizi pubblici, ove l'attività della P.A. è principalmente materiale anziché giuridica, si è appalesato sin a far data dalla istituzione delle società c.d. municipalizzate (che risalgono addirittura al 1903 e, nella prassi, ancora a prima), come gli strumenti istituzionali e operativi di stampo privatistico fossero maggiormente rispondenti ad una realtà dinamica ed in costante mutamento.

⁵⁴⁵ Per una disamina delle opzioni di fondo delle scelte legislative operate nel procedimento di privatizzazione, cfr. G. SCARCHILLO, *Privatizzazione e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Torino, 2018, pag. 190.

⁵⁴⁶ Interessante notare come, alla fine del XX secolo, lo strumento della fondazione ritorna in auge quale viatico della privatizzazione attuata dal legislatore centrale di ampi settori dell'economia, come avvenuto per le c.d. fondazioni di origine bancaria. Per questa ragione, grande parte della disciplina ad esse afferente si pone in maniera derogatoria rispetto alle ordinarie norme proprie del diritto civile, tanto da far ritenere che per più di qualche profilo ci si trovi innanzi a soggetti giuridici sostanzialmente atipici, posto che tante e tali sono le relative peculiarità da distorce alle fondamenta il modello giuridico cui queste ultime sarebbero in prima istanza direttamente sussumibili nell'ambito del diritto privato.

⁵⁴⁷ Costituito come noto dalla destinazione di un determinato patrimonio giuridico al raggiungimento delle finalità cui istituzionalmente questo soggetto giuridico è preposto.

⁵⁴⁸ Per una introduzione sul tema, utile il rinvio a G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, Milano, 2008. In giurisprudenza cfr. Corte di Cassazione, n. 6757/2001

cangiante⁵⁴⁹ per rispondere al meglio alle mutate esigenze dei sostrati sociali. Quindi la mutazione genetica è duplice nella materia che interessa questa sede: da un lato con lo scivolamento progressivo degli strumenti amministrativi verso il diritto privato⁵⁵⁰, dall'altro con le modificazioni che questi stessi strumenti sono venuti a subire nel corso degli anni per venire incontro alle mutate esigenze del corpo sociale ed alle rinnovate tipologie di responsabilità cui queste sono divenute tributarie. L'evoluzione si è dimostrata nel tempo feconda tanto per gli enti fondativi⁵⁵¹, che da meri erogatori di somme di denaro evolvono verso una tipologia di attività che non disconosce la prestazione diretta di servizi verso una collettività di riferimento, tanto quanto le associazioni, sempre più soggetti aggregatori preordinati alla tutela di una fascia di popolazione⁵⁵² ovvero un gruppo individuato di soggetti.

Della fungibilità dei modelli di diritto pubblico rispetto a quelli di diritto privato, infatti, appare consapevole da tempo lo stesso legislatore, nella misura in cui con la riforma del 2005⁵⁵³ alla legge fondamentale del procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n.

⁵⁴⁹ Un altro esempio di come i modelli progressivamente evolvano per farsi maggiormente rispondenti alle esigenze sociali emerse nel corso del tempo è costituito, inoltre, pure dalle fondazioni di partecipazione: cfr. R. BELLEZZA – F. FLORIAN, *Fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006.

⁵⁵⁰ Il movimento legislativo in tal senso ha avuto, come si vedrà, un primo significativo arresto con l'introduzione del comma 1-bis all'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 da parte della legge n. 15/2005, sulla base del quale si stabilisce in via generalizzata che “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”. Si rinvia per i significati operativi della riforma a quanto argomentato da A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa (dopo le innovazioni disposte dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15)*, Torino, 2005.

⁵⁵¹ In merito cfr. C. LENARDINI – G. ROSSI (a cura di), *Fondazioni bancarie, arte e cultura. Ruolo, risultati e prospettive alla luce di un'analisi territoriale*, Milano, 2010, in particolare pag. 118 e ss. ove si pone attenzione agli interventi nei settori rilevanti che possono essere diversi dalla mera erogazione di somme di denaro. In tema di autoriforma del settore delle fondazioni cfr. pure G. SALA – G. MERUZZI (a cura di), *Le fondazioni di origine bancaria verso l'autoriforma*, Bologna, 2016.

⁵⁵² In quest'ottica l'esempio ancipite è rappresentato dalle associazioni per la tutela dell'ambiente ovvero dei beni culturali, laddove le prime hanno vista riconosciuta la propria funzione in tal senso anche a livello normativo con la legge 8 luglio 1986, n. 349, art. 13.

⁵⁵³ Il riferimento corre invero alla legge n. 15/2005.

241) ha espressamente previsto la possibilità che soggetti pubblici adottino sistemi operativi propri del diritto privato (art. 1), e financo che questi ultimi debbano essere adottati in via preferenziale rispetto alla eterodisciplina autoritativa delle situazioni giuridiche soggettive⁵⁵⁴, come dimostra la possibilità che il contenuto ovvero addirittura il provvedimento stesso possano venire ad essere determinati e sostituiti da un accordo forse financo di impronta privatistica⁵⁵⁵. A ciò si aggiunga come il ragionamento, dai singoli moduli di diritto amministrativo o civile che possono venire ad essere implementati per il raggiungimento delle finalità di utilità collettiva singolarmente individuate dal legislatore, possa muovere fino allo stesso concetto di ordinamento giuridico costituzionale, involgendo riflessioni in ordine a principi cardine come quello di sussidiarietà⁵⁵⁶. Infatti, a livello verticale si deve rappresentare la maggiore efficacia –quantomeno potenziale- delle misure per il soddisfacimento di un interesse pubblico che si può raggiungere attraverso un livello di progettualità che, dicendosi maggiormente vicino all’interesse tutelato, si dota di una evoluta complessità divenendo in grado di fornire risposte maggiormente soddisfacenti rispetto a quelle che si avrebbero se le misure venissero calate dall’alto a mano dello Stato⁵⁵⁷. A dire che non è detto che una maggiore vicinanza rispetto al bene tutelato si

⁵⁵⁴ Sul presupposto che una ridefinizione delle situazioni giuridiche soggettive determinata con l’aiuto del destinatario sarà più facilmente autoeseguita in quanto condivisa. In ciò consiste la consensualità tipica dei moduli del diritto privato che si vogliono adottati dalla pubblica amministrazione.

⁵⁵⁵ O, per melio dire, di impronta privatistica nei limiti in cui la disciplina del diritto civile non si trovi derogata espressamente dal regime di diritto amministrativo specificamente riferentesi a quelle determinate categorie di atti. Si pensi, in particolare, al diritto di recesso riconosciuto in capo alla pubblica amministrazione ovvero, ancora, alla necessità che gli accordi sostitutivi del provvedimento vadano soggetti a quegli stessi controlli che sono predicabili direttamente in capo al provvedimento che viene sostituito.

⁵⁵⁶ G. BERTI, *Commento all’art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Roma, 1975, parla in questo senso di “scioglimento” verso il basso delle istituzioni statali, proprio alla luce della circostanza per cui attività che un tempo erano saldamente appannaggio del potere centrale, sono state nel tempo delegate secondo principi di sussidiarietà verticale verso enti subordinati, mentre secondo principi di sussidiarietà orizzontale verso corpi intermedi dello Stato stesso, anche di diritto privato.

⁵⁵⁷ Si tratta, in effetti, di un principio di chiamata in sussidiarietà non estraneo a quello che progressivamente si è andati formulando a livello sovranazionale all’interno della Comunità prima e dell’Unione Europea poi. Cfr. per un inquadramento sistematico sul tema cfr. F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del*

converta *ex se* in una automatica semplificazione degli strumenti giuridici di volta in volta adottati. La sussidiarietà orizzontale agisce sinergicamente poi con questo principio, consentendo il coinvolgimento di corpi intermedi dello Stato in maniera tale da garantire concentricamente una migliore soddisfazione dei bisogni della collettività⁵⁵⁸. Appare allora evidente come questi due concetti non possano mai essere considerati realmente distinti l'uno dall'altro, posto che il risultato della sussidiarietà costituzionalmente riconosciuta, specie a mente della riforma del 2001⁵⁵⁹, non potrà che essere una combinazione sinergica di entrambi questi elementi⁵⁶⁰.

principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione Europea, Milano, 2007, con particolare riferimento alla riflessione proposta sulle fonti del principio, pag. 31 e ss.

⁵⁵⁸ Cfr. I. COLOZZI, *L'attuazione del principio di sussidiarietà nei servizi alla persona: problemi e prospettive*, in *Politiche sociali e servizi*, XVII, 2015, pag. 7 e ss.

⁵⁵⁹ Il riferimento corre all'art. 5, dei principi generali, non toccato dal legislatore riformista dell'inizio millennio, quanto all'art. 118, comma IV, esitato a seguito della modifica legislativa della Carta fondamentale.

⁵⁶⁰ Ovverosia una contestuale devoluzione contemporanea verso il basso nella gerarchia amministrativa e, da qui, verso l'esterno con il coinvolgimento degli strati sociali intermedi.

.II. Nuovi modelli operativi ed istituzionali.

Da quanto detto emerge la necessità di ripensare agli assetti istituzionali e funzionali secondo modelli giocoforza a geometria variabile⁵⁶¹ che risultino suscettivi di dare risposte concrete secondo livelli istituzionali differenti in base alle esigenze concretamente affrontate nell'amministrare il bene pubblico di volta in volta selezionato dal legislatore⁵⁶². Non di sola efficienza si tratta, in quanto il principio di sussidiarietà in senso orizzontale è prima di tutto afferente a profili di inclusione degli strati sociali nell'amministrazione della cosa pubblica e nella partecipazione alla vita collettiva⁵⁶³ che costituiscono uno dei pilastri fondanti della visione che si è voluta porre alla base del disegno costituzionale. In questo modo si rende contezza di come tale principio fondante del sistema ordinamentale pervada, permeandoli, strati sempre maggiori dell'azione amministrativa, che non può più essere relegata ai soli ambiti canonici nei quali la rielaborazione concettuale novecentesca la vede definita⁵⁶⁴: tali metodi procedurali sono, infatti, oggi ampiamente superati dalla realtà dei fatti. Si cercherà a tale fine di dimostrare come i nuovi stilemi operativi disegnati dalla riforma del terzo settore muovono proprio sulla scia di una concezione orizzontalistica del sistema, che fa sì che lo Stato non deleghi le proprie potestà nel perseguimento del

⁵⁶¹ Usa questa espressione G. MULAZZANI, *Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno*, in *Il diritto dell'economia*, 2017. L'Autore appunta invero l'attenzione sulla circostanza per cui i modelli trasversali imposti dalla legislazione sovranazionale finiscano per ridefinire di fatto l'ambito concettuale all'interno del quale inscrivere l'amministrazione pubblica interna.

⁵⁶² E conferito al singolo plesso amministrativo sulla base di criteri di efficacia operativa. Invero, è emerso in tempi oramai non troppo recenti come la collocazione sistematica delle funzioni amministrative debba avvenire sulla base anche soprattutto di criteri di efficacia operativa. A dire che la competenza amministrativa è oggi allocata anche in relazione al maggior grado di soddisfacimento dell'interesse considerato che può essere raggiunto dal livello operativo della P.A. che si presceglie.

⁵⁶³ Opzione espressa in tal senso, recentemente, da M. BOMBARDELLI, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi: nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, ove si sottolinea in particolare che l'inclusione sociale ha effetto di volano dell'economia garantendo il migliore sfruttamento delle sempre più ristrette risorse pubbliche disponibili.

⁵⁶⁴ Per una introduzione circa la progressiva evoluzione del sistema amministrativo nel secolo scorso, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, in specie pag. 14 e ss. ove si rammenta l'iniziale legame tra apparato esecutivo e concetto di Stato-Nazione, poi mutato profondamente con il progressivo utilizzo degli strumenti più latamente regolatori e di diritto privato.

pubblico interesse dall'alto verso il basso, dove l'*optimum* è costituito dalla sede decisionale più "piccola"⁵⁶⁵ possibile, bensì anche in senso orizzontale, con progressiva traslazione delle competenze verso il privato⁵⁶⁶. A parità di efficacia ed effettività nel raggiungimento degli obiettivi di interesse collettivo posti ad indirizzo dell'azione amministrativa, dunque, si dovranno preferire quegli strumenti che non implicino l'esercizio di poteri autoritativi⁵⁶⁷ ed, in particolare, la delega a soggetti privati che possano conseguire i medesimi risultati con risparmio di pubbliche risorse⁵⁶⁸. È dunque evidente, in tale ottica, che la normazione si sposta dalla disciplina degli enti a quella degli istituti⁵⁶⁹ e l'attività amministrativa da quella attiva a quella di controllo ovvero di compartecipazione con i soggetti privati nell'esercizio delle pubbliche funzioni⁵⁷⁰. Sarà in questa precisa ottica

⁵⁶⁵ *Recte*, dalla sede di esercizio delle potestà decisorie nell'ambito dei plessi più vicini agli interessi amministrati dalla singola P.A.

⁵⁶⁶ O meglio con compartecipazione del cittadino alla gestione della cosa pubblica. E ciò non con l'intento esclusivo di riversare costi ed oneri inizialmente a carico dell'amministrazione sulla collettività, bensì cercando una compartecipazione dal basso nella stessa definizione degli obiettivi ritenuti fondamentali nel perseguimento dell'interesse pubblico del quale è tutrice la P.A.

⁵⁶⁷ Un tanto anche alla luce del fatto che in un'ottica di progressivo equilibrio della spesa pubblica il provvedimento costituisce nei fatti un centro di costo per la pubblica amministrazione. Costo che viene meno ove si opti per una esternalizzazione anche mediata dei servizi.

⁵⁶⁸ Il risparmio marginale di risorse pubbliche non è solamente dovuto al fatto che materialmente l'attività viene svolta dal privato, quindi che il relativo costo è sullo stesso riversato. Piuttosto, il risparmio di spesa si vede raggiunto per via della compartecipazione dei privati alla definizione delle linee operative all'interno delle quali l'amministrazione può venire concretamente ad operare. Tipico esempio la partecipazione degli enti deputati alla valorizzazione dei beni culturali rispetto alla progettazione della valorizzazione stessa da parte degli enti territoriali, prevista agli art. 101 e ss. d.lgs. n. 42/2004.

⁵⁶⁹ Tipico esempio gli accordi amministrativi integrativi o sostitutivi del provvedimento: P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007.

⁵⁷⁰ Per vero non si può mancare di sottolineare come in dottrina si sia espresso più di qualche dubbio circa il reale significato dell'esercizio di pubbliche funzioni da parte del privato. Sicuramente, ad esempio, si è sempre negato che soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni potessero venire ad adottare provvedimenti amministrativi propriamente intesi cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, II, pag. 858 e ss. In giurisprudenza, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, ha avuto modo di affermare nella sentenza 29 dicembre 1990, n. 12221, come il privato concessionario venisse ad esercitare funzioni che erano il diretto precipitato della potestà

ed inquadramento concettuale che si esamineranno puntualmente i singoli moduli e modelli operativi che si andranno a proporre, con la precipua finalità pure di saggiare la bontà della trama normativa nell'ambito di un settore – il terzo per l'appunto – particolarmente sensibile ai mutamenti legislativi ed all'apporto di capitali⁵⁷¹ privati, proprio perché nasce dall'esigenza sentita dei corpi intermedi di porsi in sinergia con l'amministrazione (intesa in senso ampio) rispetto al soddisfacimento dei bisogni della collettività⁵⁷².

amministrativa della quale era titolare la P.A. concedente. Riconoscendo di conseguenza la giurisdizione amministrativa sugli atti del privato stesso.

⁵⁷¹ Da intendersi in termini non meramente mercantile-economici come fondi finanziari, bensì come il contributo fattivo di particolare pregio attraverso il quale le singole rappresentanze della realtà sociale vengono a prendere parte all'amministrazione della cosa pubblica.

⁵⁷² Un chiaro indice in tale senso è reso dalla l. 11 agosto 1991, n. 266, che espressamente postula “*il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo*” e “*ne promuove lo sviluppo salvaguardandone l'autonomia e ne favorisce l'apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale individuate dallo Stato, dalle regioni, dalle provincie autonome di Trento e di Bolzano e dagli enti locali*”. Come si può leggere già in sede di definizione preliminare, ciò che viene a creare un contrasto interno della disciplina è la possibilità di eterodirezione pubblica delle finalità istituzionali dei soggetti giuridici del terzo settore cui si contrappone un riconoscimento in linea di principio particolarmente latente ed effettivo della relativa autonomia. In tale ottica, innanzitutto, vige la libertà piena delle forme, che vuole le organizzazioni di volontariato costituite secondo la forma giuridica ritenuta di volta in volta maggiormente confacente agli obiettivi solidaristici perseguiti, con il solo limite dell'adeguatezza rispetto agli scopi istituzionalmente prefissati dall'atto costitutivo. Con specifico riferimento ai singoli settori interessati dall'attività di volontariato, bisogna poi ricordare che a volte il legislatore si è occupato direttamente di normare il relativo intervento in settori della vita sociale ritenuti di particolare rilevanza ai fini di una consaputa vita collettiva. È, ad esempio, il caso dei tossicodipendenti e degli alcolisti (l. 22 dicembre 1975, n. 685) così come il caso delle persone diversamente abili (l. 5 febbraio 1992, n. 104). Non sempre, tuttavia, si è proceduto ad un puntuale intervento normativo di livello statale per andare a disciplinare fenomeni anche di rilevantissima incidenza sociale. Ciò non vuol dire, in altri termini, che in assenza di intervento del legislatore o, più in generale, della pubblica amministrazione, la categoria di bisogni sociali debba per ciò solo essere pretermessa dalla rilevanza giuridica. Si dovrà, invece, vagliare caso per caso i singoli bisogni di volta in volta presi in considerazione al fine di inferire una rilevanza ordinamentale dei fenomeni giuridici che si intendono affrontare nell'ambito del terzo settore.

Un ulteriore esempio di come tali finalità è pure riscontrabile nella disciplina delle cooperative sociali, di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381. Questi soggetti, infatti, sono stati specificamente costituiti per la gestione di

In questi termini si ricostruisce un rapporto tra pubblico e privato che non si pone in termini di conflittualità, bensì prefigura gli interventi di natura ibrida propri del terzo settore quali anello di congiunzione tra P.A. e formazioni sociali intermedie⁵⁷³.

servizi socio-sanitari ed educativi, come per lo svolgimento di attività diverse (di tipo agricolo, industriale, di servizi o commerciale) Nell'ambito della relativa attività, poi, gli enti pubblici possono stipulare convenzioni, per l'inserimento al lavoro delle persone svantaggiate.

⁵⁷³ Si è debitori di tale intuizione del lavoro di F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Diritto amministrativo*, I-II, 2014, pag. 45 e ss., il quale, dopo aver compiutamente formulato nei termini anzi esposti la questione inerente la sussidiarietà orizzontale e verticale, precisamente afferma il ruolo delle formazioni sociali nell'ambito di una condivisione degli obiettivi istituzionali con le pubbliche amministrazioni assolutamente sinergica. In questi termini la sussidiarietà non è in senso efficientistico un criterio per l'affidamento dei servizi ai privati, bensì maturazione dal basso degli interessi espressi dal corpo sociale che, sedimentandosi, divengono i bisogni cui la collettività deve dare risposta. Partendo da tale presupposto, poi, l'Autore è in grado di ricostruire organicamente le singole tipologie istituzionali delle quali si compone il variegato intervento dei privati nell'ambito del perseguimento degli scopi sociali di utilità collettiva. Così potendo raggruppare in maniera organica pure le singole categorie del consociativismo. Aiuta poi in tal senso il coacervo delle disposizioni sovranazionali, cui si cita in particolare la decisione 2006/702/CE ove si rappresenta puntualmente come le forme di partecipazione e partenariato costituiscono specifica attuazione delle politiche di coesione, che come tali hanno *ex se* bisogno del coinvolgimento di larghi strati della popolazione. Si puntualizza, infatti, – e tale è un carattere indubitabilmente importante anche nell'ambito di ricerca che si va proponendo – che “*nel contesto della politica di coesione, la geografia è un fattore importante*” e, per conseguenza “*una buona governance è ... importante per affrontare con successo la dimensione territoriale*”. Non sfugge l'importanza della concezione di fondo del ragionamento, per il quale la compartecipazione al procedimento decisionale ma anche al suo sviluppo nell'attuazione concreta attraverso formule di partenariato pubblico-privato a geometria variabile costituiscono l'inveramento di quegli stessi valori costituzionali che stanno alla base del nostro ordinamento. In tale ottica, quindi, anche il diritto dei beni culturali trova formule di inveramento attraverso una compartecipazione che consenta la codeterminazione e la successiva attuazione degli obiettivi concreti delle politiche inerenti ai beni culturali nelle varie formulazioni che i corpi intermedi vengono ad assumere.

.III. Servizio pubblico e vincolo teleologico dei soggetti operanti nel terzo settore.

Partendo con queste premesse avendo contezza di questa nozione ampia del concetto di sussidiarietà, di converso risulta agevole notare come la reale pervasività di una disciplina, in ispecie con riferimento all'erogazione del servizio pubblico culturale, non si rammostra più soltanto con il presidio pubblicistico del settore di riferimento da parte della pubblica amministrazione – sia essa intesa in senso formale ovvero in senso sostanziale⁵⁷⁴ – quanto piuttosto nella previsione di un vincolo teleologico che irreggimenti i soggetti coinvolti a prescindere dalla relativa natura giuridica⁵⁷⁵. Senza voler riprendere quindi il dibattito

⁵⁷⁴ Il tema della distinzione tra pubblica amministrazione in senso formale e pubblica amministrazione in senso sostanziale è frutto di un dibattito mai sopito, specie con specifico riferimento al tema della erogazione dei servizi pubblici. Alla teoria nominalistica, o soggettiva, si contrappone da tempo in tale ambito una diversa concezione, denominata di converso oggettiva. Senza potersi dilungare in questa sede sulle caratteristiche puntuali di una distinzione siffatta, preme solo delineare ai fini che interessano la presente trattazione, i connotati salienti del pubblico servizio in entrambe queste nozioni. Per la prima, un servizio può dirsi pubblico qualora l'attività ad esso relativa sia riconducibile direttamente allo Stato o ad un altro ente pubblico in forza di un provvedimento legislativo o amministrativo che implichi l'assunzione del relativo onere. Come si è visto nel capitolo che precede, l'intervento pubblico si pone pertanto in termini di assunzione presso un modello organizzativo garantistico, fissato con articolazioni direttamente determinate a livello normativo onde garantire il perseguimento delle finalità di pubblico interesse per le quali il servizio stesso viene erogato (cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici, op. cit.*, Pag. 146 e ss.). A tale ricostruzione si è nel tempo contrapposta, specie per l'opera di U. POTOTSCHNIG, (cfr. *I servizi pubblici, op. cit.*), la nozione c.d. oggettiva di servizio pubblico. Sulla base di questa ricostruzione dottrina il carattere di pubblicità del servizio non si determina tanto dall'assunzione dello stesso da parte di un soggetto pubblico, quanto piuttosto dalla funzionalizzazione del servizio stesso al soddisfacimento – diremmo noi più o meno immediato – di un interesse pubblico. E su tale funzionalizzazione si determina il presidio normativo del compendio disciplinare del diritto amministrativo, che pervade la sfera di autodeterminazione anche di soggetti privati ma preposti all'erogazione di un servizio legislativamente riconosciuto come utile ed essenziale per la collettività.

Sebbene la dottrina abbia dimostrato nel tempo di attestarsi principalmente sulla posizione oggettiva, non sono poi mancati negli anni interventi di revisione critica di entrambe le teorie, tanto da potersi affermare che posizioni un tempo inconciliabili sono oggi più vicine di quanto non sembrino ad una lettura meramente superficiale degli scritti di chi si è occupato della materia.

⁵⁷⁵ Essendo il bene culturale, infatti, pubblico quanto a fruizione, è agevole dedurre come sussista in capo allo stesso una vera e propria finalità che lo preordina alla pubblica fruizione, a prescindere da chi ne sia titolare. Tale finalità è tuttavia declinata in maniera differente a seconda di chi risulti poi concretamente titolare del compendio, ma permane eguale quanto ai relativi presupposti.

afferente alla ricostruzione dogmatica della nozione di servizio pubblico, ciò che preme ricordare anche nell'affrontare l'analisi della disciplina del terzo settore è come, in materia di beni culturali, ci si trovi innanzi ad un oggetto di disciplina per sua natura non solo polimorfo, quanto anche pervasivo in termini di disciplina obbiettiva ad esso riferibile. E ciò comporta la necessità di una rivisitazione profonda degli strumenti giuridici con i quali si è inteso affrontare il fenomeno. Anche in termini di teoria economica del diritto⁵⁷⁶, infatti, l'intervento dei pubblici poteri è tanto più necessario quando vi sia una inefficienza o – a maggior ragione – una incapacità del mercato di rendere un servizio alla collettività in termini di equilibrio economico tra offerta e richiesta⁵⁷⁷. Le soluzioni che si andranno a proporre, dunque, mirano innanzitutto a garantire in autonomia un siffatto equilibrio in maniera tale da garantire una minima invasività della sfera pubblica rispetto a compiti che possono essere efficacemente portati a compimento con lo strumento della sussidiarietà orizzontale⁵⁷⁸. Nondimeno, proprio per le caratteristiche sulla base delle quali si è venuto ad inquadrare il servizio pubblico culturale, risulta sin da subito evidente come un intervento della mano pubblica dovrà giocoforza esserci, se non altro in termini di controllo delle limitatissime risorse del bene primario che caratterizzano il settore in

⁵⁷⁶ In tema, sempre utile l'introduzione di P. GALLO, *Analisi economica del diritto*, Torino, 1998.

⁵⁷⁷ Ove invece l'offerta e la domanda possono incontrarsi in maniera efficace, la funzione dello Stato retrocede in una posizione marcatamente regolatoria: cfr. P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO – F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016.

⁵⁷⁸ A dire che non si cercherà a tutti i costi predicare l'intervento della pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio pubblico culturale, specie ove risulti preferibile per il conseguimento di economie di scala la gestione interamente affidata al privato. Ciò che però preme sottolineare, nondimeno, è come le peculiari caratteristiche dei beni culturali, e le funzioni agli stessi connesse specie in termini di necessaria tutela riservata allo Stato, portano giocoforza a configurare la relativa gestione in termini di compartecipazione quantomeno potenziale da parte dei pubblici poteri. G. COFRANCESCO – G. ALGERI, *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, Roma, 1996, pag. 26, sottolineavano, infatti il “*monopolio assoluto della pubblica amministrazione sulla tutela dei beni culturali, e l'assoluta prevalenza dell'interesse culturale sugli interessi pubblici e privati*” che eventualmente concorrano nei processi di gestione del patrimonio di rilevanza storico-artistica. Forse, tuttavia, allo stato la visione degli Autori non risulta più così attuale, vuoi per i rimaneggiamenti legislativi vuoi per il mutato modo di sentire che si è andato diffondendo rispetto alla creazione, tutela e valorizzazione dei beni culturali

esame⁵⁷⁹. Anche ad un primo passo di analisi della tematica che si propone nel presente capitolo, in altre parole, non si potrà non avere contezza dello scopo per cui questi enti del terzo settore – ETS sono stati costituiti.

Ragionare dunque di come i moduli previsti in sede legislativa nella rinnovata normazione del terzo settore trovino applicazione con riferimento alle interazioni tra pubblico e privato costituisce dunque il secondo passo necessario all'interno di un ragionamento che miri ad articolare una riflessione sulle rinnovate formule di erogazione del servizio pubblico culturale. E ciò non con l'intenzione di prodursi in una analisi concettuale classica che miri a distinguere in via generalizzata ciò che è pubblico da ciò che non lo è⁵⁸⁰, bensì con l'intenzione di rendere soluzioni quanto più possibile utili e concrete all'operatore giuridico. Questo implica, tuttavia, un'analisi preliminare della disciplina da poco rinnovata del terzo settore. Si deve, infatti, avere contezza dello strumentario predisposto dal legislatore per poter saggiare come questo venga ad interagire rispetto alle finalità di utilità generale che ci si prefigge nell'erogazione del servizio pubblico culturale⁵⁸¹. Un tanto con la consapevolezza pure di come siano in definitiva i corpi intermedi dello Stato a determinare le finalità dell'ordinamento⁵⁸². Si potrà dunque procedere all'individuazione di

⁵⁷⁹ Si è detto, infatti, della pervasiva potestà di controllo sui beni culturali che è riservata allo Stato in termini di verifica del rispetto del divieto di adibire il patrimonio di interesse storico artistico ad usi non conformi rispetto al suo vincolo finalistico impresso già a livello costituzionale al servizio della collettività intera.

⁵⁸⁰ Sul tema si sono, invero, concentrati nel tempo studi di grande consistenza. Inquadra il tema a livello istituzionale S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, pag. 23 e pag. 107, ove si occupa di individuare quelli che sono i caratteri distintivi atti ad individuare la sussistenza di pubblici poteri. Il dibattito giuridico, successivamente si è concentrato dall'amministrazione in senso formale all'amministrazione in senso sostanziale proprio sulla scorta della consapevolezza di come i moduli tradizionali nel tempo sono venuti ad essere superati nella prassi specie con riferimento alle sempre più significative operazioni di privatizzazione operate dal legislatore. Sul punto G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010, pag. 32.

⁵⁸¹ Ed, anche, come si è detto, come l'apporto di soggetti privati possa venire ad interagire con quelle funzioni di tutela rispetto alle quali si è visto sussistere una riserva a favore dello Stato che non sembra poter essere scalfita dalla esternalizzazione nella gestione del patrimonio culturale.

⁵⁸² L'utilità generale non deve, infatti, essere vista come una entità astratta e del tutto avulsa dalla realtà giuridica e materiale nella quale si viene a condividere la vita pubblica e privata. Infatti, nel riconoscimento anche di livello costituzionale di un ordinamento pluralistico che fa della diversità sociale una sua

quelli che sono i moduli migliori per rendere un servizio pubblico articolato come quello dell'erogazione culturale nell'odierno contesto normativo e sociale.

caratteristica fondamentale, un modello amministrativo rigidamente predeterminato e caratterizzato da una stretta e puntuale legalità, mal si attegga a risposta efficace rispetto alle problematiche che i pubblici poteri debbono venire ad affrontare nella realtà quotidiana e concreta.

.IV. La convenzione di Faro ed il suo ruolo nella codeterminazione delle politiche inerenti ai beni culturali.

Un passo fondamentale nell'ottica di una sempre più concreta codeterminazione delle politiche inerenti ai beni culturali ed alla compartecipazione negli strumenti della relativa gestione è costituita dalla Convenzione di Faro, adottata il 27 ottobre 2005⁵⁸³ e sottoscritta dall'Italia il 27 febbraio 2013 della quale, ad oggi, è ancora pendente il procedimento di ratifica da parte del Parlamento nazionale.

Nell'ambito di questa convenzione, come si è visto nel primo capitolo, le risorse culturali vengono definite come quel compendio di beni materiali ed immateriali che provengono dal passato e caratterizzano una specifica comunità. Tale patrimonio va tutelato e trasmesso alle nuove generazioni dalle c.d. "comunità di eredità" definite in sede europea come l'"*insieme di persone che attribuisce valore ad aspetti specifici dell'eredità culturale, e che desidera, nel quadro di un'azione pubblica, sostenerli e trasmetterli alle generazioni future*"⁵⁸⁴. Pare evidente, in questa definizione, da un lato la pervasività della nozione di bene culturale⁵⁸⁵; dall'altro si nota la peculiare commistione nell'azione dei pubblici poteri: l'azione nell'ambito della quale è inscritta la conservazione e trasmissione del patrimonio è definita pubblica, tuttavia alla stessa non possono non partecipare le collettività di riferimento cui il patrimonio stesso costituisce forma di eredità⁵⁸⁶.

La Convenzione poi, e questo è un aspetto fortemente innovativo rispetto alle carte precedenti, riconosce espressamente che la cultura è una vera e propria risorsa per lo

⁵⁸³ Per una introduzione sugli aspetti maggiormente significativi della Convenzione in parola, si veda AA.VV., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Egesi delle recenti riforme e novità normative*, Milano, 2018.

⁵⁸⁴ Risulta specificato per la prima volta innanzitutto come il patrimonio culturale possa avere anche carattere immateriale

⁵⁸⁵ Che, come si è ampiamente rappresentato al capitolo primo, trascende di fatto le categorie dei beni pubblici e privati venendo ad abbracciare una serie di oggetti, anche immateriali, che costituiscono lo spirito immanente della collettività.

⁵⁸⁶ La convenzione, come sottolinea F. MANGANARO, *op. cit.*, viene ad istituire una vera e propria responsabilità diffusa nella gestione del patrimonio culturale con conseguente possibilità di iniziativa anche da parte privata verso forme di tutela e trasmissione dei valori propri di questa categoria di beni.

sviluppo sostenibile⁵⁸⁷ e per una qualità della vita nella società contemporanea, che si caratterizza per una repentina quanto a volte tumultuosa evoluzione⁵⁸⁸. In quest'ottica, appare quindi evidente lo scarto concettuale maturato in seno al Consiglio d'Europa: cultura non più vista come balzello che giocoforza si deve onorare, come peso che a forza deve essere mantenuto a spese della collettività, bensì come volano per lo sviluppo. Sviluppo che, a sua volta, deve tenere conto delle caratteristiche intrinseche di questo bene. Esso, infatti deve essere tramandato intatto e, se possibile, migliorato alle generazioni future⁵⁸⁹, ed è sì limitato ed esauribile⁵⁹⁰, ma trasmissibile e riutilizzabile per un numero illimitato di volte ove allo sfruttamento si accompagni una cura particolare per la conservazione. Anche in questo senso emerge, in altre parole, la polimorficità del bene culturale.

Conferme al riconoscimento di queste caratteristiche, il diritto di ogni singolo cittadino di interessarsi all'eredità culturale, partecipando, nell'ambito delle proprie aspirazioni⁵⁹¹, all'esercizio ed alla condivisione della vita culturale⁵⁹². Solo in questo modo, ossia riconoscendo questi diritti e predicandoli in capo ad ogni individuo, si può addivenire ad

⁵⁸⁷ Cfr. sul tema della sostenibilità della produzione della risorsa culturale N. BURATTI – C. FERRARI, *La valorizzazione del patrimonio di prossimità tra fragilità e sviluppo locale*, Milano, 2011, specie pag. 35 e ss., nonché M. MAUTONE – B. DELLE DONNE – S. PALMENTIERI, *Il Parco Nazionale del Vesuvio: natura e cultura per la gestione "sostenibile dello sviluppo"*, in *Geotema*, 2001, pag. 132 e ss.

⁵⁸⁸ Anche in questo senso si dimostra il legame biunivoco che lega la comunità ai beni culturali che in essa sono innestati.

⁵⁸⁹ In questa caratteristica si concreta proprio quel concetto di eredità culturale cui fa riferimento la Convenzione di Faro nel cercare di definire cosa siano i beni culturali.

⁵⁹⁰ Donde *ex se* necessitante di particolari cure e tutela.

⁵⁹¹ Aspirazioni che sono per vero un predicato del diritto al libero sviluppo della persona umana secondo le proprie ambizioni, ampiamente riconosciuto nell'ambito delle corti costituzionali di diritto continentale ed, anche, anglosassoni. Questo diritto, infatti, è predicato diretto dell'autodeterminazione.

⁵⁹² Diritti, questi ultimi, già riconosciuti nella Dichiarazione universale delle Nazioni Unite dei diritti dell'uomo del 1948 e garantita dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

Sono peraltro seguiti diversi patti a queste dichiarazioni, tra cui ricordiamo la Convenzione Culturale Europea del 1954, la Convenzione per la salvaguardia del patrimonio architettonico d'Europa del 1985, la Convenzione europea sulla protezione del patrimonio archeologico ed, infine, la Convenzione europea del paesaggio.

una gestione proficua – e diremmo pure profittevole – del patrimonio culturale. Il raggiungimento di questi obiettivi, infatti, concorre al miglioramento delle condizioni di vita di tutti i cittadini. Tutti, infatti, hanno diritto a trarre beneficio dell’eredità culturale ed, al contempo, a collaborare in vista del relativo arricchimento. Proprio dall’inveramento materiale di questo diritto nasce la necessità di definire quello culturale in termini di vero e proprio servizio pubblico⁵⁹³.

Di converso, nondimeno, vi è pure una responsabilizzazione del singolo privato che, se da un lato può avere un accesso irreggimentato verso la risorsa culturale, ne risulta del pari responsabilizzato. In questo modo si può, infatti, raggiungere una maggiore sinergia di competenze fra tutti gli attori pubblici, istituzionali e privati coinvolti. Questa tipologia di attività, è questo il punto saliente della Convenzione, si iscrive pur con formule variegate di partenariato, “*nel quadro di un’azione pubblica*”⁵⁹⁴ che mira a sostenere e trasmettere i valori propri dell’eredità culturale. Proprio in ragione di un tanto l’attività di sfruttamento della risorsa contingentata è nasce essa stessa soggetta a quelle limitazioni necessarie in una società democratica e pluralista, alla protezione del superiore interesse pubblico e delle contemporanee posizioni di diritto instillate in capo agli altri soggetti privati dell’ordinamento. In quest’ottica, peraltro, giova pure rimarcare come la Convenzione faccia espresso impegno alle parti di riconoscere il pubblico interesse riconnesso agli elementi dell’eredità culturale⁵⁹⁵. Ciò, in altre parole, costituisce il presupposto giuridico dell’ingerenza⁵⁹⁶ e limitazioni all’utilizzo e sfruttamento dei beni testimonianza di civiltà.

⁵⁹³ Si comincia già ad intravedere, infatti, come il disposto della Convenzione di Faro si rinaldi nella ricostruzione in termini di riconoscimento di una posizione giuridica legalmente esigibile in capo ad ogni cittadino rispetto alla fruizione del patrimonio culturale. Legittimazione, che, nel caso della Convenzione predetta, pare forse essere disegnato come limitato entro i confini della comunità di cultura cui il singolo cespite si riferisce. Ciò non toglie, nondimeno, che il ragionamento in questi termini sia suscettibile di venire esteso verso strati più ampi della popolazione a seconda delle caratteristiche intrinseche del bene culturale di volta in volta considerato. Per un inquadramento in tal senso, cfr. A. CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, 2014, in specie quanto affermato alle pag. 73 e seguenti.

⁵⁹⁴ Art. 2, lett. b).

⁵⁹⁵ Sebbene il disposto Convenzionale non specifichi a fondo questa circostanza, si può invero affermare che il riconoscimento dell’interesse pubblico in relazione alla gestione della risorsa culturale è il primo passo per

Un ulteriore profilo di interesse della Convenzione è poi il tema della valorizzazione delle specificità territoriali cui l’eredità culturale è collegata, cui si riferisce espressamente l’art. 5, lett. f), vero veicolo della sussidiarietà tanto verticale in prima battuta quanto orizzontale in seconda ed ove i pubblici poteri non possano arrivare⁵⁹⁷. Ciò consente la riferibilità della gestione del patrimonio culturale a quelle comunità che hanno contribuito in sé a formare l’eredità culturale. Si addivene così alla consapevolezza che sul piano sussidiario, siano meglio deputati alla gestione del patrimonio culturale quei soggetti che sono più vicini all’origine della risorsa⁵⁹⁸. Questo movimento eccentrico nella normazione e gestione è tuttavia contrastato dal superiore interesse pubblico alla garanzia di fruibilità, ragione per cui qualora la gestione delocalizzata della risorsa non fosse corrispondente alle finalità superiori delle quali si fa tutore lo Stato stesso⁵⁹⁹, si deve fare luogo per conseguenza ad un nuovo riaccostamento⁶⁰⁰. Una ulteriore misura che non può che essere osservata con

giustificare l’ingerenza dei pubblici poteri in relazione alla stessa. Cfr. C. CARMOSINO, *La Convenzione del Consiglio d’Europa sul valore del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 1/2013.

⁵⁹⁶ In questi termini, il confronto tra pubblico e privato non si pone in termini di antiteticità, diversamente da quanto, invece, ad esempio sostenuto da G. Napolitano, che parla di ingerenza pubblica, riconducendo la nozione all’opera di M.S. Giannini, il quale postulava “*la contrapposizione tra Stato e società, con la conseguenza che, dove si espande l’uno, l’altra si ritrae (e viceversa) ... L’idea dell’ingerenza, peraltro, svolge un ruolo fondamentale nell’accreditare la progressiva estensione dei confini del diritto amministrativo quale parte del diritto pubblico*”. Cfr. G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, pag. 14, cit.

⁵⁹⁷ Secondo il disposto della convenzione, infatti, l’innestarsi del bene culturale all’interno di una precisa comunità di riferimento consente di individuare *ex se* il livello ottimale di allocazione delle competenze nella gestione dello stesso. E ciò si deve ritenere, tanto con riferimento ai vari livelli attraverso i quali lo Stato articola le proprie competenze, sia avendo riguardo al principio di sussidiarietà orizzontale – pur non compiutamente preso in considerazione a livello di Consiglio d’Europa – con riguardo alla devoluzione verso la stessa popolazione coinvolta delle potestà di gestione del patrimonio di rilievo storico-artistico.

⁵⁹⁸ Si tratta di comunità di cultura non solo in relazione alla formazione del bene culturale, bensì anche al suo innesto sociologico.

⁵⁹⁹ Pare in questo senso che la disciplina convenzionale di fatto ricalchi quella interna, che come si è visto riserva le potestà inerenti alla tutela – in una accezione che tuttavia vede questo termine quale limite connotato all’attività di valorizzazione – come riservato alla potestà statale.

⁶⁰⁰ Anche nel diritto amministrativo generale questi movimenti non solo dall’alto verso il basso, bensì pure dal basso verso l’alto, non sono stati infrequenti. Tipico esempio è l’istituzione del Ministero dei Beni

grande interesse dall'operatore giuridico è l'impegno a prevedere attraverso strumenti normativi la generazione di diritti immediatamente suscettibilità di diretta applicabilità da parte dei cittadini in riferimento all'eredità culturale⁶⁰¹. In questo modo si veicola non solo l'erogazione di un servizio pubblico vero e proprio, ma si predica viepiù la necessità di una diretta azionabilità delle posizioni giuridiche soggettive ad esso inerenti. Infatti, con il termine "diretta applicabilità"⁶⁰², si intende proprio definire uno statuto giuridico peculiare connotato dalla previsione di un compendio di tutele che hanno come finalità il raggiungimento di un'effettività concreta del diritto azionato. Questi concetti rilevano tutti al fine di definire la compartecipazione tra pubblico e privato nell'ambito dei beni culturali, che può avvenire tramite gli strumenti previsti nella legislazione del terzo settore. Procedendo oltre, preme rappresentare come occorra poi coniugare le diverse aspettative che potenzialmente, possono venire a maturare sull'eredità culturale, in maniera tale da consentire una corretta e quanto più possibile completa condivisione tra gli strati sociali. Anche in questo si identifica fortemente il coinvolgimento dei corpi sociali intermedi. Proprio così, infatti, si garantisce lo sfruttamento⁶⁰³ sostenibile della risorsa culturale assicurando che le decisioni che la riguardano siano basate sulla comprensione dei valori ad essa riconnesse, definendo principi sulla gestione sostenibile e promuovendo tecniche e

Culturali e del Turismo, che è stato volto ad accentrare presso i poteri dello Stato i compiti di tutela del patrimonio culturale. Ciò si mantiene sino ad oggi, benché tendenzialmente sia decentrato l'esercizio concreto di poteri di tutela presso gli uffici periferici delle Soprintendenze. In punto, utili le riflessioni di G. CORSO – V. LOPILATO, *op. cit.*, specie pag. 185. Gli autori ritengono infatti che l'intenzione propria della chiamata in sussidiarietà effettuata a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione non fosse preordinata a passare dall'accentramento statale ad una diversa forma di accentramento di tipo regionale. In quest'ottica, tuttavia, si dimostra come l'esito riformista del legislatore costituzionale non abbia voluto una delega verso la periferia o i corpi sociali intermedi di un numero generalizzato di competenze. Resta sempre infatti il principio competenziale e quello di adeguatezza che devono governare l'ascrizione delle potestà

⁶⁰¹ Disposizione, quest'ultima, che porta al concretarsi della compartecipazione privata nella gestione della risorsa in maniera tale da garantire la codeterminazione degli obiettivi di erogazione del servizio pubblico culturale. È infatti evidente che laddove sia effettivamente previsto un diritto esigibile da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, si può ammettere anche che vi siano aggregazioni tra i cittadini stessi verso l'autosoddisfacimento delle pretese ritenute rilevanti dall'ordinamento.

⁶⁰² Art. 6, lett. c).

⁶⁰³ Anche economico.

professionalità che sfruttino il potenziale delle stesse per applicazioni contemporanee che si caratterizzano per una elevata qualità⁶⁰⁴. Infatti, l'articolo 10 della Convenzione si perita puntualmente di proporre quale linea d'azione degli Stati contraenti l'accrescimento della consapevolezza del potenziale economico dell'eredità culturale⁶⁰⁵, che deve essere considerata specificamente nella pianificazione delle politiche economiche – le quali, peraltro comunque devono rispettare l'integrità di quei valori cui i beni culturali si fanno portatori, in maniera tale da non comprometterli. L'attività economica concernente i beni culturali viene quindi per la prima volta valorizzata in un'ottica sussidiaria dove pubblico e privato partecipano: il primo dettando le linee guida dell'azione di sfruttamento e facendosi garante del valore intrinseco di queste *res*⁶⁰⁶, i secondi producendosi in un'azione di valorizzazione anche economica che costituisce per i paciscenti una formula di trasmissione di quello stesso valore intrinseco che si mira a tutelare. Vi è quindi l'impegno preciso a sviluppare un quadro giuridico, finanziario e professionale che permetta l'azione congiunta di autorità pubbliche, esperti, proprietari, investitori, imprese, organizzazioni non governative e, più in generale, della società civile⁶⁰⁷. In questo quadro d'azione devono essere sviluppati metodi innovativi affinché le autorità pubbliche possano cooperare con altri attori, istituzionali e non, rispettando ed promuovendo innanzitutto le iniziative volontarie che integrino i ruoli delle autorità pubbliche, a tal fine incoraggiando pure le organizzazioni non governative interessate alla conservazione dell'eredità culturale

⁶⁰⁴ De essere sottolineato, invero, come in sede convenzionale si apra direttamente la strada allo sfruttamento della risorsa culturale da parte di soggetti all'uopo costituiti anche in collaborazione tra enti pubblici e privati. Ciò a cui si punta, infatti, lo sviluppo qualitativo nell'erogazione del servizio pubblico direttamente inerente ai beni di interesse storico-artistico, a prescindere dalla veste giuridica concreta attraverso la quale questo si sviluppa.

⁶⁰⁵ Consapevolezza, quest'ultima, peraltro da tempo maturata in sede dottrina, cfr. ad esempio, A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon*, 2/2018 nonché G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, parimenti in *Aedon*, 3/2015.

⁶⁰⁶ In questa ottica si può riconoscere anche l'innovatività del d.lgs. n. 42/2004 nella misura in cui disciplina, come si è visto al capitolo che precede e come si specificherà al capitolo che segue, la compartecipazione dei soggetti privati alla definizione delle politiche complessive inerenti ai beni culturali.

⁶⁰⁷ Un quadro che, come si è visto, non appare soddisfatto dalle sole previsioni presenti nel d.lgs. n. 42/2004, ancorate ad una visione tradizionale della compartecipazione alla gestione del patrimonio culturale eccessivamente statica che ha in definitiva nel privato il mero esecutore materiale.

ad agire nell'interesse pubblico⁶⁰⁸. Questo ordine di idee, per vero, pareva esser anticipato nel nostro ordinamento dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, ove all'art. 2, comma CCIII⁶⁰⁹, si istituiva la figura del c.d. partenariato sociale, ove i soggetti pubblici e privati

⁶⁰⁸ Come si avrà modo di vedere, una delle caratteristiche tipiche degli enti del terzo settore è proprio la circostanza di essere enti funzionalmente preordinati al perseguimento di interessi di carattere generale.

⁶⁰⁹ *“Gli interventi che coinvolgono una molteplicità di soggetti pubblici e privati ed implicano decisioni istituzionali e risorse finanziarie a carico delle amministrazioni statali, regionali e delle province autonome nonché degli enti locali possono essere regolati sulla base di accordi così definiti: a) "Programmazione negoziata", come tale intendendosi la regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza; b) "Intesa istituzionale di programma", come tale intendendosi l'accordo tra amministrazione centrale, regionale o delle province autonome con cui tali soggetti si impegnano a collaborare sulla base di una ricognizione programmatica delle risorse finanziarie disponibili, dei soggetti interessati e delle procedure amministrative occorrenti, per la realizzazione di un piano pluriennale di interventi d'interesse comune o funzionalmente collegati; c) "Accordo di programma quadro", come tale intendendosi l'accordo con enti locali ed altri soggetti pubblici e privati promosso dagli organismi di cui alla lettera b), in attuazione di una intesa istituzionale di programma per la definizione di un programma esecutivo di interventi di interesse comune o funzionalmente collegati. L'accordo di programma quadro indica in particolare: 1) le attività e gli interventi da realizzare, con i relativi tempi e modalità di attuazione e con i termini ridotti per gli adempimenti procedurali; 2) i soggetti responsabili dell'attuazione delle singole attività ed interventi; 3) gli eventuali accordi di programma ai sensi dell'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142; 4) le eventuali conferenze di servizi o convenzioni necessarie per l'attuazione dell'accordo; 5) gli impegni di ciascun soggetto, nonché del soggetto cui competono poteri sostitutivi in caso di inerzie, ritardi o inadempienze; 6) i procedimenti di conciliazione o definizione di conflitti tra i soggetti partecipanti all'accordo; 7) le risorse finanziarie occorrenti per le diverse tipologie di intervento, a valere sugli stanziamenti pubblici o anche reperite tramite finanziamenti privati; 8) le procedure ed i soggetti responsabili per il monitoraggio e la verifica dei risultati. L'accordo di programma quadro è vincolante per tutti i soggetti che vi partecipano. I controlli sugli atti e sulle attività posti in essere in attuazione dell'accordo di programma quadro sono in ogni caso successivi. Limitatamente alle aree di cui alla lettera f), gli atti di esecuzione dell'accordo di programma quadro possono derogare alle norme ordinarie di amministrazione e contabilità, salve restando le esigenze di concorrenzialità e trasparenza e nel rispetto della normativa comunitaria in materia di appalti, di ambiente e di valutazione di impatto ambientale. Limitatamente alle predette aree di cui alla lettera f), determinazioni congiunte adottate dai soggetti pubblici interessati territorialmente e per competenza istituzionale in materia urbanistica possono comportare gli effetti di variazione degli strumenti urbanistici già previsti dall'articolo 27, commi 4 e 5, della legge 8 giugno 1990, n. 142; d) "Patto*

addivenivano ad una concertazione circa settori e metodologie dello sviluppo territoriale ben individuate con il precipuo fine redistributivo di carattere selettivo delle risorse statali. L'interesse pubblico, in questo modulo procedimentale, viene a liquefarsi in una commistione di obiettivi pubblici e privati, dove non è previsto in via astratta e preventiva l'interesse collettivo che deve essere perseguito da parte del soggetto pubblico, bensì si addiviene ad una piena condivisione di vedute in maniera da conseguire una sinergia di scopi ed una ottimizzazione di risorse e risultati⁶¹⁰. Si dimostra così, in altre parole, il reale pluralismo sul quale l'ordinamento si fonda – e che l'ordinamento vuole tutelare specie quando si ha a riferimento il patrimonio culturale⁶¹¹ – che impedisce la predeterminazione

territoriale", come tale intendendosi l'accordo, promosso da enti locali, parti sociali, o da altri soggetti pubblici o privati con i contenuti di cui alla lettera c), relativo all'attuazione di un programma di interventi caratterizzato da specifici obiettivi di promozione dello sviluppo locale; e) "Contratto di programma", come tale intendendosi il contratto stipulato tra l'amministrazione statale competente, grandi imprese, consorzi di medie e piccole imprese e rappresentanze di distretti industriali per la realizzazione di interventi oggetto di programmazione negoziata; f) "Contratto di area", come tale intendendosi lo strumento operativo, concordato tra le amministrazioni, anche locali, rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, nonché eventuali altri soggetti interessati, per la realizzazione delle azioni finalizzate ad accelerare lo sviluppo e la creazione di una nuova occupazione in territori circoscritti, nell'ambito delle aree di crisi indicate dal Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del bilancio e della programmazione economica e sentito il parere delle competenti Commissioni parlamentari, che si pronunciano entro quindici giorni dalla richiesta, e delle aree di sviluppo industriale e dei nuclei di industrializzazione situati nei territori di cui all'obiettivo 1 del Regolamento CEE n. 2052/88, nonché delle aree industrializzate realizzate a norma dell'articolo 32 della legge 14 maggio 1981, n. 219, che presentino requisiti di più rapida attivazione di investimenti di disponibilità di aree attrezzate e di risorse private o derivanti da interventi normativi. Anche nell'ambito dei contratti d'area dovranno essere garantiti ai lavoratori i trattamenti retributivi previsti dall'articolo 6, comma 9, lettera c), del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389.

⁶¹⁰ R. FERRARA, *Gli accordi di programma: poter, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993. Seppur risalente, lo studio dell'Autore resta tutt'oggi assolutamente valido nell'individuare nella condivisione degli scopi istituzionali un modello di maggiore efficacia dell'azione amministrativa. Condividendo in via preventiva gli obiettivi, infatti, si ha una autonomia dei partecipanti nell'esecuzione degli stessi, donde effetti migliorati sul piano di effettività di quei diritti espressamente riconosciuti dalla legge che vengono ad essere meglio tutelati attraverso un'azione di tipo quasi paritetico e non autoritativo.

⁶¹¹ Su tale caratteristica del patrimonio culturale vi è da tempo risalente consapevolezza, ad esempio da parte di M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991, ove l'Autore si concentra in

normativa o amministrativa generalizzata degli interessi sensibili⁶¹². Proprio da questa consapevolezza nasce anche la Convenzione di Faro, che rinsalda specificamente il concetto di eredità culturale ad una ben individuata comunità che trascende la nozione tradizionale di Stato e che si riconosce in maniera biunivoca con un patrimonio immanente. Come si ha avuto modo di accennare nel primo capitolo, in un'ottica funzionalista⁶¹³, non si può avere reale protezione dell'eredità culturale senza sua contemporanea valorizzazione. È dall'insieme di queste due attività che si produce la trasmissione dei beni culturali verso le generazioni future consentendo di apprezzarne realmente il valore. In quest'ottica un ruolo nuovo devono venire a rivestire i molteplici modelli attraverso i quali persegue i propri interessi la collettività raggruppata in corpi sociali intermedi, sia come *partner* dei soggetti istituzionali nell'attività di conservazione e valorizzazione sia come portatrici di posizioni rilevanti nei confronti delle politiche per i beni culturali.

Ruolo non secondario ha poi lo studio e la diffusione informativa inerente all'eredità culturale, che deve essere potenziato su ogni livello al fine di garantire una sempre migliore conoscenza della risorsa, prodromo necessario ed indefettibile per averne a valle conservazione, valorizzazione e sfruttamento. Né trascurabile, peraltro, il ruolo delle tecnologie digitali in queste linee di intervento⁶¹⁴. Si propone, infatti, per la prima volta un ruolo sinergico delle nuove tecnologie quali fonti di una nuova consapevolezza dell'eredità culturale ed, al contempo, quale veicolo per la relativa diffusione. In quest'ottica, l'utilizzo delle nuove tecnologie costituisce uno strumento di diffusione di quei valori dei quali si

particolare sulle caratteristiche assunte dallo stesso in relazione al disposto ottenuto da una lettura dinamica ed effettiva del disposto contenuto nella carta costituzionale.

⁶¹² Forme di codeterminazione dell'interesse pubblico, d'altronde, non sono estranee nell'ordinamento, si pensi, ad esempio, alla materia urbanistica, come sottolineato AA.VV., *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, in specie pag. 634,

⁶¹³ Il termine in questo senso non è inteso a definire la sistematica di gestione del patrimonio nel suo complesso nell'ambito di una filiera produttiva, come invece fanno M. MAUTONE – M. RONZA, *Il patrimonio culturale e paesaggio, un approccio di filiera per progettualità territoriale*, Roma, 2016. Si intende piuttosto riferirsi alla funzionalizzazione connaturata ad ogni bene culturale rispetto alla sua propria valorizzazione.

⁶¹⁴ Tematica sulla quale, per questioni di contenenza espositiva, non ci si può intrattenere in questa sede. Valga tuttavia il rinvio in punto di inquadramento generale operata da E. BONACINI, *Nuove tecnologie per la fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale*, Roma, 2011.

caratterizza il patrimonio culturale e non, invece, una minaccia nei confronti dello stesso⁶¹⁵. Anche in quest'ottica si può intravedere nel testo della Convenzione un profondo mutamento della sensibilità dei governi della Grande Europa verso gli strumenti innovativi di conservazione e diffusione del patrimonio culturale, specie nella misura in cui aprono la via a nuove forme di gestione collettiva del patrimonio di interesse storico-artistico.

⁶¹⁵ In punto, L. CESSARI – A.L. D'AGATA (a cura di), *Città, siti, musei. La ricerca scientifica e l'innovazione tecnologica per lo sviluppo del territorio*, Roma 2011, propone una analitica ricostruzione delle nuove metodologie operative e tecnologicamente avanzate che possano essere implementate per la gestione dei beni culturali. Gli Autori, peraltro, sottolineano significativamente come la gestione dei beni di interesse storico-artistico debba avvenire anche avendo conto, soprattutto del legame territoriale che li vincola alla collettività di riferimento.

.V. I limiti della gestione privata di interessi collettivi.

Un'ultima annotazione si impone nel prendere l'abbrivio dell'analisi degli strumenti previsti nella riforma del terzo settore. Se si è, infatti, detto di come fonti nazionali, impulsi dottrinari e normativi e, non da ultimo, pure convenzioni tra Stati, portino verso una sempre maggiore rilevanza del ruolo privato nella gestione del bene collettivo. È, in altre parole, legittimo chiedersi fino a dove ci si possa spingere nella collocazione presso i privati delle funzioni pubbliche⁶¹⁶, specie ove queste riguardino beni particolarmente sensibili per loro stessa natura, come sono i beni culturali. Se per questioni di politica contingente (ed in particolare per la ristrettezza di risorse che può dirsi in tempi recenti oramai cronicizzata)⁶¹⁷ si è indotti a ricercare la collaborazione del privato, vi debbono di contro essere presidi a quegli interessi supersensibili per la tutela dei quali si è prevista l'opera dei pubblici uffici⁶¹⁸.

Nel cercare di dare una risposta a tale quesito, occorre innanzitutto avere a mente come la Corte costituzionale, nelle rare occasioni nelle quali si è trovata a dover affrontare la questione della sussistenza di una riserva amministrativa alla tutela di particolari interessi della collettività, è sostanzialmente venuta a negare l'esistenza di un ambito d'azione esclusivo che possa predicarsi in via aprioristica sussistente in favore dei pubblici uffici. In effetti, i referenti costituzionali negano che vi siano riserve di amministrazione pubblica

⁶¹⁶ Non si intende in questo senso fare riferimento all'attività classicamente definita come esercizio privato delle pubbliche funzioni, in tempo risalente ricostruita dalla dottrina come possibilità di esercizio di potestà pubbliche da parte dei cittadini, cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni pubbliche e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.

⁶¹⁷ S. CALDARELLI, *La "riserva" di amministrazione nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti*, in *Federalismi*, 21 novembre 2018, particolarmente puntuale nell'individuare i limiti entro i quali deve operare la pubblica amministrazione nella gestione delle proprie risorse finanziarie nel tempo corrente.

⁶¹⁸ Ben consapevole della particolare delicatezza ed importanza del quesito che si va sottoponendo F. MANGANARO, *op cit.*, il quale dopo aver proposto un'articolata analisi delle istituzioni civiche tributarie di pubblici interessi nell'ambito del quadro normativo nazionale, sottopone ad analisi critica lo stesso strumento del partenariato pubblico privato alla luce dei superiori interessi di cui è tributaria la pubblica amministrazione statale nell'ottica di un ordinamento pluralista come quello moderno.

propriamente intese⁶¹⁹; nondimeno, plurimi pronunciamenti hanno nel tempo confermato che sussiste tutta una serie di servizi necessari⁶²⁰ dei quali lo Stato, nelle sue varie articolazioni territoriali, non può non farsi carico⁶²¹. Insomma, se da un lato non sussiste una riserva espressa, è dall'altro tautologico affermare che dovendo rendersi dei servizi necessari di questi ultimi non possa che farsi garante il plesso pubblico⁶²². Specie in materia sanitaria⁶²³, ad esempio, è maturata la convinzione che non si possa progredire verso un sistema dove la salute dei cittadini sia rimessa all'iniziativa del privato, ovvero sia

⁶¹⁹ Profilo, quest'ultimo, da tenere distinto e non confondere invece con quello afferente alla sussistenza di diritti e, più in generale, di posizioni giuridiche soggettive che debbono giocoforza essere garantite dall'azione dei pubblici poteri in quanto rientranti nella missione istituzionale della P.A.

⁶²⁰ Prima tra tutte la sanità pubblica. Ma anche alla questione della garanzia della sicurezza pubblica, per la quale vedasi la sentenza n. 115/1995 della Corte costituzionale, ove si è affermato senza lasciare adito a dubbi come la funzione inerente alla pubblica sicurezza, da intendersi come quella funzione propria della tutela dei beni giuridici sensibili e di particolare rilevanza perché di indiretta o diretta rilevanza costituzionale, non può non essere riservata nei suoi tratti essenziali allo Stato. Un tanto è stato poi confermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 290/2001, ove si è precipuamente ribadito come i provvedimenti autorizzativi in materia di pubblica sicurezza restano materia riservata alla competenza statale. Dalle pronunce anzi citate si può dedurre un quadro nel quale non solo la competenza legislativa in materie particolarmente sensibili deve rimanere centralizzata, non potendo essere dispersa nei rivoli della sussidiarietà verticale, bensì quale ambito di competenza esclusiva statale deve essere un servizio che in via esclusiva è reso dagli organi dello Stato nelle sue varie articolazioni, cui i cittadini possono certo contribuire, ma in un ruolo eterodiretto e di secondo piano, quale ad esempio quello di segnalazione degli illeciti. Nell'ambito di interessi particolarmente sensibili, in altre parole, la sussidiarietà orizzontale, pur quale principio costituzionale primario, non vale a devolvere verso il cittadino funzioni esclusive.

⁶²¹ O, per meglio dire, che non può non garantire. Ciò in via diretta tramite erogazione, ovvero in via indiretta tramite delega e controllo.

⁶²² Quello che tuttavia pare emergere rispetto a questa tipologia di servizi non è tanto la circostanza per cui debbano essere necessariamente resi in via diretta dalla pubblica amministrazione, quanto piuttosto che la P.A. deve garantire in via diretta o mediata che i diritti riconosciuti dalla legge in capo ai cittadini possano inverarsi nella realtà materiale. Donde la posizione dell'amministrazione è quella di garanzia di effettività rispetto alle posizioni giuridiche soggettive dei consociati.

⁶²³ Per una panoramica delle problematiche in tema, cfr. M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, in specie pag. 37 e ss. ove si analizza come l'assetto costituzionale abbia portato a delle modifiche significative nell'erogazione del servizio pubblico sanitario.

pienamente inserita quale una merce qualunque all'interno dell'economia di mercato⁶²⁴. Ora, per quanto concerne specificamente il servizio pubblico culturale, si è nel tempo venuta configurando una necessità imperativa che la gestione della risorsa sia sorvegliata dall'alto⁶²⁵. Sebbene erogabile in regime di libero mercato, infatti, la limitatezza e la peculiare delicatezza del patrimonio giuridico con cui ci si va ad interfacciare impone particolari ed imperative garanzie che debbono in ogni caso essere rispettate. E ciò sia in virtù del fatto che l'accesso alla risorsa deve comunque e sempre essere garantito anche -e proprio- perché il patrimonio culturale deve essere mantenuto giocoforza integro per poter essere trasmesso alle generazioni future. Secondo queste linee di indirizzo muove anche la Convenzione di Faro di cui si è dato conto sopra. In quest'ottica, il principio di sussidiarietà, come si è detto, se vale ad aprire la via a collaborazioni sempre maggiori con il privato attraverso sinergie inedite e fino a poco tempo fa difficilmente pensabili, non vale, invece, ad aprire la via a nuove forme di liberismo⁶²⁶. In tale ottica *“si può, invece, dedurre che il principio di sussidiarietà orizzontale abbia natura bidirezionale quanto alla cura degli interessi a protezione necessaria. Per questi interessi, infatti, la sussidiarietà orizzontale interviene in maniera bidirezionale, nel senso che la responsabilità della loro effettiva realizzazione fluisce, senza soluzione di continuità, dalle amministrazioni pubbliche ai privati e viceversa, sempre al fine di garantire livelli essenziali di prestazioni. Da una parte, si è accertato, infatti, che l'autonoma iniziativa dei privati che intendono tutelare interessi generali non può essere snaturata attraverso improprie forme di pubblicizzazione. Ma, d'altra parte, per gli interessi a protezione necessaria, la sussidiarietà orizzontale agisce all'inverso, obbligando le amministrazioni a garantire livelli essenziali delle prestazioni, ove l'iniziativa privata manchi o sia insufficiente per*

⁶²⁴ Un altro aspetto rilevante rispetto alla ricostruzione dei servizi essenziali è, infatti, la loro collocazione all'esterno dell'ambito di operatività delle leggi del mercato. E questo, non per una sfiducia rispetto al libero scambio, quanto piuttosto per una opzione espressa di incommerciabilità dei servizi stessi.

⁶²⁵ Si richiamano, in tal senso, i significativi poteri di controllo riconosciuti al plesso pubblico nella materia *de qua*, come rappresentato al primo capitolo.

⁶²⁶ E questo perché la delega verso il privato di funzioni un tempo riservate al plesso amministrativo non ne muta in maniera sostanziale la natura. La delega, in altre parole, non provoca una *deminutio* che possa valere a ridurre le garanzie per il cittadino che è il soggetto finale verso il quale si appunta l'interesse del legislatore nel riconoscimento di posizioni giuridiche tutelate.

realizzarli”⁶²⁷. Invero, in alcuni settori, come quello culturale, l’apporto di conoscenze private, rifuggendo le rigide linee di demarcazione verso inedite formule di partenariato⁶²⁸, può veicolare la migliore tutela degli interessi essenziali presidiati dalla normativa di settore, a partire da quella costituzionale. Ma ciò in un’ottica appunto bidirezionale dove la P.A. retrocede verso un ruolo di soggetto regolatore-controllore di nuovi spazi aperti al mercato⁶²⁹. Si riconosce così pure un ruolo solidaristico al privato che diviene compartecipe effettivo dell’inveramento di quei valori sui quali la società si basa. Si necessitano però in tale ottica, nuovi canoni interpretativi con i quali conoscere del fenomeno. Fatte queste premesse di ordine generale circa gli assi cartesiani all’interno dei quali inserire un ragionamento di compartecipazione del privato alla gestione del servizio pubblico culturale, si può quindi prendere il passo nell’analizzare gli strumenti approntati dalla recente riforma del terzo settore.

⁶²⁷ F. MANGANARO, *op. cit.*, pag.61, cit.

⁶²⁸ Cfr. M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione ...*, *op. cit.*

⁶²⁹ Muta, infatti, così la funzione dei pubblici poteri, da soggetti erogatori in via diretta a soggetti di garanzia nell’ambito di nuovi assetti di mercato settoriale.

.VI. Il terzo settore: le ragioni di una riforma.

L'intervento del legislatore in tema di associazionismo di pubblica utilità era da tempo esigenza sentita, specie tra gli operatori del settore⁶³⁰. Così con legge 6 giugno 2016, n. 106⁶³¹, si è conferita la delega al Governo di adottare la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e del servizio civile universale, compresa la disciplina tributaria afferente, mediante l'adozione di un apposito Codice⁶³². In esercizio della delega è stato così emanato il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, recante il *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*.

Fine precipuo del nuovo compendio disciplinare è costituito dalla volontà di sostenere l'iniziativa dei privati cittadini rispetto ai quali è riconosciuto formale concorso con i pubblici poteri nel perseguimento del bene comune, nell'elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, di favorire la partecipazione e l'inclusione degli strati sociali intermedi⁶³³. Viene, infatti, riconosciuto il valore e la funzione sociale dell'associazionismo cittadino quale espressione di quei principi di partecipazione, solidarietà e pluralismo che sono fondanti per una cittadinanza attiva e riconosciuti quale base dell'ordinamento anche costituzionale⁶³⁴. Il referente normativo, oltre ai principi fondamentali della Carta, si rinviene proprio nell'art. 118⁶³⁵ che, come noto e meglio

⁶³⁰ AA.VV., *Riforma del terzo settore. Profili innovativi e applicativi della Legge delega*, Milano, 2016, in specie Cap. I, § III, ove si esprime l'esigenza di modifica della disciplina codicistica per fare fronte alle mutate esigenze dei soggetti del terzo settore proprio a mano di quegli operatori giuridici che più degli altri si trovano a dover contribuire alla vita sociale degli organismi che vi appartengono.

⁶³¹ *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*. In particolare, ci si riferisce al relativo articolo 1, comma II, lett. b).

⁶³² L'intervento riformatore si pone peraltro in linea di continuità con quelle opzioni di politica legislativa che vogliono agglutinare all'interno di testi normativi organici la disciplina di interi ambiti settoriali. Cfr. G.M. LABRIOLA, *La codificazione del diritto fra storia, tecnica e tendenza*, Napoli, 2012.

⁶³³ Obbiettivi, questi ultimi, come si può osservare particolarmente ampi, che tuttavia sono tutti sussumibili all'interno del concetto di perseguimento privato di interessi collettivi.

⁶³⁴ Cfr. G. GUZZETTA – F.S. MARINI, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2014, specie pag. 551 ove si esegue una ricognizione dei principi e dei corollari specificamente afferente alla libertà associativa nell'ambito del diritto costituzionale.

⁶³⁵ Cfr. ancora sul tema, I. GEMESSI, *Le modifiche all'articolo 118 della Costituzione*, in A. APOSTOLI – M. GORLANI – S. TROLLO (a cura di), *La Costituzione in movimento: La riforma costituzionale tra speranze e*

rappresentato ai capitoli che precedono, sancisce dopo la riforma del 2001, il principio di sussidiarietà orizzontale che vuole i cittadini compartecipi delle scelte decisionali e della gestione della cosa pubblica. Si nota però, come si è visto *supra*, il principio non è da intendersi quale mero perimetratore di competenze, bensì deve essere considerato in maniera dinamica secondo le linee evolutive che il nostro sistema costituzionale ed amministrativo è venuto ad assumere specie in tempi recenti⁶³⁶. Proprio in quest'ottica, il compendio normativo in commento, all'art. 2, fa espressamente salva la spontaneità delle forme di aggregazione salvaguardando la relativa autonomia⁶³⁷. Solo così, infatti, si garantisce che l'iniziativa privata⁶³⁸ mantenga un proprio ambito di sviluppo indipendente e non etero diretto sebbene vigilata da parte dei pubblici poteri ogniqualvolta questa si ponga in termini sussidiari rispetto all'azione diretta dello Stato nelle sue varie articolazioni.

timori, Torino, 2016, ove si articola l'analisi proprio sulle modifiche intercorse nel tempo al disposto dell'articolo 118 in tema di sussidiarietà verticale ed orizzontale.

⁶³⁶ S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008, in particolare pag. 306 e ss. ove l'Autore si concentra in particolare sulla giustificazione dell'ascrizione in sussidiarietà centralizzata in tema particolarmente sensibile come quello del diritto alla salubrità e conservazione ambientale. Più in generale, quello che emerge dallo scritto è come il principio di sussidiarietà non possa operare nell'esercizio di poteri sostitutivi per compartimenti stagni, dovendo sempre avere a mente l'interesse pubblico di volta in volta perseguito che resta l'obbiettivo per il quale la traslazione delle competenze avviene all'interno del sistema.

⁶³⁷ Infatti, lo scarto concettuale rispetto alla codificazione pre costituzionale, anche di stampo codicistico con riferimento ad esempio alla vita delle fondazioni ed alla devoluzione del relativo patrimonio, è costituito dal sopravvenuto riconoscimento dell'autonomia privata che non necessita più di essere eterodeterminata dal potere amministrativo in quanto possibile viatico di pericoli per l'integrità dello Stato, come invece pare fosse ritenuta al momento dell'emanazione del Codice civile.

⁶³⁸ Ambito di autonomia che rischiava di essere compromesso ove si ponesse mente esclusivamente alla disciplina civilistica, posto che, ad esempio, l'art. 26 del Codice civile veicola la possibilità di eterodeterminazione da parte della pubblica autorità della vita delle fondazioni di cui al libro primo.

.VII. Gli enti del terzo settore.

Uno dei profili di maggiore interesse ed innovatività della riforma del terzo settore è costituito dalla definizione puntuale di quelli che sono gli enti che vengono a fare parte della relativa galassia⁶³⁹. Una perimetrazione concettuale è infatti opera senz'altro dovuta per l'irreggimentazione normativo-dogmatica di formule così variegate di esercizio di funzioni di pubblica utilità. L'elemento unificatore di questi enti, come si è visto, è costituito dalle finalità specificamente perseguite, delle quali il legislatore ha sì dato conto, ma volontariamente facendolo senza una pretesa specificità o esaustività. Diversamente si sarebbe venuto a tipizzare eccessivamente la fattispecie in oggetto di formazione, così venendone in definitiva a ledere la relativa autonomia⁶⁴⁰.

Ora, tra gli enti del terzo settore si annoverano le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali – incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni riconosciute e non riconosciute e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società⁶⁴¹ costituiti per il perseguimento senza scopo di lucro di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di attività di interesse generale che assuma rispetto alla finalità istituzionale dell'ente una rilevanza esclusiva ovvero comunque preponderante⁶⁴². Un tanto può avvenire o con l'azione diretta mediante erogazione di servizi e lavori, o in via indiretta con l'elargizione gratuita di denaro o di mutualità. Le

⁶³⁹ Cfr. B. PAGAMICI, *Impresa ibrida e terzo settore*, Milano, 2017, specialmente pag. 195 e ss.

⁶⁴⁰ L. BOCCACIN, *Terzo settore: i molti volti del caso italiano*, Milano, 1997. Già allora l'Autrice sottolineava come vi fosse una esigenza insopprimibile di autonomia all'interno degli enti del terzo settore. Il concetto tuttavia è declinato in una duplice accezione, poiché da un lato vi deve essere indipendenza dell'ente dallo Stato e dalle sue articolazioni, onde non divenire una *longa manus* e quindi in definitiva una duplicazione delle strutture già esistenti. Dall'altro lato, però, l'indipendenza deve essere postulata anche nei confronti del mercato, posto che altrimenti si avrebbe un ente succube di logiche del tutto avulse dalla propria missione sociale.

⁶⁴¹ F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2018, ove l'Autrice si perita di analizzare le variegiate formule attraverso le quali l'autonomia privata si sviluppa con riferimento agli ETS, riconoscendo in particolare una fungibilità dei mezzi rispetto allo scopo solidaristico finale.

⁶⁴² Pare, per vero, ad una prima lettura del disposto codicistico che questa elencazione sia volontariamente non tassativa. Si vedrà tuttavia, che gli enti principalmente funzionali alla gestione del patrimonio culturale, per prassi prima che per espressa scelta normativa, sono le fondazioni.

pubbliche amministrazioni, e questo è dato assai rilevante ai fini della ricerca che ci occupa, sono espressamente escluse dal novero degli enti del terzo settore⁶⁴³. Non risulta chiaro se debbano essere esclusi gli enti sottoposti a direzione, coordinamento e controllo di queste ultime, ovvero se il lemma ad essi riferibile sia invece da considerarsi predicato ai soli soggetti giuridici poi elencati al comma II dell'art. 4. In altri termini, sorge questione circa la natura giuridica dei soggetti sottoposti al controllo⁶⁴⁴, anche indiretto⁶⁴⁵, della pubblica amministrazione: da una lettura letterale della norma, sembrerebbe infatti che sia precluso il riconoscimento di enti del terzo settore a questi ultimi soggetti. Nondimeno, una esegesi teleologica⁶⁴⁶ del disposto normativo non disvela ragioni sufficienti per precludere una partecipazione della parte pubblica in soggetti disciplinati nel nuovo *corpus* normativo⁶⁴⁷. Invero, infatti, la ragione fondante della rinnovata disciplina risiede proprio nella circostanza per cui si vuole dare un sostrato normativo a nuove forme di partenariato pubblico privato nell'ambito di attività di grande rilevanza per la collettività, ancorché portate avanti da soggetti che pubblici non sono. In ragione di un tanto, allora, si deve considerare allora come l'esclusione disposta dovrebbe essere riferita in via esclusiva alle formazioni ed associazioni politiche, sindacati ed associazioni

⁶⁴³ In uno con le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza delle categorie economiche, le associazioni dei datori di lavoro nonché gli enti sottoposti a direzione, coordinamento o controllo da parte di questi ultimi.

⁶⁴⁴ Peraltro, il disposto normativo, per come strutturato, non preclude affatto la partecipazione minoritaria della pubblica amministrazione al novero degli enti del terzo settore. Né, di converso, è preclusa, rispetto agli enti che siano così partecipati, la successiva qualifica degli stessi quali pubbliche amministrazioni in senso sostanziale.

⁶⁴⁵ M. DI LULLO, *Soggetti privati «pubbliche amministrazioni» ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, XII, 2013, pag. 3579 e ss. ove l'Autore pone in essere una articolata disamina del variegato panorama degli enti da considerarsi pubblici ai fini contabilistici, gradando in particolare il tenore del controllo imposto dai poteri pubblici sulla relativa esistenza.

⁶⁴⁶ Occorre invero considerare che le disposizioni del Codice sono preordinate pure a legittimare quelle formule emerse nella prassi di partecipazione pubblica ad iniziative di tipo privato preordinate alla gestione dei beni culturali.

⁶⁴⁷ Pare infatti che ciò che la disposizione in parola volesse escludere sia semplicemente la possibilità di considerare le amministrazioni classicamente intese come enti del terzo settore, non già impedire *tout court* qualsivoglia forma di partecipazione delle stesse all'interno della disciplina di nuovo conio.

professionali. Nondimeno, il primo punto fermo ricavabile dato letterale pare difficilmente superabile attraverso una concezione finalisticamente orientata della disciplina. Pertanto, di conseguenza, deve ritenersi che non possano essere considerati enti operanti nel terzo settore nemmeno le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma II, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ovvero sia *“tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONP”*. Ciò, come si vedrà, non esclude tuttavia che si possa dare partecipazione di questi enti nei soggetti del terzo settore, specie alla luce del fatto che nessuna specifica esclusione è in tal senso approntata da parte della disposizione di legge.

Con riferimento, invece, agli enti religiosi civilmente riconosciuti⁶⁴⁸, si trova applicazione della normativa con esclusivo riferimento all'attività di rilevanza per il corpo normativo e – quanto con riferimento alla disciplina di incentivo – a condizione che questi soggetti giuridici adottino formule di endo-organizzazione conformi al Codice del terzo settore⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Per un approfondimento sul tema, con particolare attenzione alla disciplina normativa risultante dal coacervo delle disposizioni applicabili alla luce dell'esclusione generalizzata dall'applicazione della disciplina, cfr. M. FERRANTE, *Enti religiosi/ecclesiastici e riforma del terzo settore*, Torino, 2019. L'Autore si concentra in particolare sulla difficoltà di inquadrare gli enti religiosi quali soggetti *non profit* nella novellata normativa, proprio per le differenze di carattere genetico che caratterizzano questi soggetti venendoli a differenziare rispetto alla generalità degli operatori del terzo settore.

⁶⁴⁹ L'opzione normativa in parola, infatti, ha fatto sì che per questa tipologia di enti trovasse applicazione la normativa settoriale ad essi riferita in quanto non espressamente derogata dal Codice del terzo settore. Il quale, peraltro, avrà a sua volta natura precettiva se ed in quanto vi sia attività da parte degli stessi che possa dirsi normativamente rilevante ai fini della disciplina di cui in parola. Cfr. sul punto M. FERRANTE, *Enti*

religiosi e riforma del terzo settore, Torino, 2019, che introduce in via generale e con approccio analitico la tematica.

.VIII. Le attività vincolate per i soggetti del terzo settore.

Una delle più significative innovazioni del corpo normativo in esame è sicuramente quella specificamente afferente al novero delle attività riconosciute come legislativamente meritevoli di un trattamento giuridico di particolare favore in quanto svolte dai soggetti che agiscono nell'ambito del terzo settore⁶⁵⁰. Una simile formulazione normativa, per vero, non è del tutto sconosciuta al legislatore, laddove, si ricorda, questa tipologia di costruzione legislativa è stata a suo tempo sviluppata con riferimento, ad esempio, alle fondazioni di origine bancaria⁶⁵¹. In quel caso, infatti, il legislatore ha espressamente previsto in via aprioristica e preventiva i settori, definiti rilevanti⁶⁵², nei quali si doveva proporre l'azione erogativa delle fondazioni di origine bancaria⁶⁵³. Tali settori, meritevoli di una legislazione incentivante, vengono in rilievo quale oggetto esclusivo dell'attività degli enti conferenti⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ Soggiace, in altre parole, alla scelta del legislatore, l'individuazione di ambiti di attività che espressamente vengono ad essere assunte come obiettivi dell'ordinamento giuridico nella sua interezza, in quanto ne si incentiva attraverso l'attività solidaristica del terzo settore il relativo raggiungimento.

⁶⁵¹ Cfr. M. CLARICH – A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie: dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Torino, 2001, ove, alle soglie della riforma Tremonti delle fondazioni di origine bancaria già delineavano la relativa attività come integralmente vincolata ai settori rilevanti definiti dal legislatore.

⁶⁵² Rilevanti nel doppio senso che erano tali in quanto tali per il compendio normativo ed in quanto, in ragione di un tanto in quanto ambito esclusivo all'interno del quale poteva proporsi l'azione dell'ente giuridico.

⁶⁵³ L'elenco è contenuto d.lgs. 17 maggio 1999 n. 153, art. 1, comma 1 lettera c-bis: Famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione, incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare e agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare locale; protezione dei consumatori; protezione civile; salute pubblica, medicina preventiva e riabilitativa; attività sportiva; prevenzione e recupero delle tossicodipendenze; patologie e disturbi psichici e mentali; ricerca scientifica e tecnologica; protezione e qualità ambientale; arte, attività e beni culturali. A questi si aggiungono poi la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità e la realizzazione di infrastrutture, a seguito del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, art. 153 comma II e art.172 comma VI.

⁶⁵⁴ Nelle intenzioni del legislatore, si differenzia tuttavia la complessità dell'attività di converso svolta da questo tipo di enti, che dovrebbe essere limitata alla mera selezione di progettualità meritevoli di sostentamento e conseguente erogazione delle risorse agli stessi riconosciute per il perseguimento ultimo di

Così, su di una legislazione di tal foggia, si è coniato il sistema delle attività ammesse alla disciplina incentivante afferente al terzo settore⁶⁵⁵.

In particolare, ai fini che precipuamente interessano questa sede, rilevano gli interventi “*di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni*”⁶⁵⁶. Ma inoltre è presente quale specifica finalità dei soggetti operanti nel terzo settore quella di “*organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale*”⁶⁵⁷. Le due nozioni sono complementari tra di loro. Nel primo ambito teleologico ora ricordato appare una definizione di beni culturali per così dire tradizionalmente intesa⁶⁵⁸, ossia come patrimonio-eredità che è necessario preservare per le generazioni future ed al contempo valorizzare perché conservi integri i propri profili

questi scopi. Cfr. A. SAU, *Le erogazioni liberali delle fondazioni bancarie: definizione, tipologia e regime giuridico*, in *Aedon*, 3/2011. L’Autrice, significativamente, premesso come la questione della gestione dei beni culturali abbia natura complessa, ritiene che la elargizione di somme da parte degli enti fondativi abbia natura di contratto a prestazioni corrispettive imperfette, laddove l’esecuzione del programma finanziato da parte del privato non sia da considerarsi controprestazione atta a far venir meno la gratuità essenziale del negozio. In tema, anche R. CHIEPPA, *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle Fondazioni nel settore pubblico*, in *Aedon*, 1/2010, il quale sostiene invece la natura liberale e donativa delle erogazioni delle fondazioni bancarie.

⁶⁵⁵ Non si esclude, tuttavia, il ricorso a formule di finanziamento eterogenee. Anzi, si può dire che la disciplina coniatata per gli enti del terzo settore risulti profondamente diversa da quella delle fondazioni di origine bancaria proprio sulla scorta del fatto che in queste ultime vi sia un conferimento definitivo di un asset economico patrimoniale di carattere finanziario, laddove invece i beni culturali, pur fonte di possibile reddito non sono riproducibili. Anzi, spesse volte si necessita di sostentamento esterno – di qui la legislazione incentivante di cui trattasi – per poter conseguire quegli obiettivi di tutela e valorizzazione che risultano immanenti a questa categoria di beni. In punto di ricerca delle risorse per l’autosostentamento dei beni culturali cfr. B. SIBILIO – F. DONATO (a cura di), *Governare e gestire le aziende culturali*, Milano, 2015, in specie pag. 80 e ss.

⁶⁵⁶ Così l’art. 5, comma I, lett. f).

⁶⁵⁷ Cfr. art. 5, comma I, lett. i).

⁶⁵⁸ Si usa questo termine per definire il patrimonio di rilievo storico-artistico inteso nel significato tendenzialmente estetizzante con il quale era conosciuto nella fase iniziale della legislazione in materia. E cioè comunque legato ad un supporto materiale al quale l’oggetto di tutela accedeva.

valoriali. Nel secondo caso, invece è proprio prevista la possibilità di “fare” cultura sviluppando quelle attività attraverso le quali incrementare concretamente l’eredità culturale di comunità⁶⁵⁹. In nessuno dei due casi, giova sottolinearlo, si pone in evidenza una distinzione sulla base dell’appartenenza pubblica o privata dei beni culturali oggetto dell’azione degli enti del terzo settore - ETS.

Ciò, invero, non esclude che attraverso il terzo settore si possano porre in essere anche attività latamente lucrative. Tuttavia queste ultime si dovranno porre nell’ottica di un commercio equo e solidale⁶⁶⁰ che, di per sé non esclude normativamente che tale attività possa svolgersi pure in favore di aree svantaggiate della nostra penisola⁶⁶¹. Il tenore letterale della norma, infatti, pare ammettere questa eventualità consentendo pure lo svolgimento di *“attività commerciali, produttive, di educazione e informazione, di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell’ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un’area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata*

⁶⁵⁹ Si è visto, infatti, di come la produzione di beni culturali rappresenta in una visione dinamica del patrimonio nazionale essa stessa una formula di tutela del patrimonio esistente e un arricchimento direttamente inerente alla valorizzazione dei singoli cespiti.

⁶⁶⁰ Per un inquadramento delle tematiche specificamente inerenti alla c.d. finanza etica cfr. L. BECCHETTI – L. PAGANETTO, *Finanza etica. Commercio equo e solidale. La rivoluzione silenziosa della responsabilità sociale*, Roma, 2003, in particolare pag. 116 e ss. ove gli autori si concentrano nella definizione del commercio equo e solidale come via alternativa di instaurazione di rapporti commerciali tra i paesi del sud del mondo e quelli del nord del mondo, che si differenzia dal commercio tradizionale per la natura e le caratteristiche del processo produttivo.

⁶⁶¹ Resta ferma, come si vedrà, la possibilità che vengano poste in essere attività commerciali *tout court*, tuttavia in tale caso queste non potranno essere considerate ai fini della disciplina inerente agli enti del terzo settore. Semmai vi si può chiedere se debba esservi comunque una prevalenza dell’attività svolta dall’ETS sottoposta al relativo Codice, o se, invece, non sussista limite alcuno quanto alla tipologia di interessi che possono essere perseguiti da questa categoria di soggetti giuridici. Si deve, tuttavia, in ogni caso ricordare il vincolo teleologico – sul quale ci si soffermerà invero un poco oltre – che lega il patrimonio degli enti del terzo settore rispetto alle finalità perseguite istituzionalmente e che non consente, in altre parole, che i proventi di attività eterogenee possano venire ad essere impiegati discrezionalmente da parte di questi soggetti.

finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel rispetto delle normative nazionali ed internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile". Ad esclusione di questa opzione di commercio equo e solidale, tuttavia, non pare potersi dare accesso alcuno ad attività commerciali o ad esse equiparate nell'ambito del terzo settore⁶⁶². Qualora i soggetti di cui all'art. 4 si proponessero di effettuare dette attività, in buona sostanza, si dovrà conseguentemente escludere dall'applicazione del codice del terzo settore⁶⁶³.

Nondimeno, non si può non ricordare come l'attività di valorizzazione del patrimonio culturale, nei termini che si sono andati a specificare nei capitoli che precedono, non sia affatto escludente rispetto a profili di lucratività e remunerazione – specie nel lungo periodo⁶⁶⁴. Così, ove lo scopo di lucro sembrerebbe essere escluso in via generalizzata se riferito all'attività dei soggetti del terzo settore, questo elemento non può viceversa dirsi del tutto espunto andando ad analizzare gli ambiti di intervento con riferimento alla gestione del patrimonio culturale. D'altronde, come si ha avuto modo di dimostrare nella trattazione che precede⁶⁶⁵, non sussiste ai sensi del Codice Urbani alcuna incompatibilità aprioristica e preconcepita rispetto alla locupletazione sui – *recte* attraverso i – beni culturali, una volta che ne sia adeguatamente tutelato il valore immanente. Anzi, si è andati

⁶⁶² Attività lucrativa da intendersi come legittimamente inseribile all'interno del novero dell'oggetto sociale degli enti del terzo settore. Viceversa, infatti, qualora si voglia porre in essere commercio propriamente inteso, si dovrà uscire dalle norme codicistiche di favore.

⁶⁶³ Come si vedrà, un tanto consente di escludere gli incentivi previsti dal Codice del terzo settore, ma non vieta di per sé lo svolgimento dell'attività stessa da parte del soggetto.

⁶⁶⁴ Da sottolineare come cerchi un modello di *governance* che nel lungo periodo consenta il pareggio tra entrate e uscite C.M. GOLINELLI, *Cultura, impresa e territorio. La valorizzazione del patrimonio culturale: verso la definizione di un modello di governance*, Milano, 2008. In particolare l'Autrice si sofferma sulla necessità di gestione integrata della risorsa culturale nell'ambito delle collezioni più piccole, attraverso un coordinamento capillare dei vari soggetti che a vario titolo concorrono nella tutela e valorizzazione del patrimonio di interesse storico-artistico.

⁶⁶⁵ Cfr. capitolo 1 e 2.

dimostrando come, nell'attuale congiuntura economica si debba in definitiva proprio andare verso un progressivo autosostentamento della risorsa, che da centro di uscita deve divenire – nei limiti appunto della sua stessa natura intrinseca – centro di entrata⁶⁶⁶. La peculiarità del bene giuridico tutelato, che viene in rilievo anche ove si vada ad analizzare la riforma del terzo settore, impone tuttavia che ai fini della garanzia di utilità sociale del patrimonio culturale, questo sfruttamento commerciale debba essere tendenzialmente preordinato ad un pareggio del bilancio⁶⁶⁷. Infatti la risorsa è naturalmente orientata in uno stato costituzionale come il nostro alla garanzia di maggiore fruibilità possibile da parte dei cittadini, che senz'altro rischia fondatamente di essere compromessa qualora si lasciasse spazio acché fosse il libero mercato a determinare l'incontro tra domanda ed offerta⁶⁶⁸. Allora, proprio in ragione dei possibili limiti che si incontrano nella gestione del patrimonio culturale, si rammostra il particolare interesse con il quale osservare il fenomeno del terzo settore nella nuova legislazione, laddove le tipologie di soggetti che accedono a questa normativa di favore sono un *numerus clausus*⁶⁶⁹ dal quale risultano

⁶⁶⁶ In punto, valide le osservazioni di M.C. CAVALLARO, *I beni culturali ...*, op. cit., ove l'Autrice conclude affermando che “*La valorizzazione economica tende a legare la tradizionale attività di promozione della cultura che origina quasi spontaneamente dal bene culturale con lo sviluppo, anche turistico, del bene medesimo e del territorio circostante, nella prospettiva, ambiziosa ma concreta, di generare nuove prospettive di sviluppo economico. Ma, in tal senso, il percorso è sicuramente più complesso e sconta più difficoltà, oltre quelle più strutturali, strettamente connesse allo sviluppo economico di un territorio*”.

⁶⁶⁷ Seppur riferita ad un caso particolare, inserisce in un inquadramento sistematico la questione D.P. PETRALIA, *Il processo di risanamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *Aedon*, 2/2019.

⁶⁶⁸ In tale ottica si osserva perché l'azione degli enti del terzo settore appaia così importante. Trattandosi di soggetti giuridici privi di scopo lucrativo, infatti, la loro azione si proporrà specificamente di andare a garantire tutela e valorizzazione dei beni culturali al costo strettamente necessario per garantire l'autosostentamento della risorsa e senza andare quindi alla ricerca di una locupletazione che è loro preclusa. Caratteristiche, queste ultime, già sottolineate da A. PROPERSI – G. ROSSI, *Gli enti non profit: associazioni, fondazioni, comitati, club, mutue, ONLUS, organizzazioni di volontariato, cooperative sociali, associazioni sportive dilettantistiche, associazioni di promozione sociale, la raccolta fondi, circoli aziendali, casi e quesiti*, Milano, 2001.

⁶⁶⁹ Che di un novero chiuso di settori operativi si tratti, vi era consapevolezza in dottrina anche prima dell'introduzione della riforma in commento, cfr. A. BOVA – D. ROSATI, *Il terzo settore e l'impresa sociale: sostegni o sfide per il welfare state*, Roma, 2009 pag. 38, cit.

escluse le società commerciali. E che, tra le finalità ad esse relative, risultano estromesse quelle del commercio⁶⁷⁰ appunto, in forme diverse da quelle proprie della filiera equa e solidale. In quest'ottica concettuale risulta comprensibile come mai venga riconosciuta una legislazione di particolare favore rispetto alle iniziative per le quali si valorizzino e tutelino le cose d'arte ovvero si faccia arte in prima persona⁶⁷¹.

Peraltro, nulla esclude in realtà che le finalità perseguite dal soggetto esercente nel terzo settore possano essere tra loro frammiste, venendo ad includere diversi obbiettivi⁶⁷² tra

⁶⁷⁰ P. CELLA, *Il Terzo Settore: inquadramento economico aziendale e problematiche applicative*, in G. ZIZZO (a cura di), *La fiscalità del Terzo Settore*, Milano, 2011

⁶⁷¹ In quanto, come si è detto al paragrafo che precede, dette attività sono espressamente riconosciute di utilità sociale ed interesse collettivo.

⁶⁷² A titolo riepilogativo, si ricorda che, in generale, il novero delle attività cui possono essere preordinati gli enti del terzo settore sono, ai sensi dell'art. 5, comma I del Codice:

a) interventi e servizi sociali ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 2, della legge 8 novembre 2000, n. 328, e successive modificazioni, e interventi, servizi e prestazioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, e alla legge 22 giugno 2016, n. 112, e successive modificazioni; b) interventi e prestazioni sanitarie; c) prestazioni socio-sanitarie di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001, e successive modificazioni; d) educazione, istruzione e formazione professionale, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, e successive modificazioni, nonché le attività culturali di interesse sociale con finalità educativa; e) interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, con esclusione dell'attività, esercitata abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi, nonché alla tutela degli animali e prevenzione del randagismo, ai sensi della legge 14 agosto 1991, n. 281; f) interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni; g) formazione universitaria e post-universitaria; h) ricerca scientifica di particolare interesse sociale; i) organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale di cui al presente articolo; j) radiodiffusione sonora a carattere comunitario, ai sensi dell'articolo 16, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni; k) organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso; l) formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica e al successo scolastico e formativo, alla prevenzione del bullismo e al contrasto della povertà educativa; m) servizi strumentali ad enti del Terzo settore resi da enti composti in misura non inferiore al settanta per cento da enti del Terzo settore; n) cooperazione allo sviluppo, ai sensi della legge 11 agosto 2014, n. 125, e successive modificazioni; o) attività commerciali, produttive, di educazione e informazione,

quelli normativamente previsti. In questo modo è possibile una compenetrazione sinergica degli obiettivi di utilità sociale che può travalicare anche i limiti imposti dalla gestione del patrimonio culturale in senso stretto⁶⁷³.

di promozione, di rappresentanza, di concessione in licenza di marchi di certificazione, svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale, da intendersi come un rapporto commerciale con un produttore operante in un'area economica svantaggiata, situata, di norma, in un Paese in via di sviluppo, sulla base di un accordo di lunga durata finalizzato a promuovere l'accesso del produttore al mercato e che preveda il pagamento di un prezzo equo, misure di sviluppo in favore del produttore e l'obbligo del produttore di garantire condizioni di lavoro sicure, nel rispetto delle normative nazionali ed internazionali, in modo da permettere ai lavoratori di condurre un'esistenza libera e dignitosa, e di rispettare i diritti sindacali, nonché di impegnarsi per il contrasto del lavoro infantile; p) servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e delle persone di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale, di cui all'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 6 giugno 2016, n. 106; q) alloggio sociale, ai sensi del decreto del Ministero delle infrastrutture del 22 aprile 2008, e successive modificazioni, nonché ogni altra attività di carattere residenziale temporaneo diretta a soddisfare bisogni sociali, sanitari, culturali, formativi o lavorativi; r) accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti; s) agricoltura sociale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 18 agosto 2015, n. 141, e successive modificazioni; t) organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche; u) beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti o prodotti di cui alla legge 19 agosto 2016, n. 166, e successive modificazioni, o erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale a norma del presente articolo; v) promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata; w) promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti delle attività di interesse generale di cui al presente articolo, promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco, incluse le banche dei tempi di cui all'articolo 27 della legge 8 marzo 2000, n. 53, e i gruppi di acquisto solidale di cui all'articolo 1, comma 266, della legge 24 dicembre 2007, n. 244; x) cura di procedure di adozione internazionale ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184; y) protezione civile ai sensi della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e successive modificazioni; z) riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata.

Peraltro, detto elenco può ulteriormente essere integrato a mezzo di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 17, comma III, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

⁶⁷³ Un atto a patto che, evidentemente, le attività complementari a quella di gestione e creazione dei beni culturali non vadano in qualche modo a detrimento della gestione dei beni di interesse storico-artistico. Dalla peculiare disciplina afferente a questa categoria di oggetti giuridici, infatti, si deve dedurre che il relativo regime possa anche risultare prevalente sulla restante attività di interesse collettivo posta in essere dagli enti del terzo settore.

Le riflessioni che si vanno proponendo, pur ammissibili *de iure condendo*, risultano poi avere un espresso aggancio normativo all'art. 6 del Codice del terzo settore, ove espressamente vengono ammesse le attività diverse. Ciò a due precise condizioni, la prima, che forse non era nemmeno necessario specificare, è che queste siano previste nell'atto statutario del soggetto giuridico⁶⁷⁴. La seconda è che queste attività risultino strumentali rispetto all'oggetto sociale principale che deve rientrare tra quelli elencati al precedente articolo 5⁶⁷⁵. Questa disposizione fa nascere per vero più di un dubbio esegetico. Il vincolo di strumentalità, che se agganciato alla previsione legislativa degli obiettivi può divenire vero e proprio vincolo teleologico di scopo per la vita degli enti, pare poter infatti essere letto in due diversi modi. Il primo, che potremmo definire vincolo teleologico forte, fa rientrare comunque le attività svolte nel novero degli obiettivi legittimamente perseguibili dagli enti del terzo settore. Si pensi, ad esempio, alla vendita di libri tematici nella cartoleria di un museo⁶⁷⁶. In seconda battuta, il vincolo può invece essere ritenuto debole, ammettendo la possibilità che gli enti del terzo settore possano venire a svolgere effettivamente qualsiasi attività, anche puramente lucrativa, con il solo vincolo per cui i proventi quest'ultima risultino in ultima istanza impiegati verso la finalità di utilità sociale che si pone quale fine normativo istituzionale del soggetto giuridico⁶⁷⁷. A far propendere per la prima soluzione, dunque per un vincolo teleologico forte rispetto alle attività strumentali, parrebbe soccorrere il dato letterale dell'articolo 7, che riguarda

⁶⁷⁴ Difficile, infatti, pensare che un ente, ancorché formalmente di diritto privato, possa porre in essere attività al di fuori del proprio oggetto sociale. L'eccentricità, come si vedrà, potrebbe essere ammessa solo nei limiti di una stretta strumentalità rispetto all'attività principale

⁶⁷⁵ Occorre peraltro sottolineare come il rapporto di strumentalità rilevi anche con riferimento alla disciplina fiscale, come sottolineato da G. ZIZZO (a cura di), *La fiscalità nel terzo settore*, Milano, 2011, seppur in data anteriore alla riforma.

⁶⁷⁶ Si può infatti dire in questo caso che l'attività di rivendita di materiale tematico sia essa stessa una formula di valorizzazione del patrimonio di riferimento. Essa rientra tra le attività collaterali che possono essere svolte avendo a mente il vincolo immanente che irreggimenta tuta l'attività di gestione del patrimonio culturale.

⁶⁷⁷ A presidiare i fondi in tal senso starebbe il divieto di devoluzione patrimoniale che caratterizza e vincola i fondi dei quali siano gestori gli enti del terzo settore, sul quale ci si soffermerà un poco oltre.

specificamente la raccolta fondi⁶⁷⁸. Con tale termine si intende il complesso di attività poste in essere con lo scopo di finanziare la funzione di interesse generale⁶⁷⁹ dell'ente operante nel terzo settore, anche attraverso la richiesta a terzi di lasciti donazioni e contributi di natura non corrispettiva. Ora, il fatto che sia espressamente previsto che i contributi non debbano avere natura corrispettiva parrebbe *ex se* escludere che si possa porre in essere attività commerciale con finalità di autosostentamento⁶⁸⁰. Nondimeno, l'uso del lemma "*anche*" lascia invece intendere che le modalità di finanziamento poi elencate nella norma non siano di per sé tassative e quindi che il legislatore abbia scientemente voluto lasciare aperta la possibilità di gestione di attività commerciali a scopo di sostenersi in via autonoma da parte degli enti operanti nel terzo settore⁶⁸¹. A definire la questione vi è l'espressa previsione dell'articolo 8 che prevede come il patrimonio degli enti del terzo settore, comprensivo di eventuali rendite, proventi e ricavi comunque denominati sia utilizzato per il perseguimento delle finalità di utilità generale cui questi sono preposti. A dire che, in ogni caso, le sostanze ricavate debbono essere reimpiegate nelle finalità istituzionali⁶⁸². Il che, se preso in modo strettamente letterale, impedirebbe di fatto di svolgere qualsivoglia attività strumentale latamente intesa, posto che ciò provocherebbe *de*

⁶⁷⁸ V. MELANDRI – A. MASACCI, *Fund raising per le organizzazioni non profit. Etica e pratica della raccolta fondi per il terzo settore*, Milano, 2004, ove in particolare gli autori si concentrano sulle modalità concrete attraverso cui operare la raccolta fondi all'interno del terzo settore. Il contributo, seppur risalente, risulta tutt'oggi valido quanto ai profili sistematici di inquadramento della questione.

⁶⁷⁹ Dunque, appunto quelle attività di cui all'articolo 5 del Codice.

⁶⁸⁰ La disposizione esclude infatti una sinallagmaticità delle prestazioni atte al finanziamento dell'ente del terzo settore.

⁶⁸¹ La previsione appare in definitiva coerente con la devoluzione agli strati sociali intermedi del perseguimento di interessi di carattere generale quale mezzo di contrazione progressiva della spesa pubblica. In tema, G. MARTINI, *Sussidiarietà e... spesa pubblica - Rapporto sulla sussidiarietà 2014/2015*, Milano, 2015.

⁶⁸² Cfr. in tal senso A. FICI, *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, 2018, ove si sottolinea puntualmente quello in parola come elemento saliente della disciplina afferente agli enti del terzo settore per come disegnata nel relativo Codice.

facto una distrazione delle risorse rispetto alla relativa finalità istituzionale⁶⁸³. Allora, se non si vuole dare un'interpretazione della norma abrogativa della disposizione di cui all'articolo 7, si deve ritenere che l'utilizzo di fondi patrimoniali per lo svolgimento di attività strumentale sia legislativamente consentita⁶⁸⁴. Tuttavia, onde non distrarre risorse rispetto alla finalità normativamente prefissata per gli enti operanti nel terzo settore, pare doversi in effetti dare accesso ad una nozione di vincolo teleologico forte in relazione alle attività di tipo strumentale che possano da questi essere sviluppate⁶⁸⁵. Va inoltre aggiunto come ai fini contabili debba essere dato conto dello svolgimento dell'attività strumentale in sede di redazione del bilancio dell'ente. Infatti, l'art. 13, comma VI, prevede uno specifico adempimento in tal senso, da ritenersi obbligatorio a garanzia di quella conoscibilità presso i terzi del rispetto delle finalità istituzionali cui sono preposti gli enti operanti nel terzo settore⁶⁸⁶. Alla luce di quanto esposto, risulta peraltro in possibile contrasto il secondo comma dell'articolo 11 che, in tema di iscrizione degli enti del terzo settore ai registri afferenti, afferma come oltre che nel registro unico nazionale del terzo settore, i soggetti giuridici che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale sono soggetti all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese⁶⁸⁷.

⁶⁸³ Spendere la propria azione nell'esercizio di attività eterogenee, a voler interpretare in senso stretto la norma in parola, costituisce già una formula di utilizzo delle risorse nei fatti distrattiva rispetto all'unitarietà teleologica predicata rispetto alle stesse dal Codice del terzo settore.

⁶⁸⁴ In questo modo si pone in essere un duplice vincolo teleologico. Da un lato si vincola i fondi alla destinazione propria dell'ente del terzo settore. Dall'altro l'ente stesso, nel momento in cui si occupi di gestione dei beni culturali diviene esso stesso teleologicamente vincolato alla tutela e valorizzazione dei compendi di interesse storico artistico dei quali sono tributari.

⁶⁸⁵ Un tanto come si è visto, quantomeno con riferimento agli enti che proponano la propria azione all'interno del novero dei beni culturali. La distrazione di fondi è infatti direttamente idonea ad intaccare la tutela e la valorizzazione del patrimonio di rilievo storico-artistico.

⁶⁸⁶ L'adempimento per vero sembra avere anche una finalità di controllo rispetto alla finalità di interesse generale che deve essere giocoforza perseguita dall'ente del terzo settore. Infatti, il primo metodo per verificare la rispondenza dell'attività volta rispetto al vincolo istituzionale che ammantava gli ETS è quello di rendere noto *ab externo* le modalità ed i proventi dell'operatività a questo eterogenea posta in essere.

⁶⁸⁷ Alla luce di quanto si è andati rappresentando, infatti, non si comprende come possa esservi rispetto del vincolo teleologico se l'attività svolta dall'ente del terzo settore si pone in via esclusiva nell'alveo della commercialità come sembra presupporre la norma in parola.

Contermine a questa previsione, è vi è poi quella riguardante la tenuta delle scritture contabili. Vi è infatti che all'art. 13, comma IV, è previsto come gli enti del terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente nella forma dell'impresa commerciale, devono tenere le scritture contabili in ossequio all'art. 2214 del Codice civile⁶⁸⁸. Ne deriva che, per espressa previsione legislativa, è ammessa la possibilità astratta di esercizio di attività commerciale,⁶⁸⁹ ovvero quantomeno, in subordine, dell'esercizio in forma commerciale di attività propriamente rientrante nel novero di quelle soggette a vincolo teleologico in quanto di utilità sociale. In tal senso, tuttavia, se si rammentano i peculiari vincoli che sono predicabili in capo a questi enti sia dal punto di vista soggettivo delle tipologie di forma giuridica che questi possono venire ad assumere (art. 4) che dal punto di vista funzionale circa il tipo di attività che questi ultimi possono venire a svolgere (art. 5) appare viepiù evidente come la disposizione di cui all'articolo 11 venga di fatto ad avere un limitatissimo ambito applicativo, afferente principalmente il settore del mercato equo e solidale⁶⁹⁰. Diversamente opinando, risulterebbe evidente come la disposizione in parola veicolerebbe surrettiziamente la possibilità che gli enti del terzo settore vadano soggetti nella propria attività strumentale ad un vincolo teleologico debole, che tuttavia si è dimostrato sarebbe in definitiva in contrasto con quelle finalità perseguite dal legislatore nell'ambito del proprio disegno giuridico di riforma del terzo settore⁶⁹¹. Si

⁶⁸⁸ Ai sensi del quale “*L'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve tenere il libro giornale e il libro degli inventari. Deve altresì tenere le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa e conservare ordinatamente per ciascun affare gli originali delle lettere, dei telegrammi e delle fatture ricevute, nonché le copie delle lettere, dei telegrammi e delle fatture spedite. Le disposizioni di questo paragrafo non si applicano ai piccoli imprenditori*”.

⁶⁸⁹ Si occupa specificamente delle tematiche inerenti alla interferenza tra diritto civile e tributario e le disposizioni del Codice del terzo settore A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del terzo settore. Profili civilistici e tributari*, Torino, 2017. Secondo l'Autore, l'attività estranea a quelle elencate all'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017 potrebbe essere secondaria senza per forza essere strumentale.

⁶⁹⁰ Si è, infatti, rappresentato sopra come le attività commerciali propriamente intese non siano ammesse ad oggetto principale dell'ente del terzo settore. Con il che ne deriva che è ben difficile provare ad immaginare una attività di interesse generale che sia svolta da un ente commerciale.

⁶⁹¹ A maggior ragione ciò può essere sostenuto con riferimento agli enti del terzo settore che svolgano la propria attività nell'ambito dei beni culturali. La relativa azione in tal caso, infatti, non potrà porsi in contrasto con le necessità di tutela e valorizzazione del patrimonio di rilievo storico-artistico.

aggiunga ad un tanto la diversa qualificazione degli enti ai fini fiscali. Infatti, ai sensi dell'art. 79 del Codice in esame, si afferma espressamente come si ritenga attività non commerciale ai fini dell'imposizione fiscale, quella per la quale i ricavi non superino i costi per la produzione del bene o del servizio⁶⁹². O, meglio, quando i ricavi⁶⁹³ non superino per oltre il cinque per cento i costi per oltre due periodi di imposta tra di loro consecutivi⁶⁹⁴. Qualora questi criteri non vengano rispettati, ai fini fiscali gli enti del terzo settore sono considerati di carattere commerciale. Preme sottolineare la discrasia possibile nella disciplina laddove un ETS possa essere considerato tale per la disciplina generalista ma non invece per quella fiscale⁶⁹⁵. Ai fini che maggiormente rilevano la presente trattazione – che per questioni di contenenza non si soffermerà in via diretta sulla leva fiscale – la qualificazione giuridica che viene in rilievo è quella diretta all'inquadramento del soggetto quale ente del terzo settore, cui concorre l'esercizio delle attività ritenute rilevanti dal legislatore e direttamente codificate all'art. 5 del Codice.

Ne si deve dedurre quindi che la norma sull'iscrizione dell'ente ai registri commerciali che eventualmente gli possono essere propri non possa dirsi derogatoria della disciplina ordinariamente prevista, bensì solamente una specificazione riguardante la modalità di vita sociale dell'ente nel terzo settore.

⁶⁹² Ai fini di politica fiscale di cui all'articolo in parola, giova rimarcarlo, è irrilevante la finalità perseguita quanto all'attività presa in considerazione dell'ente del terzo settore.

⁶⁹³ Peraltro, si considerano entrate derivanti da attività non commerciali i contributi, sovvenzioni, liberalità, quote associativi ed altre entrate ad esse comunque equiparabili.

⁶⁹⁴ Rilevante, peraltro, la circostanza che non costituiscano redditi le somme pervenute dalla pubblica amministrazione per lo svolgimento di attività convenzionata o in regime di accreditamento di cui al d.lgs. n. 517/1993. Peraltro, preme pure sottolineare come non debba venire computata a reddito di imposta l'attività svolta nei confronti degli associati e dei loro parenti che non trovi a corrispettivo quote supplementari rispetto a quelle associative annue fissate in generalità per tutti gli associati.

⁶⁹⁵ L'impostazione proposta risulta, peraltro, direttamente avallata dal dettato normativo, laddove l'art. 79, comma 5-ter espressamente prevede che possa essere mutata la qualifica da ente del terzo settore non commerciale in ente del terzo settore commerciale e che, tale mutamento, produce effetti giuridici sul piano fiscale dal periodo di imposta in cui l'ente assume natura commerciale.

.IX. Vincoli di destinazione patrimoniale.

Proprio con lo scopo di evitare la distrazione di risorse rispetto alla finalità statutaria, è poi previsto il divieto di distribuzione, diretta o indiretta, di utili⁶⁹⁶ ai fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, ovvero amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche in caso di recesso ed ipotesi di scioglimento a qualsiasi titolo del rapporto associativo⁶⁹⁷. Si collega a questo divieto poi, l'impossibilità di corrispondere compensi che simulino una elargizione indiretta del patrimonio dell'ente operante nel terzo settore⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Questo sul presupposto che l'ente del terzo settore sia in grado di generare una redditività. Circostanza che, peraltro, lo escluderebbe dalla disciplina fiscale afferente, come si è visto. Peraltro, pur nella genericità del disposto in parola, si può ritenere che con il termine "utili" si sia inteso definire qualsiasi forma di attivo patrimoniale, in denaro o in natura, che possa essere stato oggetto del conferimento in favore dell'ETS.

⁶⁹⁷ Le disposizioni in parola sono pensate per evitare distorsioni nell'utilizzo degli enti del terzo settore, che potrebbero divenire veicolo di locupletazione non consentita una volta che fosse permessa la distribuzione anche indiretta di utili sociali ai soggetti che prestino la propria opera al loro interno ovvero che abbiano contribuito alla relativa creazione. Problema, quest'ultimo, per vero già noto anche in data anteriore alla riforma organica di cui in discussione, cfr. G. ZIZZO, *op cit.*, in specie pag. 37.

⁶⁹⁸ Precisamente, l'articolo 8 del Codice stabilisce che "si considerano in ogni caso distribuzione indiretta di utili:

a) la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni;

b) la corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5, comma 1, lettere b), g) o h);

c) l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale;

d) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a soci, associati o partecipanti, ai fondatori, ai componenti gli organi amministrativi e di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado ed ai loro affini entro il secondo grado, nonché alle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate, esclusivamente in ragione della loro qualità, salvo che tali cessioni o prestazioni non costituiscano l'oggetto dell'attività di interesse generale di cui all'articolo 5;

In caso di scioglimento dell'ente operante nel terzo settore poi, il relativo patrimonio è devoluto, previo parere conforme dell'ufficio per il registro del terzo settore⁶⁹⁹, ad altri enti parimenti operanti nel terzo settore, salvo che tale destinazione fosse originariamente prevista nello statuto e non sia diversamente disposta la devoluzione sulla base delle norme di legge⁷⁰⁰. In difetto di disposizione statutaria, invece, i fondi residui sono devoluti alla Fondazione Italia Sociale⁷⁰¹. È poi prevista una espressa sanzione di nullità per gli atti posti in essere in violazione delle disposizioni su riportate⁷⁰². Pertanto, la sanzione, troverà applicazione tanto in caso di omessa segnalazione della devoluzione patrimoniale – ricordando peraltro che il parere dell'ufficio registro è sottoposto al criterio del silenzio assenso nel termine di trenta giorni – tanto nel caso in cui, avendo ottenuto parere negativo, l'ente proceda ciò nondimeno alla liquidazione del proprio patrimonio, anche in

e) la corresponsione a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, di interessi passivi, in dipendenza di prestiti di ogni specie, superiori di quattro punti al tasso annuo di riferimento. Il predetto limite può essere aggiornato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze”.

Cfr. P. CELLA, *op. cit.*, pag. 23, ove si sottolinea come il carattere essenziale degli enti di cui in parola venga costituito sotto il profilo fiscale dall'impossibilità di redistribuire utili di gestione e l'obbligo di reinvestire gli avanzi interamente all'interno delle attività oggetto della missione sociale specificamente ad essi riferibile.

⁶⁹⁹ Di cui all'art. 45, comma I, del Codice.

⁷⁰⁰ Si deve peraltro ritenere che in difetto di disposizione statutaria, oltre alla ipotesi in cui nulla sia disposto di cui *infra*, l'atto che determina lo scioglimento possa venire ad indicare quale debba essere la destinazione del residuo di attivo patrimoniale da devolvere a soggetti terzi.

⁷⁰¹ A. MAZZULLO, *Diritto dell'imprenditoria sociale. Dall'impresa sociale all'impact investing*, Torino, 2019, pag. 458, ove si sostiene, proprio per la ragione devolutiva alla fondazione stessa, come questo ente debba essere considerato come un ulteriore strumento di finanza sociale. L'opzione esegetica appare in sé condivisibile, specie ove si rammenti che, ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. 28 luglio 2017 è “*la Fondazione ha lo scopo di sostenere, mediante l'apporto di risorse finanziarie e di competenze gestionali, la realizzazione e lo sviluppo di interventi innovativi da parte di enti del Terzo settore, ai sensi della legge n. 106 del 2016, caratterizzati dalla produzione di beni e servizi con un elevato impatto sociale e occupazionale e rivolti, in particolare, ai territori e ai soggetti maggiormente svantaggiati. La Fondazione, nel rispetto del principio di prevalenza dell'impiego di risorse provenienti da soggetti privati, svolge una funzione sussidiaria e non sostitutiva dell'intervento pubblico*”.

⁷⁰² Con conseguente ripetizione di quanto eventualmente liquidato e sua devoluzione secondo legge o atto statutario nel modo che si è sopra rappresentato.

senso contrario alle disposizioni eventualmente impartite dall'amministrazione. Si può, peraltro, discutere se questa comminatoria abbia carattere assoluto o soltanto relativo⁷⁰³. A far propendere per la prima soluzione sembra militare la *ratio* della norma. Da un lato, infatti, la destinazione per scopi di utilità collettiva del patrimonio ha finalità di carattere imperativo nella misura in cui è preordinata a garantire il soddisfacimento di bisogni primari e di rilevanza costituzionale della cittadinanza. Di contro poi, proprio perché preordinata ad una tutela di interessi naturalmente apolidi⁷⁰⁴ ovvero intestati ad una pluralità naturalmente giocoforza indistinta di soggetti, pare coerente predicare la rilevabilità della sanzione in capo a chiunque abbia interesse⁷⁰⁵. Diverso tema è quello invece strettamente concernente il luogo proprio ove fare valere una siffatta nullità e con che termini⁷⁰⁶. Trattandosi della sanzione più severa che il nostro ordinamento propone nei confronti degli atti di tipo paritetico⁷⁰⁷, risulterà proponibile senza termini temporali e

⁷⁰³ Sul tema, sia consentito il rinvio a A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, nota a Cassazione, 12 dicembre 2015, n. 26242, in *Foro italiano*, 2015, I, pag. 916 e ss. e F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro italiano*, 2015, I, 922 e ss. Per una introduzione che spiega in termini generali le opzioni di politica legislativa che sottendono alla comminatoria di una nullità assoluta ovvero di una nullità relativa, invece, cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2009, pag. 241

⁷⁰⁴ Per una ricostruzione sistematica delle categorie di interessi e della relativa rilevanza all'interno dell'ordinamento ci si rifà al pensiero di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

⁷⁰⁵ Evidentemente, peraltro, si dovrà ritenere che chi voglia azionare in sede processuale il rimedio della declaratoria di nullità dovrà affermare una posizione legittimante direttamente inerente alla attività dell'ente del terzo settore che ne valga a distinguere la posizione da quella della generalità dei consociati.

⁷⁰⁶ La reale pervasività della sanzione, infatti, si misura oltre che con riferimento alla platea dei soggetti che la possano fare valere, anche con riferimento all'ampiezza temporale con la quale può essere rilevata. E ciò pone questioni di non poco momento anche con riferimento al giudizio presso il quale la nullità può venire ad essere rilevata.

⁷⁰⁷ Si dà per nota invece la questione attinente alla peculiare valenza della nullità di diritto amministrativo, soggetta al medesimo regime impugnatorio proprio dei provvedimenti annullabili con la sola differenza di godere di un termine più allungato per far valere l'illegittimità (180 giorni in luogo dei 60 generalmente previsti). In genere, invece, nel diritto civile si rileva una imprescrittibilità del diritto a fare valere la nullità di un atto. Tale imprescrittibilità nel diritto amministrativo si rileva solo nella possibilità di eccepire la nullità ovvero nella sua rilevabilità officiosa da parte del giudice. Il che provoca un notevole disassamento nella posizione giuridica e processuale di chi faccia valere un proprio interesse legittimo ovvero in chi si opponga

rilevabile da chiunque vi abbia interesse⁷⁰⁸. Pare in questo senso potersi prefigurare una legittimazione diffusa rispetto alle comunità di riferimento dell'ente operante nel terzo settore. Avranno, infatti, una posizione di legittima aspettativa verso la corretta gestione del patrimonio destinato dei soggetti tutti gli individui cui l'ente giuridico fa riferimento quanto all'erogazione di *benefit*. In ciò rileva pure il concetto fortemente identitario dell'eredità culturale come riferentesi ad un ben preciso strato sociale riferibile al patrimonio individualmente considerato⁷⁰⁹. Ai fini di specifico interesse della presente trattazione, giova infatti rimarcare come l'erogazione di un servizio pubblico culturale con specifico riferimento ai beni non appartenenti a grandi collezioni avrà in molti casi una comunità di riferimento cui sono predicabili in essenza quei valori cui si fregia il patrimonio che deve essere conservato e gestito in maniera tale da preservarne l'essenza sua propria verso le generazioni future. È chiaro, però, che una siffatta rappresentanza è destinata giocoforza ad essere diluita mano a mano che si sale nella gerarchia dei valori coinvolti. Infatti, le opere come quelle contenute nelle gallerie degli Uffizi non sono certo patrimonio dei soli fiorentini o dei soli toscani. In questi casi risulta allora indubbiamente più problematico riuscire a definire un ambito applicativo contenuto di questa prescritta

alla pretesa altrui. In termini, cfr. E. FOLLIERI, *Le azioni di mero accertamento*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, pag. 210 e ss. L'Autore pone in particolare in luce il distacco netto che si rileva tra l'azione di nullità civilistica e quella amministrativa che, nel suo massimo ossia in caso di elusione del giudicato, non si estende per più del termine prescrizione decennale.

⁷⁰⁸ Per una analisi puntuale delle modalità di rilevazione della nullità nel diritto civile, in uno con il relativo regime processuale, specie alla luce della più recente giurisprudenza sedimentatasi sul merito, cfr. I. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, pag. 70 e ss. nonché G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche sulle impugnative contrattuali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1992, pag. 320 e ss.

⁷⁰⁹ Anche in questo caso, infatti, viene in rilievo il concetto di comunità di cultura quale elemento identitario del patrimonio culturale. La nozione, infatti, può essere rilevante anche ai fini della individuazione della legittimazione all'azione nella misura in cui rende riferibili i beni di interesse storico-artistico ad una collettività entro la quale questi sono prodotti o fruiti. Evidentemente, il concetto è però destinato a sfumare a mano a mano che diventa più importante il cespite preso in considerazione. Cfr. L. PAVAN-WOOLFE – S. PINTON, *Il valore del patrimonio culturale per la società e le comunità. La Convenzione del Consiglio d'Europa tra teoria e prassi*, Padova, 2019, ove si sottolinea in particolare il valore del patrimonio culturale per la comunità sociale al quale il bene è riferibile.

nullità civilistica⁷¹⁰. Si può tuttavia preventivare una legittimazione propria dell'Ufficio registro deputato presso il ministero ovvero presso regioni e province alla tenuta delle iscrizioni degli enti operanti nel terzo settore⁷¹¹. Questi enti divengono, infatti, nelle intenzioni del legislatore riformista dei veri e propri soggetti indipendenti di controllo dell'attività degli enti operanti nel terzo settore. In assonanza con questa funzione riconosciuta loro propria, non pare allora del tutto peregrino venire a supporre una legittimazione sostanziale e processuale alla contestazione presso le sedi opportune di quegli atti posti in essere in violazione delle norme imperative come sono quegli articoli che specificamente si riferiscono ai divieti di devoluzione patrimoniale oggi previsti dal d.lgs. n. 117/2017⁷¹².

Invero, peraltro, nella comminatoria di nullità assoluta di cui si va discorrendo, si nota in questo caso una peculiare forza nel vincolo di destinazione teleologica del patrimonio dell'ente, posto che, a parità di divieto di elargizione a soggetti interni al sodalizio, non è prevista la nullità dei relativi atti né la ripetizione delle somme erogate in caso di liquidazione individuale degli avanzi patrimoniali dell'ente operante nel terzo settore⁷¹³.

⁷¹⁰ E la stessa Convenzione di Faro cui si è fatto riferimento per trovare un aggancio normativo cui ricondurre la legittimazione nel caso di specie potrebbe non apparire sufficiente per circoscrivere l'ambito di rilevanza delle disposizioni in parola.

⁷¹¹ Nel silenzio della disciplina di riferimento, non pare però potersi dire sussistente un potere di cassazione diretta degli atti dispositivi posti in essere in violazione delle norme. Una siffatta ipotesi, in quanto diretta ad incidere direttamente sulla sfera giuridico-patrimoniale dei consociati dovrebbe essere dotata di un supporto legislativo quantomai puntuale, atto a definirne in particolare limiti e presupposti.

⁷¹² Trattasi in tal senso di soggetti dotati di autonoma personalità giuridica idonea a garantire loro di poter essere rappresentati in sede processuale per la tutela delle posizioni giuridiche dei quali risultano affidatari ad opera del legislatore riformista. Un tanto non potendo questi ultimi, non essendo direttamente dotati del relativo potere a mente del disposto normativo, procedere in via autoritativa all'annullamento diretto degli atti che si dovessero porre in violazione delle disposizioni imperative ora richiamate.

⁷¹³ Il che, per vero, può dare adito ad una discrasia nella disciplina che può veicolare in potenza un vulnus rispetto alla destinazione patrimoniale. Peraltro, va ricordato che qualora il conferimento abbia ad oggetto un bene culturale – come si avrà meglio modo di vedere nel capitolo che segue – il relativo vincolo di destinazione alla pubblica fruizione non è intaccabile né in caso di devoluzione del patrimonio ad enti con finalità analoghe né in caso di ipotetica attribuzione ai soggetti che partecipino nell'ente del terzo settore. Al

più, si potrà discutere di una sua ripetizione presso l'ente pubblico o il soggetto privato che lo ha conferito al patrimonio dell'ETS.

.X. Costituzione e vita sociale degli enti del terzo settore: aspetti salienti.

Tra gli aspetti salienti della vita sociale degli enti del terzo settore vi è la necessità, ai fini della fruizione dei benefici di legge, di iscrizione nel registro unico nazionale⁷¹⁴. A seguito di tale incombente, peraltro, occorrerà indicare gli estremi dell'iscrizione in tutta la corrispondenza del soggetto giuridico. La finalità precipua di questo adempimento è quello di rendere noto ai terzi lo statuto giuridico peculiare del proprio interlocutore. Deve infatti essere reso noto, il vincolo teleologico posto sulle somme⁷¹⁵ destinate al soddisfacimento dei bisogni della collettività che costituiscono la finalità istituzionale dell'ente, anche ai fini di scongiurare quelle paventate nullità⁷¹⁶ che si sono viste esserne poste a presidio. Proprio per la medesima ragione è poi previsto che nella denominazione sociale dei soggetti sia prevista la sigla E.T.S. – Ente del Terzo Settore, con divieto per gli altri soggetti giuridici di assumere denominazioni simili o comunque discettive⁷¹⁷.

Un ulteriore obbligo specificamente posto ai fini del controllo *ab externo* dell'attività di questi soggetti giuridici riguarda poi la redazione e tenuta delle scritture contabili, nella forma del bilancio di esercizio formato da stato patrimoniale e del rendiconto gestionale in uno con un nuovo atto previsto specificamente per questi soggetti e che è il bilancio di missione⁷¹⁸. Lo scopo di questo documento è illustrare le poste di bilancio e l'andamento

⁷¹⁴ Sull'incombente cfr. P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018, in cui, con una trattazione dal taglio pratico, si fa il punto in maniera analitica circa gli incombenti appannaggio degli enti del terzo settore dal momento della relativa costituzione.

⁷¹⁵ E più in generale sul patrimonio sociale latamente inteso, posto che, come si avrà modo di vedere, il conferimento patrimoniale all'interno dell'ente del terzo settore può avere natura quantomai varia, anche con beni giuridici immateriali come il *know how*.

⁷¹⁶ Con riferimento alle nullità in una ricostruzione sistematica che tiene conto anche dei vincoli teleologici degli atti paritetici, cfr. N. IRTI, *Risoluzione del contratto nullo*, in *Foro padovano*, 1971, pag. 741 e ss., ove l'Autore si concentra in particolare sulle conseguenze giuridiche della declaratoria di nullità del negozio giuridico.

⁷¹⁷ E ciò a evitare condotte fraudolente che possano fare leva sul peculiare statuto giuridico degli enti del terzo settore per beneficiare illegittimamente di un trattamento di maggiore favore da parte degli enti pubblici e dei soggetti privati.

⁷¹⁸ D. MAGGI, *Il bilancio di missione delle aziende non profit. Modelli di rendicontazione sociale: profili teorici ed evidenze empiriche*, Milano, 2008, in specie pag. 65 e ss. ove vengono raccordate le diverse funzioni di questo tipo di atto all'interno del bilancio quale strumento di comunicazione *ab externo* della

economico ma, soprattutto, evidenziare come con i movimenti di poste attive e passive si sia andati a perseguire le finalità istituzionali cui l'ente del terzo settore è preposto⁷¹⁹. Resta tuttavia la peculiarità gli enti con ricavi, rendite o proventi inferiori a 220.000,00 euro possano redigere un bilancio semplificato nella forma del rendiconto di cassa. Preme tuttavia sottolineare come in questo caso, nel silenzio della norma, dovrà comunque essere redatto il documento di missione, posto che questo è l'atto caratterizzante l'espressione di quell'utilità sociale che è il *proprium* dei soggetti in analisi⁷²⁰. Esso assolve come si vedrà pure ad una specifica funzione di garanzia verso i terzi i quali, in questo modo, possono essere portati a conoscenza in maniera puntuale di come le risorse appannaggio degli enti del terzo settore vengono utilizzate per il raggiungimento degli scopi istituzionali qui questi sono preordinati. Conforta questa interpretazione pure il dato normativo, posto che, con riferimento ai soggetti con bilancio inferiore alla soglia prefissata si specificano solamente le modalità con le quali deve essere redatto in forma semplificata il bilancio stesso, senza nulla aggiungere in punto documento di missione. Ne deriva che, con riguardo allo stesso, varrà la disciplina generale prevista al primo periodo del comma I dell'art. 13⁷²¹. Peraltro, in chiusura sul punto riferentesi specificamente agli oneri di registro, occorre rimarcare come sia espressamente previsto l'obbligo per i soggetti non iscritti nel registro delle imprese, di deposito del bilancio presso il registro unico nazionale del terzo settore⁷²². Si introduce così un nuovo e pregnante adempimento, che sicuramente

funzione svolta dal soggetto giuridico, come leva organizzativa e gestionale, come strumento di concertazione e di verifica istituzionale di rispondenza alle finalità precipuamente predicate in capo al soggetto giuridico e come base per la strategia gestionale futura della vita dell'ente non for profit.

⁷¹⁹ Resta infatti che trattandosi di soggetti giuridici che pongono in essere comunque attività di interesse generale, proprio la collettività cui questi fanno riferimento ha un interesse rilevante nella verifica circa l'effettivo perseguimento di questi interessi metaindividuali.

⁷²⁰ La norma sopra citata, infatti, pare rivestire portata di carattere generale, caratterizzando in buona sostanza tutti i soggetti giuridici del terzo settore.

⁷²¹ Si tratta infatti di una interpretazione estensiva dell'art. 13, non già di una analogia – peraltro *in malam partem* in quanto afferente ad un incombente a carico del soggetto con un bilancio inferiore alla soglia prevista per legge. In tema M.M. FRACANZANI, *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003.

⁷²² In questo caso si vede come l'incombente sia analogo al deposito del bilancio presso la camera di commercio competente da parte dei soggetti esercenti impresa commerciale. Con il che si specifica che la

avrà l'effetto immediato di appesantire gli incumbenti dei soggetti, che spesso prima dell'entrata in vigore del Codice non erano tenuti alla redazione di scritture così articolate⁷²³. Cionondimeno, la misura ha anche l'indubbio effetto positivo di garantire la tracciabilità *ab externo* dell'attività degli enti del terzo settore. In tal senso, la misura si rinsalda pure con le precedenti previsioni in tema di divieto di distribuzione degli utili sociali eventualmente maturati in esito all'attività di raccolta fondi portata avanti nel corso della vita istituzionale di questi soggetti giuridici. Ulteriore incumbente da tenere presente, valido per gli ETS di maggiori dimensioni e precisamente quelli che maturino rendite superiori alla soglia limite di un milione di euro annui, è quello costituito dal deposito presso il registro unico nazionale del bilancio sociale⁷²⁴, contestuale alla pubblicazione sul proprio sito internet. Comunque, peraltro, è prevista pure la pubblicazione sul sito internet degli emolumenti dei soggetti dipendenti da parte di tutti gli enti che vantino rendite a qualsiasi titolo superiori a centomila euro annui⁷²⁵.

Gli obblighi di trasparenza, tuttavia, non sono finiti qui.

Infatti, è inoltre previsto che gli ETS debbano tenere il libro degli associati, il libro delle adunanze e delle deliberazioni assembleari, il libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo di amministrazione, di controllo e degli eventuali ulteriori organi sociali in cui si articoli il soggetto giuridico⁷²⁶. Gli associati o aderenti hanno diritto di presa visione di

funzione precipuamente esercitata dal registro unico nazionale è, in questo senso, analoga rispetto a quella svolta dagli enti camerali non solo ai fini di pubblicità notizia. Cfr. seppure edito in data anteriore alla riforma in parola, F.G. GIANOLI, *Il bilancio sociale nelle organizzazioni non profit*, Milano, 2013, nella misura in cui rende indicazioni pratiche per la stesura del bilancio da parte di soggetti privi di finalità lucrativa

⁷²³ G.M. COLOMBO – M. POLETTO, *Enti non profit in pratica*, Milano, 2011.

⁷²⁴ AA.VV. *Il bilancio sociale. La rendicontazione territoriale: le finalità il processo, gli indicatori*, Milano, 2011, specie nella rima parte in cui si inquadrano le funzioni di responsabilità territoriale direttamente inerenti alla gestione del bilancio sociale.

⁷²⁵ Anche in questo caso, a garanzia del mantenimento del vincolo patrimoniale e del rispetto del generale divieto di devoluzione degli attivi e, più in generale come si è visto dei beni vincolati, da parte degli enti del terzo settore rispetto ai relativi consociati o dipendenti.

⁷²⁶ A fronte di una disciplina settoriale particolarmente agevolativa, infatti, si è voluto prevedere la massima trasparenza possibile rispetto all'attività di soggetti che comunque, non lo si dimentica, ancorché formalmente privati perseguono in ogni caso finalità di interesse generale.

tutti questi documenti, salvo che si tratti di enti religiosi civilmente riconosciuti⁷²⁷. La differenza qui giace nel diverso regime giuridico che si instilla in capo a questi soggetti, non ritenuti dal legislatore sottoposti alla pregnante disciplina in tema di pubblicità che riguarda gli enti del terzo settore.

⁷²⁷ Per i quali, pur nel silenzio delle disposizioni del d.lgs. n. 117/2017 in materia, deve ritenersi permangono applicabili le norme specificamente riferibili in materia.

.XI. Con specifico riferimento ai requisiti degli enti del terzo settore: associazioni e fondazioni.

Il Codice del terzo settore, per vero, stabilite alcune norme minime riferentisi alle devoluzioni patrimoniali interne ed esterne degli ETS⁷²⁸ reca anche specifiche disposizioni quanto ai requisiti essenziali degli enti del terzo settore, normandone atto costitutivo e – anche indirettamente – la relativa vita sociale. Il tutto, pare leggersi tra le righe del recente rimaneggiamento legislativo, con lo scopo di garantire il permanere del vincolo funzionale al perseguimento di finalità di interesse generale che sono proprie degli ETS.

Innanzitutto, allora, risulta di particolare importanza nella determinazione contenutistica dell'atto costitutivo, l'indicazione puntuale dell'assenza di scopo di lucro e le finalità civico-solidaristiche perseguite dall'ente del terzo settore⁷²⁹. Al fine di pubblicità in favore dei terzi, inoltre, è espressamente previsto che sia puntualmente indicata l'attività di interesse generale attraverso la quale si esplica la finalità istituzionale dell'ente. Ciò, come detto, ha, da un lato, il compito di rendere noto *ab externo* la tipologia di soggetto giuridico con il quale ci si viene ad interfacciare. Dall'altro forma un vincolo coerenziato con le missioni istituzionali legislativamente predeterminate che sono la ragione per cui si è dettata la disciplina di favore nella sua interezza. Si vuole, in altre parole, legare a doppio filo l'ente sin dalla sua nascita con la *mission* che questo andrà a svolgere⁷³⁰. Lo statuto

⁷²⁸ Nel novero delle quali sono ascrivibile anche le disposizioni riferibili al volontariato, che non deve divenire una formula di remunerazione impropria in danno dei fondi sociali.

⁷²⁹ La disposizione in parola si pone, infatti, in analogia rispetto all'individuazione dell'oggetto sociale per gli enti lucrativi di carattere commerciale. Sul punto, valgono le riflessioni proposte da M. BIANCA, *Oggetto sociale ed esercizio dell'impresa nelle società di capitali*, Milano, 2008, ove, in particolare, si pone in rilievo il legame che vincola l'esercizio dell'attività economica della società di capitale – donde la vita stessa dell'ente – alle disposizioni contenute nel relativo atto costitutivo.

⁷³⁰ Analiticamente, gli ulteriori requisiti contenutistici espressamente prescritti per l'atto fondativo degli ETS sono: la sede legale il patrimonio iniziale ai fini dell'eventuale riconoscimento della personalità giuridica; le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza dell'ente; i diritti e gli obblighi degli associati, ove presenti; i requisiti per l'ammissione di nuovi associati, ove presenti, e la relativa procedura, secondo criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta; la nomina dei primi componenti degli organi sociali obbligatori e, quando previsto, del soggetto incaricato della revisione legale dei conti; le norme sulla devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento o di estinzione; la durata dell'ente, se prevista.

vene poi a costituire una parte integrante dell'atto costitutivo ancorché redatto su atto separato, vedendosi però attribuire prevalenza in caso di discordanze rispetto all'atto costitutivo⁷³¹.

Questione a parte quella riguardante l'assunzione della personalità giuridica di diritto privato⁷³². Infatti, la normativa riformista introduce una novità sostanziale, costituita dalla possibilità di riconoscere la personalità all'ETS in deroga al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 (*Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto*)⁷³³. Un tanto a seguito della semplice iscrizione presso il registro nazionale del terzo settore, che diviene così una misura di pubblicità del tutto succedanea e sostitutiva a quella riferentesi alla generalità degli enti di diritto privato⁷³⁴. Il presupposto dato per scontato dalla normativa per l'istituzione dell'ente del terzo settore è che questo

⁷³¹ Con riferimento al contenuto minimo dell'atto statutario ed al regime delle relative modificazioni, cfr. P. CENDON, *Commentario al codice civile*, Milano, 2009 pag. 639. L'Autore in particolare rileva come a differenza di quanto avviene nelle associazioni e negli enti commerciali, nelle fondazioni non vi è possibilità di modifica dell'atto statutario ad opera del fondatore ovvero degli amministratori. Ciò imprime un vincolo finalistico di ancora maggiore forza al patrimonio destinato

⁷³² Questione come noto annosa con riferimento agli enti di cui al Libro I del Codice civile, anche con riferimento alle conseguenze sul piano della responsabilità patrimoniale che può direttamente conseguire al riconoscimento della personalità stessa.

⁷³³ M. BESSONE (a cura di), *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2013, pag. 96, secondo cui l'acquisizione della personalità giuridica per gli enti di cui al libro primo deriva da un atto della pubblica autorità denominato "riconoscimento", scaturente dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche. Tale provvedimento si fonda per il diritto privato generale sulla scorta di una valutazione di congruità del patrimonio rispetto allo scopo e le attività che l'ente si prefigge, oltre alla verifica di liceità e possibilità della finalità istituzionale. Sottolinea poi l'Autore come il regime di riconoscimento, in quanto afferente ad una decisione caratterizzata dall'esercizio di discrezionalità amministrativa propriamente detta, riveste tutt'oggi carattere concessorio, ed un tanto la distingue dal riconoscimento della personalità giuridica dei soggetti di cui al libro quinto del Codice civile.

⁷³⁴ Tant'è vero che l'art. 22, comma I-bis, prevede espressamente la sospensione istantanea dall'iscrizione ex d.P.R. n. 361/2000 al momento dell'iscrizione presso il registro del terzo settore. Sospensione che non pregiudica gli effetti della pregressa iscrizione ma che tuttavia rende inapplicabile la normativa ad essa riferibile fintanto che perdura la doppia iscrizione. Sussistono poi obblighi di comunicazione tempestiva alla Prefettura, Regione o Provincia autonoma territorialmente competente.

avvenga attraverso un atto notarile⁷³⁵. La costituzione, così come la modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto debbono avvenire infatti per atto pubblico⁷³⁶. È sempre il notaio, infatti, che secondo la norma riceve l'atto fondativo e, verificata la sussistenza dei requisiti previsti normativamente, procede a depositare entro venti giorni l'atto stesso presso l'ufficio del registro del terzo settore territorialmente competente⁷³⁷. Qualora il notaio stesso non ritenga sussistenti le condizioni previste dalla normativa per la qualificazione dell'erigendo soggetto giuridico quale ente del terzo settore, entro trenta giorni ne dà comunicazione motivata ai fondatori o associati. Successivamente entro trenta giorni questi ultimi possono richiedere lo stesso l'iscrizione all'ufficio del registro. A questo punto il silenzio serbato nel termine dei sessanta giorni a provvedere deve intendersi come diniego di iscrizione. Al che si apre la delicata questione di come impugnare questo contegno amministrativo significativo. Trattandosi appunto dell'espressione – anche in via tacita – di potere amministrativo, pare doversi dare accesso alla tutela giurisdizionale innanzi il T.A.R. Sarà dunque il giudice amministrativo a dover vagliare il silenzio-diniego della pubblica amministrazione. Nondimeno, appare difficile che il Tribunale possa entrare nel merito di una valutazione eminentemente discrezionale come quella che soggiace alla decisione di iscrivere un soggetto del terzo settore al registro o meno⁷³⁸. Come noto, infatti,

⁷³⁵ All'opzione legislativa sottende il favore che si dimostra verso l'atto redatto da un pubblico ufficiale che, come si vedrà poco oltre, svolge una funzione di peculiare importanza quanto al riscontro di una serie di requisiti di legittimità che debbono giocoforza essere presenti nel procedimento di istituzione dell'ente del terzo settore. Anche in questo caso, l'*imprinting* normativo vuole tutelare il vincolo di scopo che si propone quale missione essenziale degli enti del terzo settore.

⁷³⁶ In particolare, quanto alle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto è espressamente previsto che queste diventino efficaci al momento della relativa iscrizione presso il registro unico del terzo settore.

⁷³⁷ Nulla viene detto, per vero, quanto al caso in cui il notaio ometta questo incombenza. In disparte i profili di responsabilità dell'ufficiale rogante, allora, pare che in analogia a quanto avviene in caso di suo rifiuto all'iscrizione, possa darsi adito alla domanda diretta dei fondatori nei confronti dell'ufficio del registro il quale, a sua volta, valutati i presupposti, disporrà o meno l'iscrizione stessa.

⁷³⁸ Infatti, se i requisiti di carattere patrimoniale hanno carattere obbiettivo, più complesso ricondurre ad oggettività le valutazioni eventualmente proposte con riferimento al fine specificamente perseguito dal costituendo ente del terzo settore. In tal caso, infatti, pare trovarsi innanzi ad una valutazione di carattere eminentemente discrezionale quanto alla conformità rispetto alle categorie – giocoforza aperte all'interpretazione nel caso concreto – previste dal d.lgs. n. 117/2017.

la discrezionalità amministrativa può essere ripercorsa in sede giudiziale solamente nei limiti in cui si faccia questione di macroscopici errori, incongruità, irrazionalità ed irragionevolezza⁷³⁹. Il sindacato, in altre parole, rischia nei fatti di convertirsi in una impropria rivalutazione giudiziaria del merito in ordine alla congruità di fini e mezzi predisposti da questi enti nella propria vita sociale⁷⁴⁰.

Diverso requisito quello del patrimonio minimo degli enti, che deve essere di quindicimila euro per le associazioni e trentamila per le fondazioni⁷⁴¹. Si pone, in altre parole, una soglia di rilevanza per gli ETS al di sotto della quale gli stessi non sono *ex ante* considerati dal legislatore come in grado di perseguire attività di interesse generale poiché dotati di risorse eccessivamente esigue. Risulta tuttavia difficile comprendere la ragione per cui si sia definita in via aprioristica e generalizzata questa soglia, posto che, specie con riferimento alle associazioni, strutture particolarmente snelle possono favorire molte volte una maggiore rispondenza alle esigenze sottese alla creazione dell'ente stesso. In definitiva,

⁷³⁹ Per una analisi delle recenti evoluzioni del sindacato sulla discrezionalità, anche a livello sovranazionale, utile il riferimento a S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018. L'Autore, in particolare, pone in relazione in maniera sistematica analisi dell'eccesso di potere, discrezionalità e merito amministrativo e tipologia di processo per parti volto alla tutela delle situazioni soggettive come evoluzione del sistema di giustizia amministrativa nel nostro ordinamento. Sottolinea infatti, citando l'autorevole opera di F.G. Scoca, come “è propriamente in ordine alle scelte di merito che si staglia, come situazione soggettiva, l'interesse legittimo; è lì il *proprium*, ed precipuamente lì l'utilità (anche pratica) dell'interesse legittimo”, tanto che “il suo esercizio consente al privato di tutelare, seppure indirettamente, l'interesse finale, il bene della vita, che egli intende conservare o acquisire; di tutelarlo indirizzando (operando per indirizzare) l'amministrazione verso l'adozione di un provvedimento (il più possibile) favorevole”.

⁷⁴⁰ Simili difficoltà concretano il serio rischio, tuttavia, che i costituenti enti del terzo settore si vedano sprovvisti di una tutela giurisdizionale effettiva quanto alle decisioni inerenti alla relativa iscrizione presso il registro e, di conseguenza, afferenti direttamente l'acquisto da parte degli stessi della personalità giuridica di diritto privato. Cfr. F. BOCCHINI – E. QUADRIO (a cura di), *Diritto privato*, Torino, 2014, in specie pag. 312, ove si sottolinea come il d.P.R. 360/2000 era stato emanato proprio per comprimere i tempi del riconoscimento ed andare a limitare l'eccessiva discrezionalità riconosciuta nel procedimento in favore della pubblica amministrazione.

⁷⁴¹ È solo il caso di ricordare che come causa di scioglimento per gli enti di cui al libro primo del Codice civile vi sia anche la valutazione in ordine alla insufficienza patrimoniale rispetto allo scopo prefissato da parte dell'ente giuridico operata dalla pubblica amministrazione.

però, la scelta normativa di dare rilevanza solo ai soggetti giuridici dotati di una certa consistenza patrimoniale, per quanto in sé discutibile, risulta coerente con il progetto riformista che vuole integrare l'attività privata con obiettivi di interesse generale in maniera da creare sinergie che possano essere effettive sul piano giuridico e materiale. In quest'ottica, allora, solo gli ETS dotati di risorse economiche rilevanti per l'ordinamento appaiono soggetti validi cui interfacciarsi da parte dei poteri pubblici⁷⁴².

⁷⁴² Più in generale, si può pure affermare che la soglia di rilevanza minima patrimoniale degli enti del terzo settore si ponga pure come finalità quella di evitare che le risorse pubbliche eventualmente investite in favore degli ETS possa risultare inefficace proprio per la limitata dimensione del soggetto beneficiario. Ciò è, infatti, tanto più grave in un momento di congiuntura economica sfavorevole che porta al tendenziale disincentivo del finanziamento dei pubblici poteri. Un tanto, però, a ben vedere non fa altro che comprovare una volta in più la necessità di aggregazione sinergica degli enti del terzo settore al fine di conseguire economie di scala ed efficientare l'erogazione del relativo servizio alla comunità.

.XII. Ordinamento ed amministrazione degli enti del terzo settore.

Al riconoscimento della personalità giuridica degli enti del terzo settore fa da contrappunto una definizione precisa degli organi di amministrazione. Il primo elemento che balza all'occhio nella lettura normativa è proprio quanto siano articolate e puntuali le disposizioni, cosa del tutto differente da quanto avviene nel Codice civile con riferimento alla generalità degli enti ed associazioni di diritto privato di cui al libro I⁷⁴³. Lo scopo di questa pervasività normativa è proprio quello di consentire, ancora una volta, la rispondenza alle finalità di interesse pubblico dell'organizzazione interna dei soggetti giuridici, in maniera tale da rendere possibile una tracciabilità *ab externo* della relativa attività⁷⁴⁴. L'informazione sulla vita giuridica dell'ente, infatti, è la prima forma di controllo e, quindi, di garanzia del rispetto dei principi che il legislatore ha ritenuto fondanti per garantire un regime di particolare agevolazione ai soggetti giuridici in esame.

⁷⁴³ Utile il riferimento critico di R. RASCIO, *Gli enti del libro primo. Dalla moltitudine dei modelli speciali ai tipi del codice*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006.

⁷⁴⁴ Inoltre, la previsione di un ben preciso assetto decisionale, parte dalla considerazione per cui il dotarsi di una struttura articolata sia viatico della migliore prevenzione rispetto ad eventuali comportamenti distorsivi della finalità istituzionale che permea la vita degli enti del terzo settore nella loro interezza. Prevedere diversi organi di amministrazione e controllo, infatti, suddivide le relative responsabilità tra soggetti diversi.

.XIII. Segue. La vita delle associazioni e delle fondazioni.

Con riferimento alla vita delle associazioni, un primo ordine di norme riguarda l'ammissione ed esclusione dalle stesse⁷⁴⁵. La disciplina di legge assume carattere residuale, essendo espressamente disposto che la norma trovi applicazione solo ove lo statuto o l'atto costitutivo non dispongano diversamente⁷⁴⁶.

Innanzitutto, è previsto che dell'ammissione di un nuovo associato deliberi l'organo amministrativo. Resta evidente la discrezionalità della scelta di ammettere o meno il richiedente al sodalizio, i cui requisiti saranno verosimilmente precisati all'interno dello statuto. In linea generale, si può convenire con la circostanza per cui la valutazione in oggetto avrà principalmente a concentrarsi sulla rispondenza delle caratteristiche dell'individuo richiedente la partecipazione all'associazione alle finalità proprie dell'associazione stessa⁷⁴⁷. Dell'ammissione è data poi comunicazione all'interessato. In caso di rigetto questa comunicazione è arricchita di un ulteriore dato temporale, posto che questa deve avvenire entro il termine di sessanta giorni. Nulla viene detto, tuttavia, per il caso in cui questo termine non sia rispettato, lasciando di fatto la norma senza sanzione. Entro sessanta giorni dalla comunicazione del rigetto della domanda associativa, il richiedente può coinvolgere direttamente l'assemblea, che si esprime nella prima seduta successiva, salvo che non venga appositamente convocata⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ Per una analisi generale della normativa invece afferente alle associazioni di cui al libro I del Codice civile, non possibile in questa sede per questioni di continenza, si rinvia a P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2009, specie pag. 80 e ss.

⁷⁴⁶ Questa, come altre disposizioni in ordine alla residualità della disciplina di legge, è frutto della considerazione degli enti del terzo settore comunque quali espressione dell'auto organizzazione degli strati sociali intermedi. In ragione di un tanto, allora, ne viene rispettata l'autodeterminazione anche in ossequio al dettato dell'art. 118 della Costituzione in ordine alle forme di devoluzione del perseguimento di interessi collettivi verso l'autonomia privata.

⁷⁴⁷ Ovverosia, verosimilmente, verrà pure valutata la sussistenza di eventuali requisiti di onorabilità e non incompatibilità espressamente previsti come ulteriori dagli atti interni dell'ente.

⁷⁴⁸ La decisione dell'organo amministrativo, in questo senso viene espressamente ad essere sottordinata rispetto alla volontà assembleare, creando così una ben precisa gerarchia giuridica rispetto all'estrinsecazione del sodalizio del terzo settore.

Questo compendio normativo trova, peraltro, applicazione pure con riferimento alle fondazioni, ove sia previsto al loro interno un organo assembleare o di indirizzo⁷⁴⁹. La norma fa dunque espressamente salva la possibilità di dare luogo ad associazioni in partecipazione all'interno del novero degli enti del terzo settore: è questa una delle novità maggiormente significative del compendio normativo in commento⁷⁵⁰.

Per quanto riguarda l'assemblea, occorre innanzitutto rappresentare come vi possano partecipare tutti gli associati da almeno tre mesi⁷⁵¹, con diritto di voto. Gli associati che siano a loro volta associazioni del terzo settore possono avere più voti, proporzionalmente al numero di iscritti e comunque non superiore a cinque. Vale poi il principio della delegabilità della rappresentanza in consesso, con il limite, tuttavia, della rappresentanza massima di tre associati per ogni partecipante⁷⁵². È poi prevista l'organizzazione in più assemblee separate, anche con oggetti di trattazione specifici, per le associazioni che abbiano più di cinquecento affiliati⁷⁵³.

Queste disposizioni trovano quindi applicazione anche per le fondazioni che prevedano un organo assembleare e di indirizzo. In questo caso, risulta tuttavia difficile comprendere come possa darsi applicazione analogia di un compendio normativo evidentemente congeniato con riferimento ad un soggetto giuridico che si caratterizza per la compartecipazione di soggetti diversi rispetto ad una vita associativa. Semmai, infatti, le fondazioni si dotano di un organo collegiale di vertice volto alla determinazione minuta

⁷⁴⁹ Rimane ferma, in questo caso, la residualità del compendio normativo, applicabile solo ove lo statuto o l'atto costitutivo della fondazione non dispongano diversamente.

⁷⁵⁰ Anche nel silenzio della disciplina, peraltro, si poteva sostenere una applicazione analogica delle disposizioni, in quanto espressione di principi generalmente valevoli per gli enti del terzo settore.

⁷⁵¹ Il dato temporale serve a stabilire un legame di solidità nell'appartenenza al sodalizio che giustifica l'ammissione presso quegli organi che ne determinano la vita sociale.

⁷⁵² Ciò a garanzia di principi di democrazia interna e per evitare che si creino posizioni di predominanza all'interno del consesso con concentrazione impropria di potestà decisionale.

⁷⁵³ La finalità specifica della disposizione, in questo senso, è quella di garantire l'efficacia dei lavori assembleari, sia avendo conto del dato numerico della partecipazione degli associati, sia con riferimento agli ambiti di competenza individuali che questi possano vedersi tributati. Si è, infatti, visto che gli enti del terzo settore possano anche porre in essere la propria attività per il perseguimento di svariate finalità tra quelle normativamente previste come obbligatorie per l'applicazione del Codice (ferme restando attività alle stesse eterogenee ma come si è visto comunque da ritenersi strumentali).

della devoluzione patrimoniale piuttosto che alla disciplina di un consociativismo⁷⁵⁴. Resta tuttavia inteso come sulla base di una struttura amministrativa che diviene via via più complessa all'aumentare dei fondi devoluti⁷⁵⁵, si vedrà la necessità di una condivisione delle scelte attraverso un *board* di soggetti deputati alla direzione dell'ente. Un esempio in tal senso è quello reso dalle fondazioni di origine bancaria, per le quali è espressamente previsto un organo assembleare di direzione⁷⁵⁶ cui si affiancano organi esecutivi e di controllo.

Quanto ai profili più strettamente funzionali, si può dire che tutti gli eventi maggiormente determinanti per la vita giuridica dell'ente debbono passare per una delibera assembleare⁷⁵⁷, stante il fatto che la nomina e revoca dei soci⁷⁵⁸, così come l'approvazione

⁷⁵⁴ Come si avrà modo di meglio specificare al capitolo che segue, infatti, la caratteristica saliente degli enti di carattere fondativo è la sussistenza di un elemento patrimoniale di carattere prevalente rispetto a quello associativo. Tuttavia, proprio a garanzia della corretta gestione del patrimonio conferito, ben si potranno avere uno o più organi assembleari che determinino le linee di indirizzo dell'ente complessivamente considerato.

⁷⁵⁵ Per vero del tutto analogamente a quanto avviene nelle associazioni all'aumentare dei soggetti partecipanti al sodalizio.

⁷⁵⁶ L'art. 4 della l. n. 153/1990 prevede espressamente per questi soggetti giuridici la sussistenza di organi distinti per le funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo. Tale struttura normativa è, ad esempio, ossequiata dalla Compagnia di San Paolo attraverso la previsione di un consiglio generale, di un comitato di gestione e di un collegio dei revisori, individualmente deputati delle funzioni di cui sopra. La Fondazione Monte dei Paschi di Siena, invece, prevede quali organi una deputazione generale per l'indirizzo, una deputazione amministratrice per l'esecutivo, un collegio dei sindaci ed organismo di vigilanza con distinte funzioni di controllo.

⁷⁵⁷ Nello specifico spetta all'assemblea: a) la nomina e revoca i componenti degli organi sociali;

b) nominare e revoca, quando previsto, il soggetto incaricato della revisione legale dei conti;

c) approvare del bilancio;

d) deliberare sulla responsabilità dei componenti degli organi sociali e promuove azione di responsabilità nei loro confronti;

e) deliberare sull'esclusione degli associati, se l'atto costitutivo o lo statuto non attribuiscono la relativa competenza ad altro organo eletto dalla medesima;

f) deliberare sulle modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto;

g) approvare l'eventuale regolamento dei lavori assembleari;

h) deliberare lo scioglimento, la trasformazione, la fusione o la scissione dell'associazione;

dei bilanci e sua competenza esclusiva⁷⁵⁹. Anche in questo caso il corrispondente organo della fondazione è forgiato sulla base di quanto disposto per le associazioni. È infatti specificamente previsto che all'assemblea, ove sia previsto un organo di indirizzo comunque denominato, possano venire affidati i compiti specificamente individuati con riferimento alle associazioni, nei limiti in cui questo sia compatibile⁷⁶⁰ con la peculiare struttura assunta dalla fondazione stessa e comunque pure nel rispetto di quella che è la volontà del fondatore espressa all'atto di costituzione del soggetto giuridico⁷⁶¹.

È quindi previsto pure uno specifico ruolo esecutivo, posto in capo all'amministrazione dell'associazione o della fondazione. Alla costituzione questo – o questi – soggetto è individuato nell'atto costitutivo stesso, successivamente la nomina è riservata all'organo di indirizzo⁷⁶². È poi espressamente prevista la possibilità che gli atti costitutivi o statuari

i) deliberare sugli altri oggetti attribuiti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto alla sua competenza.

⁷⁵⁸ Sull'ammissione degli stessi, come si è visto *supra*, ha invece potere l'organo amministrativo di vertice che esprimerà una scelta discrezionale in merito.

⁷⁵⁹ Adempimento, quest'ultimo, di particolare importanza ove si ponga mente al fatto che, in uno con il bilancio, è approvato anche il documento afferente alla missione sociale dell'ente del terzo settore che, come si è visto, costituisce la vera e propria cartina tornasole circa l'effettivo perseguimento della relativa attività istituzionale.

⁷⁶⁰ Pare pertanto ammissibile la creazione di organi di indirizzo preordinati a selezionare le concrete linee di azione all'interno delle quali irreggimentare l'attività delle fondazioni, al pari di quanto avviene per espressa disposizione legislativa quanto alle fondazioni di origine bancaria.

⁷⁶¹ Nel caso di fondazioni partecipate da pubbliche amministrazioni, allora, come si avrà modo di vedere alla P.A. partecipante dovrà essere riconosciuto uno specifico ruolo di indirizzo nella gestione dei beni culturali conferiti, in maniera tale da poterne determinare la gestione secondo quella che è la finalità loro propria. Sarà in tal caso compito dello statuto ovvero già dell'atto costitutivo determinare le funzioni attribuite all'organo collegiale ovvero alle sue diverse articolazioni.

⁷⁶² Al pari di quanto avviene per la generalità delle competenze associative, in caso di ente con più di cinquecento affiliati, gli incumbenti assembleari come quello di nomina degli amministratori, possono essere delegati a gruppi più ristretti di associati.

Per vero, la nomina può poi essere riservata ad una o più categorie di associati, ovvero anche ad enti del terzo settore o senza scopo di lucro, ovvero lavoratori o utenti dell'ente. Resta ferma in ogni caso la nomina della maggioranza degli amministratori all'organo assembleare. Si consolida così una competenza riservata e rafforzata da parte dell'organo di indirizzo, che pare non potrà essere abdicata nemmeno per espressa previsione normativa.

contengano specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza tesi a garantire non solo una guida competente del soggetto giuridico, bensì pure un organo dotato di quelle qualità di indipendenza che il legislatore ha evidentemente reputato necessarie al fine di perseguire in maniera corretta quanto proficua quegli obiettivi di interesse generale che costituiscono la finalità istituzionale degli ETS⁷⁶³. Del soggetto nominato è data iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore; il relativo potere è di carattere generale ed ogni eventuale limitazione a tale rappresentanza non potrà essere opposta ai terzi se prima non è stata iscritta presso il registro stesso⁷⁶⁴. Le norme sulle qualifiche degli amministratori, sulla relativa iscrizione a registro e le conseguenti limitazioni in ordine alla opponibilità della relativa rappresentanza trovano applicazione anche nei confronti delle fondazioni⁷⁶⁵.

Trova poi applicazione agli amministratori la normativa codicistica in tema di conflitto di interessi, che prescrive l'annullabilità dei contratti conclusi con l'ETS anche in nome e per conto di terzi qualora il conflitto dell'amministratore fosse conosciute o conoscibile da parte dell'altro contraente. Deve ritenersi applicabile, peraltro, pure il secondo comma dell'art. 2475-ter⁷⁶⁶ che prescrive un termine di impugnazione di novanta giorni per le

⁷⁶³ Peraltro, evidente, come si accennava in precedenza, che ove tali requisiti siano espressamente previsti anche a livello normativo quanto con riferimento agli organi amministrativi, non v'è ragione per escludere l'applicabilità di requisiti di onorabilità e competenza anche con riferimento ai singoli partecipanti al sodalizio.

⁷⁶⁴ Queste norme riferibili a funzioni di pubblicità notizia ed opponibilità delle limitazioni gestionali sono create con una analogia rispetto a quanto previsto dalla legge con riferimento alle società commerciali. Si pensi, ad esempio, a quanto stabilito all'articolo 2298 del Codice civile con riferimento alle società in nome collettivo.

⁷⁶⁵ Il riferimento è particolarmente significativo ove si consideri la fondazione a partecipazione pubblico-privata di gestione dei beni culturali. Gli atti gestori, infatti, per essere opponibili ai terzi ed alla stessa amministrazione conferente, dovranno rientrare nel novero dei poteri specificamente riconosciuti all'amministratore.

⁷⁶⁶ *"I contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.*

Le decisioni adottate dal consiglio di amministrazione con il voto determinante di un amministratore in conflitto di interessi con la società, qualora le cagionino un danno patrimoniale, possono essere impugnate

delibere dell'organo di amministrazione che cagionino un danno patrimoniale adottate con il voto determinante dell'esponente dell'organo che si ponga in conflitto di interessi⁷⁶⁷. Tale impugnativa⁷⁶⁸ è riservata agli altri amministratori ed all'organo di revisione dei conti, stante il richiamo dell'articolo al successivo 2477 c.c.⁷⁶⁹ che disciplina proprio il collegio sindacale. L'applicazione analogica, in questo caso, farà riferimento proprio all'organo di controllo invece previsto all'art. 30 del Codice del terzo settore, sul quale ci si soffermerà poco oltre.

entro novanta giorni dagli amministratori e, ove esistenti, dai soggetti previsti dall'articolo 2477. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della decisione”.

⁷⁶⁷ Per una introduzione generale sul tema, F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari dalla s.p.a.*, Milano, 2007, in specie pag. 120 e ss. Inoltre, in giurisprudenza, *ex multis*, Corte di Cassazione civile, sez. I, 12 luglio 2007, n. 15613 nonché, della medesima sezione, 12 dicembre 2005, n. 27387.

⁷⁶⁸ Da azionare evidentemente in sede civile, seppure sul punto il disposto normativo in parola non rechi alcuna norma specifica.

⁷⁶⁹ *“L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore. Se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo*

La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società:

a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;

b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;

c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti:

1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 2 milioni di euro;

2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 2 milioni di euro;

3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 10 unità.

L'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c) del terzo comma cessa quando, per tre esercizi consecutivi, non è superato alcuno dei predetti limiti.

Nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni.

L'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati al terzo comma deve provvedere, entro trenta giorni, alla nomina dell'organo di controllo o del revisore. Se l'assemblea non provvede, alla nomina provvede il tribunale su richiesta di qualsiasi soggetto interessato o su segnalazione del conservatore del registro delle imprese.

Si applicano le disposizioni dell'articolo 2409 anche se la società è priva di organo di controllo”.

Interesse partito è, infatti, dedicato dal compendio normativo all'organo di controllo⁷⁷⁰. Innanzitutto, si pone una differenza tra associazioni e fondazioni. Per le rime l'istituzione di tale soggetto è dovuta quando si superino, per almeno due esercizi consecutivi almeno due parametri tra cui uno stato patrimoniale attivo pari o superiore a 110.000,00 euro, ricavi comunque denominati superiori a 220.000,00 euro, media di dipendenti occupati uguale o superiore a cinque⁷⁷¹. Per le fondazioni, invece, l'istituzione dell'organo di controllo, anche monocratico, è legalmente prescritta. La differenza è dovuta, come si vedrà, alla minore pervasività dei controlli conseguenti alla mancanza di associati che, partecipando alla vita dell'ente giuridico, possano venire a garantire in via diretta o mediata le finalità istituzionali e la correttezza di gestione dell'ETS⁷⁷². L'obbligatorietà di questo ufficio è allora funzionale alla garanzia della corretta gestione dell'ente ed, in particolare, del relativo patrimonio⁷⁷³. In particolare, poi, sono due diversi i commi dell'art. 30 del Codice che disciplinano le funzioni dell'organo di controllo⁷⁷⁴. Da un lato vi sono le finalità che sono proprie della generalità di questa tipologia di uffici nei soggetti di diritto

⁷⁷⁰ Sebbene, come si avrà modo di vedere, l'art. 90 del Codice del terzo settore preveda che in caso di fondazioni le specifiche funzioni attribuite all'organo di controllo vengano esercitate dal registro unico, nulla vieta, ad avviso di chi scrive, che un siffatto organo interno, che possa procedere ai controlli normativamente previsti, possa essere costituito anche all'interno delle fondazioni stesse.

⁷⁷¹ Tale obbligo cessa *de iure* qualora per due esercizi consecutivi non viene superato il predetto limite quantitativo. Si deve ritenere pertanto che qualora uno solo dei due parametri presi in considerazione non venga superato viene meno, cessa l'obbligo di istituire l'organo di controllo. Qualora, invece, ad uno dei due parametri superati ne si sostituisca un altro, pare invece doversi permanere il vincolo di istituzione dell'organo in parola.

Giova, inoltre ricordare che sussiste l'obbligo in parola, comunque ed a prescindere dai parametri ora ricordati, qualora vi sia l'istituzione di patrimoni destinati.

⁷⁷² Come si avrà modo di vedere, infatti, sussiste in capo ai singoli associati, ovvero a minoranze assembleari qualificate, il potere di denuncia presso il tribunale ovvero il potere di denuncia al collegio sindacale il quale ha poi uno specifico dovere istruttorio rispetto alle irregolarità eventualmente denunciate.

⁷⁷³ Significativo, a tale proposito, che si applichino ai sindaci le cause di decadenza ed incompatibilità previste dal Codice civile all'art. 2399 e che il soggetto – ovvero almeno uno dei soggetti in caso di organo collegiale – che rivesta la carica deve essere iscritto al registro dei revisori legali e delle società di revisione legale.

⁷⁷⁴ In questo caso giova soffermare l'attenzione sulla circostanza che la disposizione non presenta ambiti applicativi differenziati tra associazioni e fondazioni.

privato⁷⁷⁵. Spetta quindi all'organo la verifica e vigilanza del rispetto delle norme di legge e di statuto⁷⁷⁶, nonché il rispetto dei principi di buona amministrazione e l'adeguatezza dell'assetto organizzativo-gestionale⁷⁷⁷, anche ai fini di cui al d.lgs. n. 231/2001⁷⁷⁸. Esso ha pure vigilanza della correttezza gestoria amministrativo-contabile, potendo anche ricoprire il ruolo di revisore legale qualora i relativi membri siano in possesso delle caratteristiche a tal fine necessarie⁷⁷⁹. Diverso aspetto, invece, quello prettamente concernente le finalità di utilità sociale degli ETS. L'organo, infatti, vigila sull'osservanza delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale degli enti del terzo settore⁷⁸⁰, tant'è che il bilancio sociale

⁷⁷⁵ Per una introduzione in ordine al profilo in parola, specie con riferimento alle società per azioni ma con riflessioni delle quali si può senz'altro tenere conto anche in altri ambiti del diritto, cfr. G. STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013. L'Autore è attento, in particolare, alle norme che tutelano l'indipendenza dei soggetti deputati alle attività di controllo negli enti giuridici, definite quale vera cartina di tornasole rispetto alla reale effettività degli strumenti di tutela predisposti a livello normativo.

⁷⁷⁶ Si può peraltro discutere, nel momento in cui questo soggetto giuridico viene ad essere vincolato normativamente al perseguimento delle finalità individuate dal legislatore, di come un controllo del rispetto della legge non si converta nei fatti in una verifica di merito circa il grado di raggiungimento degli stessi obiettivi istituzionali prefissi all'ente del terzo settore. Proprio in ragione di un tanto, come si vedrà, la norma successivamente pone in capo al soggetto in parola proprio questa specifica funzione.

⁷⁷⁷ La cui complessità come si è detto deve essere adeguata rispetto agli obiettivi che l'ente del terzo settore si propone di raggiungere ed alla conseguente dimensione dell'ETS stesso.

⁷⁷⁸ Sul tema cfr. G. CANZIO – L.D. CERQUA – L. LUPARÀ (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, 2014, ove attraverso i saggi degli Autori si ripercorrono i profili salienti e maggiormente problematici della disciplina 231. Per una introduzione sul tema cfr. G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008 che a pag. 305 e ss. si interroga in particolare sulla natura della responsabilità dei soggetti giuridici.

⁷⁷⁹ In analogia sul tema cfr. P. BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009.

⁷⁸⁰ Pare potersi affermare che la verifica richiesta all'organo di controllo sia eminentemente di merito e avrà ad oggetto, in primo luogo, il documento di missione predisposto dall'organo di amministrazione quale strumento precipuamente finalizzato alla rendicontazione di come l'attività dell'ente del terzo settore si sia posta al perseguimento delle relative finalità istituzionali.

deve dare apposita contezza dei controlli effettuati⁷⁸¹. Si pone in capo a questo ufficio, pertanto, lo specifico compito di verificare se la gestione dell'ETS sia, in un dato momento storico, adeguata rispetto agli obiettivi statutariamente previsti. Rileva così l'obiettivo di una doppia conformità – nella fase istitutiva dell'ente e nella successiva vita sociale – rispetto alle finalità di legge in maniera da fare sì che sia sempre garantita l'adeguatezza del modello di *governance* rispetto alle norme e, più in generale all'effettivo perseguimento di quell'utilità sociale che costituisce la missione istituzionale degli enti del terzo settore.

Contermini a questi scopi prefigurati per l'organo di controllo vi sono specifici poteri ispettivi e di verifica, imputati in capo a ogni singolo membro dello stesso, che possono pure chiedere agli amministratori notizie sull'andamento della vita dell'ETS ovvero su determinati affari⁷⁸².

Di rilevante interesse, poi, parimenti a garanzia delle finalità istituzionali cui gli enti del terzo settore sono preposti, vi è la nomina obbligatoria del revisore dei conti qualora si verificano almeno due delle seguenti eventualità: il totale dell'attivo patrimoniale superi 1.100.000,00 euro, i ricavi, comunque denominati, superino 2.200.000,00 euro, i dipendenti occupati superino le 12 unità⁷⁸³.

L'obbligo di nomina del revisore legale dei conti sussiste viepiù nel caso in cui il soggetto giuridico operante nel terzo settore venga a creare dei patrimoni destinati ad un singolo affare, ai sensi dell'art. 2447 del Codice civile⁷⁸⁴. Anche in questo caso, al pari della

⁷⁸¹ Sarebbe forse stato preferibile, alla luce della funzione svolta, che tale evidenza fosse resa all'interno del documento di missione, posto che, come si è visto, non tutti gli enti del terzo settore sono tenuti alla redazione del bilancio sociale.

⁷⁸² Non constano, tuttavia, poteri di repressione diretta degli eventuali abusi che vadano oltre la mera denuncia agli organi competenti, ed *in primis*, a quello assembleare, in caso di condotta scorretta da parte degli amministratori. Difficile poi dire cosa possa fare l'organo di controllo nel caso in cui l'azione degli amministratori sia semplicemente inadeguata o non sufficientemente effettiva rispetto al raggiungimento degli scopi dell'ETS.

⁷⁸³ Come si è sottolineato *supra* con riferimento all'organo di controllo, qualora venga meno uno dei requisiti ma, al contempo, ne sorga un altro, l'obbligo di nomina del revisore dei conti permane inalterato. L'obbligo stesso cessa qualora per due esercizi consecutivi vengano meno queste caratteristiche.

⁷⁸⁴ Ai sensi del quale l'ETS può, in analogia alle società:

costituzione dell'organo di controllo, il legislatore ha con tutta evidenza valutato come particolarmente delicata l'istituzione di patrimoni vincolati. Ciò impone un duplice livello di garanzia: da un lato la previsione dell'istituzione obbligatoria di questi organi interni garantisce innanzitutto gli stessi associati ovvero il patrimonio devoluto nella fondazione⁷⁸⁵, posto che i presidi evitano il depauperamento dei patrimoni all'atto della loro concreta utilizzazione⁷⁸⁶. Di contro, vi è tuttavia anche una garanzia nei confronti dei terzi rispetto alla correttezza delle procedure sviluppate dall'ETS nel rapportarsi con i soggetti esterni nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali. La blindatura patrimoniale cui è preordinato l'istituto civilistico, infatti, consente di sottrarre di fatto alla

“a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;

b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi.

Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali”.

In punto di diritto civile generale, cfr. M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, Torino, 2015, pag. 899. Significativo, peraltro, che si dia la possibilità di istituire una fattispecie eminentemente di carattere commerciale – come è la destinazione di un patrimonio ad un *affare* – ad enti che commerciali non possono essere. Di fatto, si pongono le basi per una apertura di strumenti di diritto civile pensati per le società anche agli enti del terzo settore. Profilo, quest'ultimo, che assumerà particolare rilievo specie per la trattazione del capitolo che segue.

⁷⁸⁵ Alle criticità gestionali fanno peraltro da contrappunto possibili complessità contabili, in ragione pure delle quali è stato ritenuto necessario il revisore. Quest'ultimo, infatti, ha la funzione di verificare la corrispondenza formale delle scritture contabili alla norma di legge (cfr. F. COSSU, *L'indipendenza del collegio sindacale e del revisore contabile*, Milano, 2006, in particolare pag. 38 e ss.) e non si pone pertanto in via diretta l'obiettivo di una valutazione di merito circa la rispondenza dell'azione sociale al perseguimento delle finalità di interesse generale cui è preposto l'ente del terzo settore.

⁷⁸⁶ La disposizione è tanto più rilevante quanto si consideri la disciplina specificamente afferente alle fondazioni, posto che per le stesse non sussiste – obbligatoriamente – un organo assembleare che possa deliberare e successivamente valutare la devoluzione patrimoniale destinata ad uno specifico affare. Un tanto rileva viepiù ove si ponga mente a come i conferimenti all'interno degli enti possano essere costituiti anche da beni culturali cui rendere la gestione in capo all'ente del terzo settore.

disponibilità della generalità dei creditori un ammontare anche ingente delle risorse⁷⁸⁷ del soggetto del terzo settore potendo essere anche veicolo – questo si pare leggere tra le righe del disposto normativo – di operazioni poco limpide. O comunque, come si è visto nella trattazione che precede, con il rischio che le liquidità effettivamente esistenti dell’ETS possano essere deviate per finalità che non appartengono a quelle di utilità sociale cui questi sono istituzionalmente preposti⁷⁸⁸. Non si può in questo caso non osservare, tuttavia, come lo strumento dei patrimoni destinati, nei fatti, sia stato disegnato dal legislatore con il chiaro intento di favorire operazioni commerciali anche caratterizzate da un elevato rischio. O, comunque, eseguite da soggetti essi stessi a rischio rispetto ai quali i creditori dell’affare sottoposto a regime *ex art. 2447-bis* del Codice civile vogliono garantirsi pure avuto riguardo all’andamento altalenante che può avere l’attività commerciale del soggetto giuridico con il quale andare a contrattare. Insomma, la grammatura delle guarentigie cui è sottoposta la creazione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, se da un lato indica per certi versi quantomeno una particolare prudenza che deve essere adottata dall’operatore giuridico nell’utilizzo degli stessi⁷⁸⁹ – quando non proprio addirittura un disfavore al loro approntamento da parte degli enti particolarmente piccoli, come parrebbe suggerire il legislatore – dall’altro è oggetto che deve essere maneggiato solo dagli ETS particolarmente strutturati. Ciò non implica, con tutta evidenza, non una assoluta impraticabilità della via di costituzione dei patrimoni destinati, quanto piuttosto un utilizzo oculato e comunque che tenga a mente la finalità principale degli enti del terzo settore che

⁷⁸⁷ Sebbene la disposizione codicistica parli espressamente di patrimoni destinati all’affare, ciò che rileva è che pare con lo strumento in parola potersi conferire anche specifici beni in maniera tale da vincolarli ad una determinata operazione giuridica.

⁷⁸⁸ O forse, più semplicemente, si sono volute predisporre peculiari garanzie nell’avvicinare gli enti del terzo settore ad operazioni di rischio rispetto alle quali questi non sono istituzionalmente preposti né, magari, giuridicamente preparati.

⁷⁸⁹ Stante il vincolo di destinazione impresso al patrimonio dell’ente del terzo settore, peraltro, può pure discutersi in ordine alla circostanza per cui la creazione del patrimonio destinato possa veicolare lo svolgimento di una attività commerciale. Pare doversi invero escludere tale possibilità. Infatti, la legislazione del Codice del terzo settore presuppone per essere applicata che i soggetti giuridici ETS svolgano la propria attività istituzionale nell’ambito delle finalità legislativamente predefinite. Con il che, la costituzione di un patrimonio per finalità eterogenee parrebbe concretare uno sviamento del vincolo patrimoniale stesso.

resta sempre quella di proporre attività di interesse sociale secondo un vincolo teleologico di tipo forte⁷⁹⁰. L'apertura a modelli studiati per le società commerciali, tuttavia, come si avrà modo di vedere nel capitolo che segue, non finisce con i patrimoni destinati.

⁷⁹⁰ Sul quale si sono proposte più diffusamente riflessioni nei paragrafi che precedono.

.XIV. Le responsabilità degli organi sociali.

Capitolo a parte quello delle responsabilità, ove si riscontra un rinvio diretto alla disciplina codicistica in tema sociale, con richiamo agli artt. 2392⁷⁹¹, 2393⁷⁹², 2393-bis⁷⁹³, 2394⁷⁹⁴,

⁷⁹¹ Responsabilità verso la società.

Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.

⁷⁹² Azione sociale di responsabilità.

L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione. La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio. L'azione di responsabilità può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso, l'assemblea provvede alla sostituzione degli amministratori. La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'articolo 2393-bis.

⁷⁹³ Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci.

L'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione di cui al comma precedente può essere esercitata dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto. La società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione è ad essa notificato anche in persona

2394-bis⁷⁹⁵, 2395⁷⁹⁶, 2396⁷⁹⁷ e 2407⁷⁹⁸ del Codice civile, oltre che dell'art. 15 d.lgs. 39/2010⁷⁹⁹. Il compendio normativo richiamato riguarda nello specifico il regime di

del presidente del collegio sindacale. I soci che intendono promuovere l'azione nominano, a maggioranza del capitale posseduto, uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti. In caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito della loro escussione. I soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla; ogni corrispettivo per la rinuncia o transazione deve andare a vantaggio della società. Si applica all'azione prevista dal presente articolo l'ultimo comma dell'articolo precedente.

⁷⁹⁴ Responsabilità verso i creditori sociali.

Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi.

⁷⁹⁵ Art. 2394-bis.

Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali.

In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria le azioni di responsabilità previste dai precedenti articoli spettano al curatore del fallimento, al commissario liquidatore e al commissario straordinario.

⁷⁹⁶ Azione individuale del socio e del terzo.

Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo.

⁷⁹⁷ Direttori generali.

Le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori si applicano anche ai direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati, salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società.

⁷⁹⁸ Responsabilità.

I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. All'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis e 2395.

responsabilità delle società⁸⁰⁰: il problema nel caso di specie sta nell'identificare quali di queste norme risultino ad applicazione diretta e quali, invece, necessitino di un adattamento più o meno puntuale per consentire una applicazione anche agli ETS. Ciò che il legislatore ha voluto implementare attraverso l'estensione applicativa delle norme civilistiche è quindi un modello di responsabilizzazione forte degli organi di amministrazione e controllo degli enti del terzo settore⁸⁰¹. In linea generale, nondimeno, si deve osservare come gli enti commerciali per i quali la disciplina ora richiamata è stata forgiata hanno precipuo fine lucrativo. Donde le condotte sanzionate dalle norme sono quelle distrattive rispetto al fine lucrativo dei beni sociali⁸⁰². Di converso, negli enti in esame, la finalità come si è visto non è affatto lucrativa, bensì solidaristico-sociale, ovvero,

⁷⁹⁹ Responsabilità

I revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato. Il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione contabile sono responsabili, in solido tra loro, e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati. Essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato. L'azione di risarcimento nei confronti dei responsabili ai sensi del presente articolo si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento.

⁸⁰⁰ Cfr. C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, nonché P. BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009 ed S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007, oltre che A. BIANCHI, *Le responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo. Società di capitali e società di persone*, Milano, 2009.

⁸⁰¹ Cfr. sul modello civilistico, A. MAURA, *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci. Nuovi problemi e questioni controverse alla luce della riforma civile e penale della riforma del diritto societario*, Milano, 2007, che pur risalente ha il merito della semplificazione nell'inquadramento sistematico delle questioni rilevanti quanto al tema delle responsabilità afferenti agli organi sociali.

⁸⁰² Ossia in linea generale quelle condotte che vadano a ledere aspetti precipuamente patrimoniali del soggetto giuridico, intaccandone la capitalizzazione o venendone a minare la capacità di produrre utili a favore dei soggetti che vi siano associati.

più precisamente, di utilità generale. Dunque, nell'applicare la disciplina in tema di responsabilità degli organi non potrà che aversi riguardo di questa specifica caratteristica degli ETS: le condotte sanzionabili, pertanto, non saranno quelle distorsive delle finalità commerciali – se non per quei limitati casi in cui queste sono ammesse, di cui si è detto *supra*⁸⁰³ – bensì tutte quelle attività degli organi che in via diretta o mediata distolgano i beni sociali dalla finalità di utilità generale cui questi sono preposti⁸⁰⁴. In questi termini, allora, risulta più agevole ricostruire le ragioni in base alle quali definire le possibili ipotesi di responsabilità degli organi di vertice di questi soggetti. Ad esempio, si potrà pensare all'utilizzo di fondi per scopi diversi da quelli previsti statutariamente e per i quali si è ottenuto il riconoscimento quale soggetto del terzo settore dall'ufficio di registro. O, ancora, si deve ritenere che rientri pure tra le responsabilità l'ipotesi in cui i fondi siano utilizzati impropriamente attraverso la relativa redistribuzione presso gli associati ovvero i dipendenti dell'ETS⁸⁰⁵. In particolare quest'ultimo caso, alla luce della normativa di settore applicabile, risulta uno dei più specchiati esempi di come la disciplina codicistica possa essere plasmata negli enti del terzo settore in maniera tale da garantire un'applicazione il più possibile sinergica di principi che non sono stati, con tutta evidenza, forgiati per questo tipo di enti, ma che il legislatore ha comunque voluto veder loro concretamente impiegati con la finalità di garantire, per quanto più possibile, il rispetto degli scopi loro istituzionali.

⁸⁰³ Ovvero salvo il peculiare caso della costituzione di patrimoni destinati, sul quale ci si è soffermati in chiusura del paragrafo che precede.

⁸⁰⁴ È evidente come in questo caso, il vincolo di scopo, afferendo a finalità ideali per il raggiungimento delle quali è necessaria una attività positiva non puntualmente prestabilita, è difficilmente tutelabile in via generale ed astratta. Donde le possibili responsabilità dei soggetti che amministrano il patrimonio dell'ente del terzo settore dovranno essere, ad una prima analisi, particolarmente evidenti onde poter consentire una sanzione diretta delle stesse sul piano della responsabilità degli organi sociali prevista in via generale della normativa civilistica. Con il fondato rischio, in altre parole, di una efficacia giocoforza attenuata delle disposizioni sanzionatorie che il legislatore ha dichiarato applicabili in via analogica.

⁸⁰⁵ Ferme le relative sanzioni predisposte a livello normativo quanto alla validità di questi specifici atti, infatti, non si nega che porre in essere tali condotte determinate possa avere un rilievo anche sotto il profilo della responsabilità di quei soggetti che hanno determinato – o hanno contribuito a determinare, anche mediante condotte omissive e di mancato controllo – il danno rispetto alle finalità istituzionali cui l'ente del terzo settore risulta preposto.

Un ulteriore profilo che merita attenzione quanto al regime dei controlli sugli enti del terzo settore è quello precipuamente riguardante le denunce al tribunale delle gravi irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del Codice civile⁸⁰⁶. Titolare di tale potere è tanto l'organo di controllo⁸⁰⁷ quanto il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, quanto il P.M. ed almeno un decimo degli associati⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ “Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione.

Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione [119 c.p.c.]. Il provvedimento è reclamabile.

Il tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute.

Se le violazioni denunciate sussistono ovvero se gli accertamenti e le attività compiute ai sensi del terzo comma risultano insufficienti alla loro eliminazione, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed eventualmente anche i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata.

L'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 2393.

Prima della scadenza del suo incarico l'amministratore giudiziario rende conto al tribunale che lo ha nominato; convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società o la sua ammissione ad una procedura concorsuale.

I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società”.

⁸⁰⁷ In ciò si concreta un ulteriore ed alquanto significativo potere dell'organo, che come visto ha poteri di controllo di merito rispetto all'attività svolta dagli organi sociali. Nel caso di ETS partecipati dalla pubblica amministrazione, allora, si potrà pensare a una riserva di rappresentanza della parte pubblica all'interno dell'organo di controllo, proprio a garantire la migliore rispondenza agli interessi generali dell'attività

Parimenti ogni associato singolo, ovvero un decimo degli associati, nelle associazioni con più di cinquecento affiliati, può denunciare fatti che ritenga censurabili all'organo di controllo⁸⁰⁹. Quest'ultimo, poi, ha l'obbligo di tenerne conto nella relazione assembleare⁸¹⁰. Si instilla così un potere di controllo particolarmente pervasivo in capo a tutti gli appartenenti al sodalizio, che possono individualmente azionare l'organo interno costringendo di fatto quest'ultimo ad attività istruttoria di verifica-riscontro rispetto ai fatti denunciati. Ma vi è di più. Qualora la denuncia pervenga infatti da almeno un ventesimo degli associati, l'organo di controllo deve indagare senza ritardo sui fatti denunciati e presentare le proprie motivate conclusioni all'assemblea, formulando se del caso le eventuali proposte correttive dei fatti rilevanti eventualmente riscontrati⁸¹¹. Per vero, sembrerebbe quasi che le due disposizioni siano tra di loro sovrapponibili: se solo la seconda specifica che vadano esercitati poteri d'indagine da parte dell'organo di controllo, non si vede come l'organo di controllo stesso possa relazionare l'assemblea senza spendita di poteri istruttori⁸¹² quantomeno per verificare le impressioni preliminari circa la fondatezza della denuncia ricevuta. Di fatto, allora, queste due tipologie di tutela previste

dell'ente stesso. Ovvero la migliore tutela del patrimonio pubblico nel caso il conferimento nell'ente del terzo settore abbia ad oggetto un bene culturale, come si vedrà meglio nel capitolo che segue.

⁸⁰⁸ Ovvero, in caso di fondazioni, si può ritenere pure fondato estendere la disposizione in parola al decimo dei membri dell'organo assembleare. Salvo ovviamente che si tratti in concreto di fondazione in associazione.

⁸⁰⁹ In questo caso la disposizione è generica. Si dovrà pertanto avere contezza anche in questo caso di tutti i comportamenti che, in atto o in potenza, possano risultare oggetto di censura in quanto distrattivi delle risorse dell'ETS rispetto a quelle finalità istituzionali cui l'ente è preposto.

⁸¹⁰ Di qui il riconoscimento, per conseguenza, di una responsabilità relativa dell'organo di controllo stesso nel caso in cui ignori o minimizzi ingiustificatamente le denunce ricevute.

⁸¹¹ Si instilla così, qualunque sia la posizione che poi in concreto venga ad assumere rispetto ai fatti l'organo di controllo, un onere motivo che lo vincola ad esprimere le proprie ragioni tanto quando solleciti misure correttive – financo procedendo con i poteri di denuncia di cui si è detto – tanto quando, soprattutto, decida di soprassedere rispetto agli eventi denunciati.

⁸¹² Si deve, peraltro, ritenere che i poteri istruttori siano gli stessi previsti in via ordinaria appannaggio dell'organo di controllo quanto alle verifiche spontanee di rispondenza dell'attività sociale rispetto alle finalità di utilità generale perseguite dall'ETS.

appannaggio dei singoli associati⁸¹³ rischiano in concreto di sovrapporsi, non sussistendo margine per un autonomo campo di applicazione che, individualmente, le distingua⁸¹⁴.

A chiusura sull'argomento, occorre ricordare come queste norme siano espressamente indicate per gli ETS che presentino degli associati. Non v'è tuttavia ragione di escludere i poteri di denuncia e controllo appannaggio dei relativi organi – specie a mente dell'obbligatorietà dell'istituzione del relativo ufficio da parte delle fondazioni a mente dell'art. 30, comma I – anche per soggetti che abbiano come elemento caratterizzante la devoluzione patrimoniale piuttosto che l'assunzione in collettività di un determinato fine⁸¹⁵. E ciò a tacere dell'applicazione diretta nel caso si faccia questione di una associazione in partecipazione.

⁸¹³ Come pure, si deve ritenere avendo conto delle soglie non particolarmente elevate per l'azionamento dei mezzi di tutela, pure delle minoranze qualificate.

⁸¹⁴ Ferma in entrambi i casi la necessità di spendere poteri istruttori, allora, forse a differenziare i due tipi di procedimenti di controllo risiederebbe la circostanza per cui nel caso di denuncia da parte di più soggetti si dovrebbe dare corso ad una verifica decisamente più approfondita, che articoli una relazione quantomai puntuale. E ciò specie nel caso in cui si decida di soprassedere all'adozione di misure correttive delle irregolarità eventualmente riscontrate.

⁸¹⁵ In altri termini, escludere le fondazioni dal novero applicativo di questa tipologia di garanzie si converte di fatto in un *vulnus* alle tutele degli stessi difficilmente giustificabile. In ragione di un tanto, stante anche la costruzione per analogia della relativa disciplina rispetto alle associazioni, non si vede perché le disposizioni in parola non possano trovare applicazione anche con riferimento alle fondazioni del terzo settore. Ciò, ovviamente, declinando i poteri degli associati rispetto ai componenti degli organi assembleari eventualmente istituiti.

.XV. La disciplina agevolativa degli enti del terzo settore.

Parte consistente della disciplina con la quale è disegnato il nuovo regime degli enti del terzo settore, riguarda specificamente le agevolazioni di tipo economico che, a vario titolo, sono questi riconosciute. Significativa, in tal senso, la mole di disposizioni specificamente dedicate al regime fiscale di questi enti, sul quale, tuttavia, non ci si soffermerà per quanto di attinenza della presente trattazione⁸¹⁶. Non si può tuttavia ignorare come la leva fiscale sia da tempo strumento agevolativo utilizzato in principalità dal legislatore per favorire quelle attività ritenute particolarmente meritorie da parte dell'ordinamento⁸¹⁷. Nondimeno, la riforma del Codice del terzo settore si caratterizza ad avviso di chi scrive, proprio per aver voluto una complessiva ristrutturazione della disciplina che trascende la semplice incentivazione attraverso sgravi fiscali – peraltro a volte anche solo contingenti – facendo invece particolare attenzione circa le tipologie di strumenti normativi concretamente implementabili per conseguire le finalità che l'ordinamento prefigge agli ETS. Ossia attraverso la formulazione di strumenti innovativi che possono essere la reale chiave di volta verso una nuova concezione del socialmente utile e della concreta compartecipazione privata alla gestione della cosa pubblica⁸¹⁸.

Prime tra tutte le misure “istituzionali”⁸¹⁹ di cui trattasi è quella riferentesi all'utilizzo dei locali in cui gli enti del terzo settore hanno sede. L'art. 71 del codice prevede, invero, che le sedi in cui gli ETS svolgono le proprie funzioni siano compatibili con tutte le destinazioni d'uso, a patto che non siano di tipologia produttiva. In questi termini, si pone

⁸¹⁶ Sulla quale, tuttavia, cfr. M.E. RONCATO – S. ORLANDI, *La nuova disciplina fiscale degli ETS – enti del terzo settore*, Bologna, 2018, nel quale le autrici si concentra in particolare sottolineando come la leva fiscale sia un vero e proprio strumento di politica attiva nell'erogazione dei servizi sociali da parte degli enti intermedi costituiti dall'autonomia privata. Sull'importanza del tema vi era tuttavia già consapevolezza in dottrina, come ad esempio dimostra la trattazione di G. ZIZZO, *op. cit.*

⁸¹⁷ Cfr. F. CRESPI – S. CARAVELLA, *La leva fiscale come strumento prevalente di politica industriale in Italia*, in <https://www.eticaeconomia.it/la-leva-fiscale-come-strumento-prevalente-di-politica-industriale-in-italia/>.

⁸¹⁸ Sui quali ci si soffermerà *funditus* nel capitolo che segue.

⁸¹⁹ Con tale termine si vogliono definire quelle misure che sono direttamente previste dal codice ad ausilio dell'attività meritoria degli enti del terzo settore.

in essere una vera e propria deroga rispetto alle destinazioni d'uso ammissibili⁸²⁰, che consente agli enti in esame di svolgere la propria attività in locali con tutte le destinazioni d'uso al di fuori di quella produttiva. E ciò senza richiedere alcuna correlazione tra l'oggetto precipuo dell'ETS e la destinazione d'uso di cui trattasi, a dimostrazione della forte incentivazione funzionale in questo senso consentita dalla norma⁸²¹. Sempre con riferimento alle sedi istituzionali, lo stesso articolo precitato consente pure allo Stato, le Regioni, le Province Autonome e gli altri enti locali di concedere in comodato d'uso beni immobili per lo svolgimento di attività istituzionale da parte degli enti del terzo settore⁸²². In tal caso, tuttavia, con deroga alle disposizioni codicistiche, e segnatamente all'art. 1808 del Codice civile, ove espressamente si fa menzione delle spese straordinarie sostenute per mantenere il bene, che sono ripetibili a carico del comodante. La *littera legis*, invece, pare

⁸²⁰ In altri termini il mutamento della destinazione d'uso non dovrebbe venire a comportare una attività urbanisticamente rilevante. Sulla circostanza, per vero, si è interrogata da tempo e piuttosto diffusamente la dottrina. Cfr., ad esempio, G. GRECO, *La destinazione d'uso degli immobili e il relativo mutamento*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1986, A. GUIZZI, *Il mutamento della destinazione d'uso*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1994 nonché G. MORBIDELLI, *Disciplina urbanistico – edilizia delle destinazioni d'uso degli immobili*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1992. Per una panoramica generale sulla tematica, per come affrontata dalla giurisprudenza amministrativa in tempi più recenti, cfr. P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Milano, 2010, in specie pag. 236 e ss.

⁸²¹ Si deve tuttavia ritenere che nel caso di ETS che svolgano anche attività commerciale questa deroga non possa trovare applicazione, altrimenti si verrebbe a concretare un indebito vantaggio per un soggetto che pone in essere un commercio anziché perseguire nel concreto un interesse generale.

⁸²² In questo caso la previsione normativa, consentendo in via generale questo tipo di operazioni giuridiche, supera i problemi che erano emersi nella prassi al momento della concessione a titolo gratuito di immobili pubblici da parte delle amministrazioni. Per vero, la giurisprudenza erariale era da tempo giunta alla conclusione che, ove il soggetto beneficiario perseguisse finalità di utilità sociale, non si dovesse dare luogo ad ipotesi di responsabilità ai fini contabili, come da ultimo stabilito, ad esempio dalla Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per il Molise, 31 gennaio 2017, n. 12. La sezione giurisdizionale per la Campania invece, con pronuncia 5 dicembre 2017, n. 424, ha invece rimarcato la necessità di articolata motivazione, nei termini di cui sopra, nel caso di disposizione a titolo gratuito del patrimonio pubblico. Motivazione che, nel caso di un ente del terzo settore, potrà indicare semplicemente le caratteristiche operative dell'ETS quanto al rispetto delle disposizioni del relativo Codice.

far deporre in maniera inequivoca per l'accollo di tutti gli oneri di manutenzione, siano essi ordinari⁸²³ o straordinari, in capo al comodatario⁸²⁴.

Oltre a queste misure, si deve poi ricordare come l'art. 70 del Codice preveda pure la possibilità per gli enti territoriali di individuare modalità di utilizzo di beni mobili ed immobili per l'esecuzione di manifestazioni ed iniziative temporanee. Presupposto della concessione, la gratuità della stessa. Si deroga così formalmente alla disciplina in tema disposizioni per la stipula contrattuale della P.A.⁸²⁵ che vorrebbe sempre messi a gara i contratti dai quali possano potenzialmente risultare poste attive in favore dell'amministrazione⁸²⁶. Invero, in questo caso si è trattato di una scelta di politica legislativa che ha voluto i valori di coesione e crescita sociale come superiori rispetto alle esigenze di massimizzazione nello sfruttamento dei beni pubblici.

Particolare poi la disciplina specificamente riferibile ai beni culturali che esigano opere di restauro, di proprietà di qualsiasi ente pubblico. Essi possono infatti essere concessi in uso agli ETS che pongano in essere attività rilevanti sotto il profilo culturale⁸²⁷ e che si pongano come obiettivo pure quello di riqualificare il bene culturale di cui sono tributari⁸²⁸. Ecco quindi una finalità ulteriori rispetto a quelle elencate all'art. 5 del Codice che, pur potendo essere ricompresa in quelle di cui alla lettera f), costituisce sicuramente una di quelle attività sottoposte a vincolo teleologico forte rispetto alla *mission* della quale risulta istituzionalmente tributario l'ente del terzo settore. In quest'ottica si spiega come

⁸²³ Implicitamente, per vero, lo stesso articolo 1808 c.c. implicava di per sé che gli oneri di manutenzione ordinaria del bene fossero a carico esclusivo del comodatario, con l'ulteriore specificazione che il rischio di deterioramento del bene in esito al suo utilizzo ordinario, si allocava invece in capo al comodante.

⁸²⁴ Così, di fatto, sbilanciando gli oneri economici a carico del comodatario.

⁸²⁵ Il riferimento corre al r.d. 2440/1923 (*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato*) ed al relativo regolamento di attuazione, r.d. 827/1924 (*Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*).

⁸²⁶ *Ex multis*, Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Liguria, 11 novembre 2013, n.196.

⁸²⁷ E segnatamente interventi di recupero del patrimonio culturale, l'organizzazione e gestione di eventi culturali, artistici e ricreativi di interesse sociale, organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, riqualificazione di beni pubblici.

⁸²⁸ L'obiettivo, si rimarca un tanto ai fini della trattazione che seguirà nel prossimo capitolo, non è di carattere gestionale generale di una risorsa culturale ma è, per così dire, puntiforme, riguardano un singolo intervento di riqualificazione individuato dall'amministrazione titolare del bene.

mai il bene debba essere preordinato alla pubblica funzione, laddove il relativo sfruttamento, compatibilmente con le disposizioni di cui al d.lgs. n. 42/2004⁸²⁹, può anche indurre ad un mutamento della destinazione d'uso ai fini di insediarvi l'attività del soggetto giuridico che ha attuato i lavori di riqualificazione⁸³⁰. A corrispettivo, peraltro, non è prevista *ex se* la gratuità del negozio, bensì un canone agevolato per la fruizione del compendio immobiliare. V'è da chiedersi, tuttavia, se questa previsione di carattere speciale rispetto al comma II dell'art. 71 che lo precede imponga sempre e comunque alla pubblica amministrazione titolare del bene di porre a concessione il bene dietro pagamento del canone o se possa, invece, procedere con il comodato pur trattandosi di compendio di pregio culturale⁸³¹. Pare proprio sia così, posto che è espressamente previsto che le spese sostenute vadano imputate a detrazione del canone stesso nei suoi stretti limiti: si tratta, così, di un contratto a prestazioni corrispettive dove tuttavia, nella maggioranza dei casi, l'amministrazione non verrà ad incamerare risorse diverse da quelle afferenti alla riqualificazione del proprio patrimonio immobiliare⁸³². Ciò non toglie, tuttavia, che dal contratto possano derivare applicando la normativa generale in tema di appalti pure entrate

⁸²⁹ A dire che, indipendentemente dalla destinazione d'uso effettivamente assunta dal bene di interesse culturale, in nessun caso l'attività concretamente svolta dall'ente del terzo settore potrà andare a ledere il valore di testimonianza immanente che caratterizza l'immobile. Cfr. A.L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari, 2019, ove si ricostruisce in maniera analitica la normativa che ha coinvolto l'utilizzo di immobili di pregio culturale nel corso degli anni attraverso interventi di valorizzazione del demanio pubblico.

⁸³⁰ Risulta tuttavia, alla luce dei principi che si sono andati fissando al capitolo I, difficile comprendere come possa darsi legittimità allo sfruttamento particolare del bene culturale che invece dovrebbe essere pubblico quanto alla relativa fruizione da parte della collettività.

⁸³¹ In altri termini, v'è da chiedersi se la disposizione specificamente inerente ai beni culturali si ponga in deroga alla possibilità di concessione gratuita dei compendi immobiliari in favore degli enti del terzo settore. La disposizione in parola, infatti, potrebbe essere letta nel senso da ritenere che qualora si faccia questione di un immobile di pregio storico-artistico, si debba giocoforza procedere ad una concessione a canone agevolato in cambio di interventi conservativi sul compendio.

⁸³² Allora si può dire che, in definitiva, una differenza vi è rispetto ai beni privi di pregio culturale, poiché in questo caso non si tratterà mai di un comodato d'uso che potrebbe essere gratuito nella misura in cui eventualmente non fosse presente la necessità di opere di ristrutturazione, bensì di un negozio a prestazioni corrispettive. Alla concessione del bene fa da contrappunto la relativa ristrutturazione.

per la P.A.; di qui la previsione dell'applicazione delle procedure semplificate di cui all'art. 151, comma III, del d.lgs. n. 50/2016, che a sua volta richiama, tramite il primo comma della norma, l'art. 19 riferibile ai contratti di sponsorizzazione. È così previsto che per la stipula di questi contratti si proceda alla pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la ricerca di operatori economici interessati agli specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di valorizzazione del patrimonio culturale, contestualmente indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto. Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può dunque essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse alla conclusione dello stesso⁸³³. È quindi in questo caso evidente la profonda discrasia normativa nel trattamento del patrimonio immobiliare della pubblica amministrazione, laddove per la concessione in comodato dei relativi beni non è prevista alcuna tipologia di pubblico incanto ove questi non rammostrino interesse culturale⁸³⁴, mentre è espressamente prescritta la pubblicità ove questi ultimi invece lo presentino. La differenza si spiega per la necessità di tutelare gli interessi rilevanti e particolarmente sensibili che ineriscono direttamente al patrimonio culturale, i quali giustificano un trattamento partito dello stesso rispetto alla generalità della gestione dei beni patrimoniali pubblici⁸³⁵. Proprio nell'ottica di uno sfruttamento del patrimonio culturale che sia al passo

⁸³³ Si tratta, tuttavia, come evidente di una procedura negoziata semplificata, caratterizzata in particolare dalla breve pubblicità che precede la contrattazione con la parte privata che sia interessata. Significativo rilevare, tuttavia, come l'iniziativa volta alla stipula del contratto possa avvenire su impulso privato, come ad esempio può accadere per il *project financing* di cui all'art. 183 e ss. d.lgs. n. 50/2016.

⁸³⁴ Un tanto sebbene il d.lgs. n. 50/2016, a seguito del primo correttivo, sia divenuto un vero e proprio Codice dei contratti pubblici, venendo ad includere pure in potenza i contratti attivi della pubblica amministrazione, secondo procedure che garantiscano l'imparzialità, la trasparenza, la pubblicità e l'economicità nell'assegnazione di beni pubblici di rilievo economico.

⁸³⁵ Lo svolgimento di un pubblico incanto, che si articoli anche attraverso la valutazione di una offerta tecnica riferentesi alle modalità di gestione del bene culturale, è infatti garanzia attraverso la pubblicità della procedura, della migliore tutela e valorizzazione del bene stesso. Non si proteggono, in altri termini, le sole casse dello Stato, bensì – ed è questa la ragione propria di una disciplina così congeniata – pure i beni culturali interessati dalla concessione agli enti del terzo settore che vi vogliano svolgere la propria attività.

con i tempi e ne garantisca maggiormente la fruizione a strati sociali sempre più ampi, deve sussistere un minimo di concorrenzialità⁸³⁶ garantita nel procedimento selettivo del privato gerente⁸³⁷. Ciò non toglie, tuttavia, che la gestione dei compendi immobiliari di pregio da parte degli enti pubblici non possa avvenire anche attraverso formule diverse di partenariato pubblico-privato. Come si vedrà, infatti, può anche essere ipotizzata la creazione di appositi enti giuridici deputati alla gestione del bene pubblico ove, da un lato, siede la pubblica amministrazione titolare del compendio, che come parte del contratto fornisce il bene, dall'altra siede invece il privato che ha quale missione istituzionale la gestione e valorizzazione del patrimonio culturale ed, in quest'ottica, viene a gestire la *res publica*. In questo modo si può conseguire il medesimo risultato pratico della concessione del bene prevista dall'art. 71 del Codice, ma attraverso uno strumento partecipativo che conceda alla stessa pubblica amministrazione maggiore margine d'azione⁸³⁸ nella compartecipazione gestionale privata⁸³⁹.

Da segnalare, infine, la possibilità di accesso facilitato alle linee di credito e di finanziamento da parte degli enti del terzo settore che si propongano opere di recupero, restauro e messa a norma degli edifici di valore storico-culturale. Anche in questi casi, la misura di favore è preordinata allo sviluppo di sinergie in partenariato pubblico privato verso una cogestione consapevole del patrimonio culturale⁸⁴⁰. Le nuove formule creditizie incentivanti non si discostano, infatti, da quegli strumenti fiscali che da tempo hanno

⁸³⁶ Ricordiamo, infatti, che si tratta pur sempre di una procedura di gara semplificata.

⁸³⁷ A ciò si aggiunga poi la circostanza per cui i beni culturali, essendo a volte maggiormente appetibili sul mercato, e comunque presenti in grande scarsità rispetto alla domanda che potrebbe essere loro predicata, sono suscettibili di generare significative entrate per l'erario.

⁸³⁸ E più significativi poteri di controllo, che andranno oltre alla mera risoluzione per inadempimento del contratto stipulato.

⁸³⁹ Nell'operazione proposta, infatti, il bene immobile non è visto quale mera sede all'interno della quale svolgere dell'attività di rilevanza sociale, bensì come il centro di un progetto di gestione e valorizzazione che rientri nell'alveo delle finalità tanto della P.A. quanto dell'ETS.

⁸⁴⁰ Cf. A. PIRRI VALENTINI, *Pagamento di imposte mediante la cessione di beni culturali: una normativa discontinua?*, in *Aedon*, 1/2019. L'Autrice, in particolare, anche facendo riferimento all'opera di L. CASINI, *Ereditare il futuro ...*, *op. cit.*, giunge ad auspicare una maggiore continuità nelle politiche fiscali di pagamento delle imposte attraverso operazioni di gestione o cessione di beni culturali

trovato largo spazio presso le novelle legislative con la finalità di garantire i soggetti gerenti cose di interesse storico-artistico strumenti di maggiore velocità economico-finanziarie per l'approvvigionamento delle risorse necessarie ad interventi anche di rilevante entità⁸⁴¹.

⁸⁴¹ In tale ottica, risulta chiara la necessità di somme anche ingenti per la manutenzione ordinaria e straordinaria di beni sottoposti a vincolo storico-culturale stante la peculiarità dei beni su cui si vanno ad innestare interventi di riqualificazione. Cfr. sul punto, le acute riflessioni proposte da A. CRISMANI, *ART-BONUS: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico*, in *Federalismi.it*, 2014.

.XVI. Segue. Sul lavoro negli enti del terzo settore tra impiego di diritto privato e sfruttamento consentito del volontariato.

Uno dei passi avanti più significativi svolti con riferimento agli enti del terzo settore appare sicuramente quello afferente alla disciplina giuridica dei rapporti di lavoro dei soggetti che con questi pongano in essere collaborazioni⁸⁴². Invero, è innanzitutto prevista l'applicazione diretta a questi individui della normativa concernente ai contratti collettivi nazionali di lavoro a questi riferibili quanto alle mansioni concretamente svolte. Unica eccezione, ancora una volta a tutela della destinazione delle risorse verso attività di utilità sociale, il divieto di differenza retributiva tra lavori dipendenti in rapporto superiore a quello di uno a otto⁸⁴³.

Ancora, estremamente importante, visto il settore di svolgimento dell'attività degli ETS, è l'apporto di volontari, rispetto ai quali il soggetto operante nel terzo settore è innanzitutto tenuto all'iscrizione in apposito registro⁸⁴⁴. È poi data per la prima volta una definizione della nozione di volontario⁸⁴⁵, come il soggetto che svolge attività in favore della comunità con spirito di liberalità, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per scopi di comune utilità⁸⁴⁶. Esso non può essere retribuito a nessun titolo, nemmeno dal beneficiario diretto della relativa azione del volontario, ma quest'ultimo può bensì essere titolare di un rimborso delle spese effettivamente sostenute e debitamente documentate,

⁸⁴² Pur non potendosi soffermare in questa sede in relazione allo specifico tema del lavoro negli enti del terzo settore, giova tuttavia ricordare come il profilo in parola fosse uno di quelli ove maggiormente nel tempo si era rammostrata l'esigenza di proporre una attività di riforma, cfr. ad esempio lo studio di A. BOVA – D. ROSATI, *op. cit.*, in particolare pag. 75 e ss. dove si approfondisce il tema del lavoro nella impresa sociale.

⁸⁴³ Il fatto che il dipendente con la retribuzione più alta comunque non percepisca più di otto volte lo stipendio di colui che abbia invece il trattamento più basso, infatti, consente di evitare che si mascherino da corrisposizioni retributive quelle che invece sono a tutti gli effetti delle distribuzioni patrimoniali non consentite anche ai sensi della disciplina che si è meglio vista *supra*.

⁸⁴⁴ In questo senso si ha, almeno *in nuce*, una stabilizzazione dell'apporto collaborativo dei volontari rispetto agli enti del terzo settore.

⁸⁴⁵ Per una definizione dottrina della nozione, A. OCCHINO, *Volontariato, diritto ed enti del terzo settore*, Milano, 2019.

⁸⁴⁶ Già M. CARCIONE, *Ong internazionali e volontariato: sussidiarietà e partecipazione, per la salvaguardia e la sicurezza del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 1-2/2012, sottolineava la necessità di addivenire ad una riforma complessiva della gestione dei rapporti di volontariato.

con divieto espresso di rimborso forfettario⁸⁴⁷. Singolare come pure la definizione stessa sia adottata per esclusione, affermando che non può ritenersi volontario quell'associato che "occasionalmente coadiuvi gli organi sociali nello svolgimento delle loro funzioni"⁸⁴⁸.

La qualifica di volontario, poi, è espressamente resa incompatibile con qualsivoglia forma di rapporto di lavoro, autonomo o subordinato, comunque retribuito dall'ente di cui il volontario stesso è socio, associato o presta la propria attività volontaria⁸⁴⁹. Il rimborso massimo è previsto nella misura di dieci euro giornalieri ovvero centocinquanta euro mensili⁸⁵⁰.

Espressamente prevista poi la possibilità che questi soggetti usufruiscano delle forme di flessibilità di orario di lavoro o delle turnazioni previste in sede di contrattazione collettiva. È poi prescritto l'obbligo di assicurare i volontari per infortuni e malattie comunque connesse alla relativa prestazione di lavoro, prevedendo a tal fine, con apposito decreto del Ministero dello Sviluppo Economico⁸⁵¹, meccanismi assicurativi semplificati anche con polizze numeriche, in maniera tale da garantire una più ampia possibilità di accesso agli strumenti in parola⁸⁵².

Specifici obblighi vengono poi ad appuntarsi sulle pubbliche amministrazioni, deputate a promuovere la cultura del volontariato⁸⁵³, valorizzandone l'esperienza anche attraverso lo

⁸⁴⁷ Evidente, in questo caso la sfiducia verso lo strumento del rimborso forfettario, ritenuto con tutta probabilità un viatico per la corresponsione retributiva difficilmente controllabile *ex post*.

⁸⁴⁸ La disposizione normativa, insomma, pare presupporre un rapporto stabile per poter definire volontario un soggetto che collabori con l'ETS.

⁸⁴⁹ Questo onde evitare posizioni collaborative frammiste che possano dare adito alla creazione di situazioni ambivalenti e, quindi, potenzialmente fonti di sviamenti della disciplina.

⁸⁵⁰ Discutibili, peraltro, i termini di apporto massimo che possono essere individuati quale rimborso spese. Il legislatore, con tutta probabilità, ha voluto intendere come oltre detta soglia, il rapporto si converta *ex se* in un lavoro subordinato, che soggiace ad un diverso regime e, soprattutto a diversi oneri in capo all'ente del terzo settore presso il quale il soggetto presta la propria opera.

⁸⁵¹ Al momento in cui si scrive il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico non risulta ancora emanato

⁸⁵² Del tema per vero si era già occupata, in pendenza della previgente disciplina L. BOCCACIN, *op. cit.*, andando pure ad analizzare quali erano gli indici di effettivo adempimento dell'obbligo assicurativo da parte degli enti operanti nel terzo settore. Cfr. in particolare, pag. 29.

⁸⁵³ Sebbene a risorse strettamente invariate-

specifico riconoscimento del percorso formativo che avviene con la relativa attività presso gli enti del terzo settore⁸⁵⁴. Proprio a tale proposito, infatti, vi è prevista la possibilità per gli istituti universitari di riconoscere appositi crediti formativi in favore dei propri studenti che abbiano conseguito esperienze di volontariato da considerarsi particolarmente formative ai fini del percorso di studi che questi intraprendano. Anche in questo caso, tuttavia, al fine di fruire di questo beneficio formativo per i propri volontari, le associazioni cui questi si riferiscono debbono essere iscritte nel registro nazionale⁸⁵⁵.

⁸⁵⁴ La misura è concretamente preordinata ad incentivare misure amministrative di favore per i dipendenti pubblici rispetto al relativo coinvolgimento in attività di volontariato.

⁸⁵⁵ Come si vede, la funzione di iscrizione presso il registro del terzo settore è certificatoria ed al contempo di garanzia del rispetto di quegli *standards* minimi previsti dal legislatore onde consentire l'accesso alla normativa premiale espressamente prevista a livello legislativo.

.XVII. Regime e controlli sugli enti del terzo settore. Le fondazioni.

Se queste sono le caratteristiche generali cui il legislatore ha inteso disciplinare le associazioni e le fondazioni, è ora necessario e possibile soffermarsi brevemente su quelle che sono l'oggetto vero e proprio della presente trattazione, ovverosia le seconde.

L'art. 90 del Codice del terzo settore istituisce poteri del tutto particolari in capo al Registro unico del terzo settore con specifico riguardo alle fondazioni. Infatti, si stabilisce che sia questa autorità ad esercitare i poteri di controllo e la vigilanza sull'amministrazione di questi enti⁸⁵⁶. A tal fine esso può provvedere alla nomina e alla sostituzione degli amministratori o dei rappresentanti, nel caso in cui le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possano attuarsi. Financo esso ha potestà di annullare⁸⁵⁷, sentiti gli amministratori, con provvedimento definitivo, le deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume. Infine, può sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario straordinario, qualora gli amministratori non agiscano in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge. Inoltre, le azioni di responsabilità contro gli amministratori debbono essere prioritariamente autorizzate dal Registro unico, il cui nulla osta costituisce impedimento normativo alla libera chiamata degli stessi a rispondere della propria attività.

Si passa quindi alla repressione diretta delle attività scorrette da parte degli enti, posto che è prevista espressamente una sanzione⁸⁵⁸ in caso di devoluzione anche indiretta di utili ed avanzi di gestione. Si era detto, infatti, dell'impossibilità di rendere in qualche modo lucrativa l'attività degli enti del terzo settore con conseguente insuscettibilità degli stessi di produrre utili per i relativi aderenti o dipendenti⁸⁵⁹. Pena ridotta⁸⁶⁰ è poi prevista per la

⁸⁵⁶ Un tanto sul presupposto che la prevalenza dell'elemento patrimoniale in questa categoria di soggetti giuridici rischia in concreto di portare ad una diminuzione significativa delle garanzie teleologiche che costituiscono invece l'*imprinting* fondamentale della disciplina del terzo settore.

⁸⁵⁷ Occorre tuttavia rammentare che tale annullamento di imperio degli atti adottati dalle fondazioni non pregiudica i diritti legittimamente acquisiti dai terzi in buona fede nell'esecuzione dell'atto annullato.

⁸⁵⁸ Da 5.000,00 a 20.000,00 euro.

⁸⁵⁹ Si deve, infatti, sottolineare, come un tale divieto si ponga a diretta tutela delle attività di interesse generale delle quali sono tributari gli enti del terzo settore. La devoluzione di fondi in maniera diversa rispetto alla relativa attribuzione ai fini statutari è essa stessa lesione di queste finalità.

⁸⁶⁰ Da 1.000,00 a 5.000,00 euro.

devoluzione di fondi patrimoniali in difformità rispetto alle indicazioni dell'ufficio del registro unico nazionale, a rinsaldare la posizione di vera e propria autorità indipendente del settore di questo ufficio di nuova costituzione. Tant'è vero che l'ufficio stesso è pure il soggetto che materialmente viene ad erogare le sanzioni espressamente previste dal Codice, fungendo così tanto da soggetto regolatore che da garante che da autorità sanzionatoria⁸⁶¹. Alle sedi staccate del registro è poi affidato il compito di controllare la sussistenza e la permanenza dei requisiti necessari all'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale; l'adempimento degli obblighi derivanti dall'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore; il diritto di avvalersi dei benefici anche fiscali e del 5 per mille derivanti dall'iscrizione nel Registro unico nazionale del Terzo settore; il corretto impiego delle risorse pubbliche, finanziarie e strumentali, ad essi attribuite.

I compiti superiori di vigilanza sono poi attribuiti in via diretta al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che assume anche la funzione di coordinamento complessivo del sistema di funzionamento degli enti del terzo settore in sinergia con gli uffici territoriali del registro tant'è che è espressamente previsto che questi enti relazionino ogni anno l'ufficio centrale che, a sua volta, relazione il ministero sulla propria attività. Il Ministero, poi, può effettuare verifiche anche in loco avvalendosi pure degli ispettorati del lavoro.

Infine, viene istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri una apposita cabina di regia con il compito di coordinare, raccordando le competenze dei vari dicasteri, le

⁸⁶¹ Oltremodo peculiare, dunque, la posizione assunta dal registro, in analogia, ad esempio, a quanto avviene per l'Autorità di Garanzia della Concorrenza e del Mercato, che accumula diverse potestà giuridiche (cfr. per una introduzione sul tema, M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, ove l'Autore riflette criticamente circa l'effettiva utilità del modello dell'autorità indipendente quale soluzione all'affidarsi ad una economia di mercato per l'erogazione dei servizi essenziali nonché F. MERUSI – M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011, che ricostruiscono analiticamente le diverse disposizioni di legge riferibili alle autorità indipendenti). V'è poi da chiedersi chi sia il giudice competente per conoscere della legittimità delle sanzioni eventualmente inflitte, se possa essere in particolare il giudice amministrativo con per di più giurisdizione estesa al merito ai sensi dell'art. 134, comma I, lett. c), d.lgs. n. 104/2010. Vivace peraltro il dibattito dottrinale riferentisi a come i poteri regolatori e sanzionatori di autorità indipendenti interferiscano con i diritti dei singoli cittadini e delle imprese, cfr. M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007.

politiche di governo nonché le azioni di promozione ed indirizzo delle attività del terzo settore. Questo strumento è particolarmente utilizzato nella storia recente della legislazione⁸⁶², crea con l'istituzione di un nuovo polo di accentramento amministrativo una operazione di coordinamento tra diverse competenze nessuna delle quali può dirsi in via aprioristica superiore alle altre⁸⁶³. Si cerca, in tal modo, di addivenire ad una amministrazione condivisa tra i vari plessi potestativi dello stato in una materia che si caratterizza giocoforza per una peculiare delicatezza delle situazioni giuridico-soggettive coinvolte⁸⁶⁴. Non si può, a tale proposito, mancare di sottolineare come la previsione di un ente riferentesi all'amministrazione dello Stato, seppur dislocato con uffici periferici a livello locale, non possa che essere visto come una formula di accentramento di non secondario rilievo nel panorama amministrativo contemporaneo⁸⁶⁵. In altri termini, pare leggersi tra le righe del disposto legislativo la volontà di addivenire ad una uniformazione del tessuto polimorfico, polisemico e – giocoforza – policentrico degli enti operanti nel terzo settore. Un tanto sulla scorta di una normazione unitaria di un fenomeno così complesso, nella quale lo strumento legislativo è in realtà preordinato ad un ben preciso indirizzo di politica del diritto con una *reductio ad unum* della costellazione ETS. Che certo potranno continuare ad esprimere la propria forza di strato sociale intermedio anche in assenza del riconoscimento che il legislatore ha prescritto per queste realtà, ma che,

⁸⁶² Si pensi, a titolo esemplificativo, all'analogo ufficio istituito per l'applicazione del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016, con il compito di coordinare nella prima fase attuativa le diverse competenze in tema di contrattualistica pubblica a seguito di un rimaneggiamento normativo di particolare rilevanza nel panorama giuridico nazionale

⁸⁶³ Cfr. in tema D. D'ORSOGNA, *Le relazioni organizzative*, op. cit., pag. 118, nonché, del medesimo Autore, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, ove si affronta in maniera ampia quanto esaustiva il tema delle nuove formule di rapporto tra le amministrazioni nell'ambito di un'azione per procedimenti anziché per competenze.

⁸⁶⁴ Anche in questo tipo di operazioni si può leggere la ricerca del consenso tra amministratore ed amministrato per garantire la massima effettività delle regole che si vanno ad imporre agli enti e, più in generale, ai soggetti sottoposti a vigilanza statale.

⁸⁶⁵ C. MARZUOLI, *Il paesaggio nel nuovo codice dei beni culturali*, in *Aedon*, 3/2007, sottolinea come nella materia *de qua* le ragioni dell'iscrizione a poteri statali di molte delle decisioni relative ai beni culturali e paesaggistici è dovuta alla elevata componente tecnica che riguarda specificamente le scelte da operare. Indicazioni analoghe in T. ALIBRANDI – P. FERIR, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001

tuttavia, difficilmente lo potranno fare con la stessa efficacia (e con gli stessi ausili) degli enti del terzo settore riconosciuti a mente del nuovo Codice. Il piano normativo è dunque volto ad una omogeneizzazione del fenomeno, che pur riconosciuto frutto della pluralità valoriale che è impressa nel disegno costituzionale, come dimostra la previsione ai sensi dell'art. 5 ove sono annoverate le precipue finalità degli ETS, dimostra che solamente l'attività ritenute meritevoli dal legislatore garantiscono il trattamento di favore previsto. E, come anticipato, su questa stesa linea operativa si pone la costituzione di un'autorità unica ed accentrata, che pur svolge la propria opera nell'ambito di amministrazioni di fatto in sede locale attraverso la previsione di uffici regionali e provinciali. Un tanto, poi, risponde anche alla necessità di uniformare il livello conoscitivo minimo riferibile agli enti del terzo settore, attraverso una gestione centrale ed informatizzata dei dati. Con un duplice risultato – quantomeno nelle aspettative di chi ha scritto la norma – di conseguire economie di scala dovute alla dematerializzazione della gestione del registro⁸⁶⁶, dall'altro garantendo una adeguata pubblicità degli atti che riguardano precipuamente gli enti del terzo settore. Si farà in modo, cioè, di rendere noti e conoscibili ai terzi attraverso un sistema digitalizzato di immediata accessibilità di tutta la documentazione fondamentale degli enti del terzo settore, venendo così a creare una “casa di vetro” delle associazioni che lavorano nei settori di rilevante interesse per la comunità⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Si deve, infatti, ricordare che con la piena entrata in vigore del Codice del terzo settore, di fatto si andrà ad abolire il regime delle ONLUS sostituendo tutti i regimi di pubblicità precedentemente previsti per gli enti del terzo settore con gli adempimenti oggi previsti per l'iscrizione nel Registro unico del terzo settore.

⁸⁶⁷ Si intesse così un singolare parallelismo giuridico con le recenti riforme che hanno coinvolto la pubblica amministrazione, a partire dal d.lgs. n. 33/2013 dettante il “Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni” e successivamente ampliato e potenziato dal c.d. Freedom of Information Act – F.O.I.A., d.lgs. 97/2016 di “Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”. Pare intravedersi, infatti, un ordito comune nel tessuto normativo che spinge in tempi recenti sempre più l'acceleratore sul terreno della digitalizzazione ed accessibilità piena dei contenuti, sul domicilio informatico e sulla trasparenza – in tesa come pubblicità da un lato e conoscibilità anche indiretta dall'altro – vogliono una compartecipazione diretta, anche e soprattutto quale forma di controllo diffuso di legittimità, circa la gestione della cosa pubblica. Il che si converte, da un lato, in un diritto alla

conoscenza anche nei confronti dei soggetti privati, ove questi ultimi siano favoriti da forme di qualsiasi tipo di erogazione o agevolazione pubblica ovvero coloro i quali siano gestori anche in via indiretta di servizi di rilievo per la collettività di riferimento.

.XVIII. Conclusioni.

Per certi versi la maggiore novità della recente riforma del terzo settore risulta proprio dall'aver contenuto in un'unica sede una normativa riferentesi agli ETS che ha l'ambizione della completezza. Altro punto da tenere in considerazione, la circostanza per cui si è cercato di creare una disciplina di favore a tutto tondo, non riferibile alla sola leva finanziario-tributaria. Non con il solo fisco si incentiva l'azione in sussidiarietà orizzontale del terzo settore, quanto soprattutto attraverso un compendio normativo di riferimento che possa fornire gli strumenti idonei ed efficaci per il raggiungimento delle finalità di pubblica utilità che il normatore si prefigge e vincola a scopo degli ETS. Diverse disposizioni suscitano però qualche dubbio, specie in ordine alle limitazioni effettive che l'attività degli enti del terzo settore può venire ad avere nella loro vita sociale, attraverso la previsione di settori obbligati al di fuori dei quali non si può operare rimanendo ossequiosi delle finalità che la legge ha predisposto per questi soggetti giuridici.

Proprio da questo punto si dovrà partire nella ricerca degli strumenti maggiormente innovativi prefigurabili per l'azione dei rinnovati attori della sussidiarietà sociale all'interno del servizio pubblico culturale. Si è visto, infatti, che tra le attività ammissibili degli ETS vi è proprio quella riferentesi alla tutela e valorizzazione dei beni culturali. E si è visto pure che questi enti possono svolgere la propria azione anche avendo quale sede un immobile sottoposto a vincolo culturale ponendosi come scopo il relativo recupero a fronte di canoni agevolati quando non addirittura azzerati. Così come è stato notato che non sono avulsi dalle possibilità di azione degli enti del terzo settore pure strumenti inizialmente pensati per le entità commerciali.

Ciò che conta, e che è rilevante per la trattazione che si va proponendo, è la permanenza del vincolo di scopo, che innerva ed illumina l'azione degli ETS in tutta la relativa vita nell'ordinamento giuridico.

Insomma, fatto il punto sulle peculiarità degli enti del terzo settore si hanno le premesse per definire le prospettive di azione di questi ultimi nella collaborazione con gli attori istituzionali della pubblica amministrazione che sono vincolati all'erogazione del servizio pubblico culturale. Per capire, in definitiva, se gli ETS per come emergono dalla normativa di riferimento possano essere degli strumenti di compartecipazione nella gestione del patrimonio culturale italiano.

Capitolo 4

Strumenti di azione nel nuovo terzo settore

.I. Sulla possibilità che i soggetti del terzo settore siano partecipati da pubbliche amministrazioni.

Uno dei profili di maggiore interesse, letta la neo introdotta disciplina di riferimento dei soggetti appartenenti al terzo settore, è costituito dalla ibridazione funzionale di questi soggetti con la pubblica amministrazione. Gli strumenti di interazione all'interno della gestione del patrimonio culturale già previsti nel d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) e del d.lgs. n. 50/2016⁸⁶⁸ (Codice dei contratti pubblici) sono

⁸⁶⁸ I riferimenti in questo caso corrono al Titolo VI, capo III del Codice dei contratti pubblici nel quale il legislatore si è peritato di individuare una disciplina comune applicabile ai contratti nel settore dei beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo n. 42/2004, specificando ulteriormente la disciplina di legge attraverso il decreto ministeriale del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, 22 agosto 2017, n. 153, *Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016*. In sintesi, pur non potendo in questa sede approfondire analiticamente la disciplina riferibile ai beni culturali contenuta nel d.lgs. n. 50/2016, vale la pena ricordare che la normativa si occupa della qualificazione degli operatori economici che si interfacciano con i beni culturali, i livelli ed i contenuti della progettazione delle opere riferentesi ai beni tutelati, all'affidamento dei relativi contratti, alle varianti in corso d'opera, al collaudo ed alle sponsorizzazioni in uno con le altre forme specifiche di partenariato. Ciò che rileva, in effetti, è che la disciplina codicistica si sia occupata principalmente dei lavori riferentesi ai beni culturali, dedicandosi invece ai servizi riferibili agli stessi solo nei limiti delle formule di partenariato pubblico privato di cui all'articolo 151. Infatti, sebbene la disciplina non contempra direttamente l'istituzione di enti terzi dotati di una propria soggettività, sia in ogni caso previsto a guisa di norma di chiusura che *“per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo può attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato”*. Per questioni di continenza rispetto alla presente trattazione, non si può approfondire la questione se tra le forme di compartecipazione in partenariato vi possa essere anche l'istituzione di enti terzi i cui compiti possano essere quelli di erogazione del servizio pubblico culturale. Preme solo sottolineare come il dato normativo di per sé non escluda affatto l'ammissibilità della costituzione di società partecipate che si pongano quale obiettivo istituzionale il perseguimento delle finalità

noti. È infatti *ius receptus* che lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali possano stipulare accordi⁸⁶⁹ per definire strategie ed obiettivi di valorizzazione del patrimonio culturale relativamente a beni di pertinenza pubblica⁸⁷⁰ ovvero beni di proprietà privata purché in questo caso con il consenso del privato proprietario⁸⁷¹. Anzi, gli enti pubblici territoriali, a partire dallo Stato, possono creare appositi soggetti giuridici per

enumerare ed ora ricordate nell'articolo 151, comma III, del Codice dei contratti pubblici. Anzi, si può dire che il legislatore abbia rispetto a questi possibili soggetti posto delle ben precise indicazioni quanto alla disciplina applicabile e finalità perseguite. Essendo tuttavia società partecipate non si può dimenticare che rispetto a queste ultime dovrà trovare applicazione la disciplina ad esse riferibile ed, in particolare, il testo unico d.lgs. n. 175/2016, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, scontando così i limiti ulteriori quanto a finalità perseguita di cui al relativo articolo 4 e gli oneri di motivazione aggravata imposti dal successivo articolo 5. Per una panoramica dell'evoluzione degli appalti in tema di beni culturali, cfr. S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, nonché, più recentemente S. BERTUZZI – P. BORIONI – G. COTTARELLI, *Appalti pubblici e beni culturali*, Milano, 2007, M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010. Utile inoltre la ricostruzione sistematica operata da A. MIGNOZZI, *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, Napoli, 2018, ove l'Autrice, dopo un inquadramento sistematico della frammentaria legislazione in tema di beni culturali con la precipua finalità di delinearne uno statuto giuridico quanto più possibile preciso, si sofferma sulle modalità gestorie dei beni stessi, senza tralasciare le formule anche di diritto privato che nel tempo sono andate ad essere sviluppate.

⁸⁶⁹ Nel silenzio della norma di deve, peraltro, ritenere ammissibile che a tali accordi possano accedere a valle anche soggetti privati la cui opera si presenti come sinergica rispetto alla valorizzazione che pertiene più propriamente all'attività di diritto pubblico delle P.A. La formulazione, peraltro, non esclude che gli attori istituzionali che accedono a questo tipo di accordi non possano essere anche enti pubblici non territoriali. Ciò che pare invero contare ai fini dell'inquadramento giuridico di questo tipo di patti, è che essi siano partecipati da almeno un ente pubblico territoriale, che avrà un ruolo di guida all'interno del disposto dei paciscenti.

⁸⁷⁰ Il concetto di pertinenza non coincide del tutto con la nozione di proprietà intesa *tout court*. Si può allora fondatamente sostenere come questi beni cui fa riferimento l'art. 121 d.lgs. n. 42/2004 possano essere anche quelli afferenti a collezioni o compendi di rilevanza pubblica che pur non sono direttamente ascrivibili quanto diritto dominicale alla titolarità pubblica. Una siffatta interpretazione della disposizione di legge appare, peraltro, maggiormente conforme alla *ratio* che il legislatore voleva impressa allo strumento in analisi, mutuato dalle convenzioni di diritto pubblico al fine di garantire il coordinamento tra le diverse istanze territoriali che possano venire ad essere fatte convergere rispetto a singoli beni individualmente considerati quali veicoli per l'erogazione del servizio pubblico culturale.

⁸⁷¹ Il referente normativo in questo caso è l'art. 112 d.lgs. n. 42/2004.

l'elaborazione e lo sviluppo di questi piani⁸⁷². E, a questi soggetti, possono partecipare privati proprietari di beni culturali suscettibili di essere oggetto di valorizzazione, nonché persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione, a condizione che l'intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto⁸⁷³. Il problema, semmai, concerne il fatto che soggetti di questo tipo possano passare dalla elaborazione teorica di piani per la valorizzazione dei beni culturali all'azione diretta di erogazione del servizio pubblico culturale. In altri termini, vi è questione se questi soggetti giuridici possano esercitare attività amministrativa attiva⁸⁷⁴ ovvero se la relativa azione si debba arrestare all'attività

⁸⁷² Si vedrà nel prosieguo come giungere a giustificare in una prospettiva evolutiva della disciplina di diritto la sussistenza di tali soggetti giuridici a partire dalla necessità che vi sia un rispetto del vincolo teleologico funzionale che deve restare impresso nell'azione della pubblica amministrazione a prescindere dalla tipologia di veste istituzionale attraverso la quale questa propone la propria azione.

⁸⁷³ Come si vedrà, in questo caso il presupposto della partecipazione all'attività programmatica da parte di enti privi di scopo di lucro deriva dalla circostanza che attraverso questi enti vi è il perseguimento di finalità di interesse generale legalmente riconosciute come meritevoli di favorevole apprezzamento da parte del legislatore. E per tale ragione accessiva di regimi di favore normativo nella compartecipazione alla gestione della cosa pubblica specialmente riferibile all'attività di questi soggetti di diritto. In punto di diritto privato generale quanto alle finalità di questi enti, cfr. C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, specie pag. 110 e ss. ove si specifica di come la finalità degli enti non profit è radicalmente diversa da quella propria dei soggetti lucrativi disciplinati al di fuori del libro I del Codice civile. Quanto alla neointrodotta riforma del terzo settore, una prima analisi è stata offerta da M. LONGONI (a cura di), *La riforma del Terzo Settore: il nuovo codice del no profit*, Milano, 2018, utile per una introduzione dal taglio marcatamente tecnico ed operativo quanto alle principali vicende che interessano gli enti del terzo settore anche in rapporto con la pubblica amministrazione.

⁸⁷⁴ Divenendo quindi essi stessi formule di compartecipazione del soggetto privato all'azione dei pubblici poteri, sul duplice presupposto che un cittadino che partecipa alla gestione della cosa pubblica sia innanzitutto più orientato all'esecuzione spontanea del precetto impartito dalla P.A. Al contempo, questa visione della pubblica amministrazione ha avuto nel tempo una elaborazione teorica dovuta principalmente all'opera di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Padova, 1994, ove l'Autore indica proprio quale nuova frontiera dell'azione dei pubblici poteri le varieguate formule di cogestione dell'interesse pubblico. In questo senso, proprio nel settore dei beni culturali si può arrivare all'intersezione sinergica dell'interesse pubblico del quale si fa eziologicamente portatrice la pubblica amministrazione e quegli interessi collettivi che potrebbero variamente essere apolidi in quanto inerenti direttamente ciascun cittadino e nessuno in particolare che, agglutinati in corpi sociali intermedi quali gli enti

programmatoria di contorno. Utile a comprendere cosa intenda il disegno legislativo, il comma IX dell'art. 112, d.lgs. n. 42/2004⁸⁷⁵, ove si afferma la possibilità per gli enti

del terzo settore, trovano la propria via di sfogo verso un'azione amministrativa che risponda alle esigenze della popolazione attraverso la condivisione degli obiettivi e delle finalità.

⁸⁷⁵ Art. 112. Valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica

“Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali assicurano la valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi indicati all'articolo 101, nel rispetto dei principi fondamentali fissati dal presente codice. Nel rispetto dei principi richiamati al comma 1, la legislazione regionale disciplina le funzioni e le attività di valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura non appartenenti allo Stato o dei quali lo Stato abbia trasferito la disponibilità sulla base della normativa vigente.

La valorizzazione dei beni culturali pubblici al di fuori degli istituti e dei luoghi di cui all'articolo 101 è assicurata, secondo le disposizioni del presente Titolo, compatibilmente con lo svolgimento degli scopi istituzionali cui detti beni sono destinati.

Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali stipulano accordi per definire strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione, nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale e i programmi, relativamente ai beni culturali di pertinenza pubblica. Gli accordi possono essere conclusi su base regionale o subregionale, in rapporto ad ambiti territoriali definiti, e promuovono altresì l'integrazione, nel processo di valorizzazione concordato, delle infrastrutture e dei settori produttivi collegati. Gli accordi medesimi possono riguardare anche beni di proprietà privata, previo consenso degli interessati. Lo Stato stipula gli accordi per il tramite del Ministero, che opera direttamente ovvero d'intesa con le altre amministrazioni statali eventualmente competenti.

Lo Stato, per il tramite del Ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono costituire, nel rispetto delle vigenti disposizioni, appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani di cui al comma 4.

In assenza degli accordi di cui al comma 4, ciascun soggetto pubblico è tenuto a garantire la valorizzazione dei beni di cui ha comunque la disponibilità.

Con decreto del Ministro sono definiti modalità e criteri in base ai quali il Ministero costituisce i soggetti giuridici indicati al comma 5 o vi partecipa.

Ai soggetti di cui al comma 5 possono partecipare privati proprietari di beni culturali suscettibili di essere oggetto di valorizzazione, nonché persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione, a condizione che l'intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto.

Anche indipendentemente dagli accordi di cui al comma 4, possono essere stipulati accordi tra lo Stato, per il tramite del Ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni, gli altri enti pubblici territoriali e i privati interessati, per regolare servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali. Con gli accordi medesimi possono essere anche istituite forme

territoriali ed i privati interessati di stipulare di accordi preordinati alla gestione dei servizi strumentali alla valorizzazione del patrimonio culturale, a tal fine costituendo anche formule consortili con lo scopo di gestire uffici comuni. Non pare, in termini, potersi dedurre un'attività gestoria diretta del patrimonio storico-artistico per il tramite dei soggetti istituiti per l'attuazione di questi particolari tipi di accordi⁸⁷⁶. Un tanto specie a mente del fatto che la valorizzazione del patrimonio privato avviene con specifici patti da stipularsi con il proprietario cui viene dato il sostegno da parte della mano pubblica.

Ed, infatti, la gestione del patrimonio culturale, cui è dedicato l'art. 115 del d.lgs. n. 42/2004⁸⁷⁷, specifica che la valorizzazione dello stesso patrimonio possa avvenire

consortili non imprenditoriali per la gestione di uffici comuni. Per le stesse finalità di cui al primo periodo, ulteriori accordi possono essere stipulati dal Ministero, dalle regioni, dagli altri enti pubblici territoriali, da ogni altro ente pubblico nonché dai soggetti costituiti ai sensi del comma 5, con le associazioni culturali o di volontariato, dotate di adeguati requisiti, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali. All'attuazione del presente comma si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

⁸⁷⁶ Ecco quindi che in tal senso possono in definitiva apparire sinergici gli accordi di partenariato pubblico privato che possono venire ad essere stipulati invece sulla base del d.lgs. n. 50/2016, art. 151, ove come detto si delinea una disciplina residuale volutamente vaga ma allo stesso tempo omnicomprensiva. Cfr. L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, pag. 1239 e ss.

⁸⁷⁷ Art. 115. Forme di gestione

“Le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in forma diretta o indiretta.

La gestione diretta è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico. Le amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica.

La gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti. I privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'articolo 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione.

Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali. La scelta tra le due forme di gestione indicate ai

alternativamente in via diretta ovvero in via indiretta. In questo secondo caso la gestione può essere anche congiunta, ovvero si svolgerà attraverso soggetti giuridici costituiti ai sensi del precedente art. 112. Con ciò dimostrando che, qualora si opti per una esternalizzazione nell'erogazione del servizio pubblico culturale, ciò possa avvenire pure attraverso enti di natura frammentata che da meri soggetti programmatori di una gestione integrata del patrimonio culturale, si possono fare attori protagonisti della sua

commi 2 e 3 è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti. La gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 114.

Le amministrazioni cui i beni pertengono e, ove conferitari dei beni, i soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, regolano i rapporti con i concessionari delle attività di valorizzazione mediante contratto di servizio, nel quale sono determinati, tra l'altro, i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i relativi tempi di attuazione, i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti. Nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene.

Nel caso in cui la concessione a terzi delle attività di valorizzazione sia attuata dai soggetti giuridici di cui all'articolo 112, comma 5, in quanto conferitari dei beni oggetto della valorizzazione, la vigilanza sul rapporto concessorio è esercitata anche dalle amministrazioni cui i beni pertengono. L'inadempimento, da parte del concessionario, degli obblighi derivanti dalla concessione e dal contratto di servizio, oltre alle conseguenze convenzionalmente stabilite, determina anche, a richiesta delle amministrazioni cui i beni pertengono, la risoluzione del rapporto concessorio e la cessazione, senza indennizzo, degli effetti del conferimento in uso dei beni.

(comma così modificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 156 del 2006)

Le amministrazioni possono partecipare al patrimonio dei soggetti di cui all'articolo 112, comma 5, anche con il conferimento in uso dei beni culturali che ad esse pertengono e che siano oggetto della valorizzazione. Al di fuori dell'ipotesi prevista al comma 6, gli effetti del conferimento si esauriscono, senza indennizzo, in tutti i casi di cessazione dalla partecipazione ai soggetti di cui al primo periodo o di estinzione dei medesimi. I beni conferiti in uso non sono assoggettati a garanzia patrimoniale specifica se non in ragione del loro controvalore economico.

Alla concessione delle attività di valorizzazione può essere collegata la concessione in uso degli spazi necessari all'esercizio delle attività medesime, previamente individuati nel capitolato d'onere. La concessione in uso perde efficacia, senza indennizzo, in qualsiasi caso di cessazione della concessione delle attività.

Alle funzioni ed ai compiti derivanti dalle disposizioni del presente articolo il Ministero provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

valorizzazione⁸⁷⁸. Il limite intrinseco di questa ricostruzione normativa risiederebbe allora nella circostanza per cui l'abbrivio nella costituzione di questi soggetti giuridici debba aversi per mano di enti territoriali, cui l'art. 112 fa riferimento esclusivo nell'enumerazione dei soggetti abilitati alla stipula degli accordi cui accedono gli enti giuridici che a valle si occupano della relativa attuazione⁸⁷⁹.

Quanto invece alla scelta della P.A. di accedere ad una forma di gestione piuttosto che l'altra, occorre ricordare che, come detto nel citato articolo 115, la scelta tra le due diverse metodologie di valorizzazione viene attuata mediante una valutazione comparativa in ordine ai risultati attesi come conseguenza della relativa scelta. Vale a dire che vi è l'esercizio di una discrezionalità amministrativa propria legalmente riconosciuta a monte delle interpretazioni operative attinenti alla gestione del patrimonio culturale. E ciò si converte, nei fatti, nell'esercizio di una discrezionalità particolarmente ampia riferibile alla scelta di esternalizzare o meno un servizio che si è visto deve comunque essere reso attraverso l'inscindibile legame che riconnette organicamente tutela e valorizzazione⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ Fermo il fatto che resta aperta la questione della tutela, ragione per cui non si comprende dal disposto normativo se a tali soggetti possa essere in definitiva delegata anche questa funzione.

⁸⁷⁹ Parrebbe allora risultare esclusa tanto l'iniziativa privata diretta quanto la possibilità di stipulare questi accordi da parte di enti pubblici non territoriali.

⁸⁸⁰ Sul sindacato conseguente alle diverse tipologie di discrezionalità si è appuntata nel tempo la più autorevole dottrina, distinguendo un sindacato di tipo "forte" dalla sua specie di tipo "debole". Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939. Più di recente, il dibattito ha visto ulteriori interventi autorevoli, specie da parte di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, nonché la voce *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, pp. 6179 ss. Inoltre, giova rimarcare come l'intima interconnessione tra esercizio del potere discrezionale e funzione amministrativa propriamente intesa si è soffermato F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana – Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, pagg. 176 ss. e 222 ss. Sul tema cfr. pure A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, in particolare, pagg. 574 ss. Ove si formula per la prima volta la distinzione tra accertamento tecnico, ripercorribile nella sua interezza secondo canoni obbiettivi da parte del giudice, rispetto alla discrezionalità tecnica, invece per sua natura opinabile una volta esercitata. Di conseguenza, altra parte della dottrina, ed in particolare G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di Diritto Amministrativo per il corso specialistico*, Napoli, 2012, ha prospettato come la valutazione tra diverse soluzioni tecniche tutte ugualmente plausibili comporterebbe per il giudice lo sconfinamento nella discrezionalità pura, come tale

Il dato che è bene rilevare da questo novero di disposizioni normative è la circostanza per cui sussiste effettivamente a livello legislativo una opzione di condivisione della gestione del patrimonio culturale con innesti tra pubblico e privato che, sinergicamente, contemperano gli interessi pubblici e collettivi dei quali si fanno portatori nella erogazione di quello che può a buon conto essere definito come un vero e proprio servizio pubblico. La scelta concreta circa la via da percorrere per il conseguimento di tale finalità, come si anticipava, è eminentemente discrezionale, concernendo valutazioni che possono a buon conto definirsi come propriamente amministrative⁸⁸¹. In relazione ad un tanto, allora, si dovrà riconoscere come anche nel caso in cui si faccia questione dell'istituzione di un ente del terzo settore si dovrà predicare lo stesso grado di discrezionalità che si andrebbe a riconoscere alla pubblica amministrazione qualora decidesse di procedere all'esercizio in via indiretta con modalità frammista del servizio pubblico culturale⁸⁸². Semmai, in quest'ottica, la previsione della possibile istituzione di soggetti partecipati, non trova diretta limitazione quanto alla tipologia degli enti attraverso i quali il servizio in parola possa essere reso. Infatti, solo l'art. 112 specifica come gli enti creati per l'attuazione dei

censurabile sotto il profilo della legittimità ed in punto di doverosa separazione dei poteri tra i plessi dello stato.

⁸⁸¹ Per un inquadramento generale della problematica inerente all'esercizio della discrezionalità amministrativa, cfr., oltre alla bibliografia di cui alla nota che precede, G. COFRANCESCO – F. BORASI, *Le figure della discrezionalità amministrativa*, Torino, 2012, in particolare alle pag. 181 e ss. ove gli Autori si concentrano sul settore dei servizi pubblici locali definiti quale terreno d'elezione per l'esercizio di potere amministrativo discrezionale e caratterizzati per un suo esercizio di tipo intrinsecamente frammisto in quanto posto a mezza via tra discrezionalità di tipo tecnico-scientifico e discrezionalità amministrativa pura, anche con riferimento all'attività pianificatoria generale del tipo di servizio che viene in concreto erogato in via diretta o indiretta da parte della pubblica amministrazione.

⁸⁸² Anzi, probabilmente è più corretto affermare che l'istituzione di un ente del terzo settore a natura mista pubblico-privata sia essa stessa una scelta in ordine alle modalità di gestione indiretta del patrimonio culturale pubblico. Come si intuisce già in questo passo della trattazione, infatti, la creazione di un ETS rappresenta una vera e propria scelta gestionale per la pubblica amministrazione e, in via diretta, pure per il soggetto privato che può conferire nel nuovo soggetto giuridico tanto beni culturali di sua spettanza quanto competenze specifiche maturate all'interno del settore di riferimento, creando così significative sinergie operative.

programmi di valorizzazione del patrimonio culturale debbono avere forma consortile⁸⁸³. Ne si può quindi dedurre che, viceversa, in caso di soggetti framministri delegati dall'ente pubblico titolare del compendio culturale all'erogazione del relativo servizio pubblico, si possa dare accesso a qualsiasi formula di compartecipazione⁸⁸⁴. Con l'unico limite, ben evidente, del rispetto del vincolo teleologico immanente che è impresso in maniera immanente al patrimonio culturale nel rispetto del nesso eziologico che lo lega alla comunità di riferimento. Il quale, a sua volta, dalla tutela si espande senza soluzione di continuità verso la valorizzazione.

⁸⁸³ In disparte la circostanza per cui è comunque intrinsecamente opinabile e non risolvibile in maniera esegetica netta la circostanza per cui questo richiamo a tale tipologia di enti debba intendersi tassativo o lasciata aperta la strada al riconoscimento di diversi soggetti che possano porre in essere la propria azione nell'ambito dell'attività programmatica frammistra tra pubblico e privato. Pare doversi ritenere, ad una analisi comparata di questa norma rispetto all'art. 115, come l'indicazione ivi contenuta rivesta i caratteri della tassatività. Ove il legislatore ha, infatti, voluto tenere libera la via alla possibilità che le formule gestionali veicolate attraverso soggetti appositamente costituiti fosse sostanzialmente libera per la pubblica amministrazione, infatti, non ha specificato alcunché in ordine alla natura e tipologia degli enti stessi. L'indicazione della tipologia dell'ente consortile, di converso, fa allora propendere per ritenere che questo tipo di interazione tra pubblico e privato nella generazione di programmi di valorizzazione debba ritenersi tassativa. A dire che non potrebbero essere partecipati per via pubblica altri tipi di enti diversi da quelli consortili per lo svolgimento delle funzioni specificamente enumerate dalle norme. Invero, come sottolineato dalla giurisprudenza, la società consortile "*è sempre e soltanto uno strumento operativo ma le sue operazioni ... sono operazioni proprie delle consociate che la hanno costituita*", Corte di Cassazione civile, sez. Tributaria, 2 novembre 2001, n. 13582, cit. Va, inoltre, ricordato come la Corte di Cassazione, sez. I, 27 novembre 2003, n. 18113, ha anche ritenuto che il modello consortile, quale centro di imputazione dei vari soggetti che fanno parte dell'ente, può consentire la deroga rispetto alla disciplina generale in tema di società, salvo il rispetto di quelle norme che ne fissano gli aspetti fondamentali.

⁸⁸⁴ Ciò ove si ricorra agli strumenti di valorizzazione esterni rispetto al disposto del Codice Urbani.

.II. L'esternalizzazione attraverso la creazione di enti del terzo settore: la fondazione nel diritto comune e le sue peculiarità.

Appurato che una delle modalità con le quali in concreto può essere erogato il servizio pubblico culturale è quella di una sua esternalizzazione intermedia⁸⁸⁵ attraverso la costituzione di soggetti giuridici terzi a compartecipazione pubblico-privata, occorre ora porre attenzione alle peculiarità che la costituzione di questi soggetti giuridici può venire assumendo. Si è infatti visto al capitolo che precede come l'esclusione delle amministrazioni di cui al d.lgs. n. 165/2001 non comporta *ex se* che questi stessi enti, e più in generale le pubbliche amministrazioni complessivamente considerate⁸⁸⁶, possano partecipare all'interno di un ente del terzo settore, specie in forma minoritaria. Né, di converso, si può escludere che l'ETS, una volta partecipato, non possa essere qualificato come amministrazione in senso sostanziale, specie per quanto attiene all'applicazione di peculiari istituti riservati alla P.A. Che divengano implementabili a maggior ragione ove l'ente del terzo settore sia imputato dell'erogazione del servizio pubblico culturale. Un tanto premesso, innanzitutto si parte dalla formula giuridica soggettiva che più di ogni altra trova il proprio terreno d'elezione nell'ambito dei beni culturali, ovvero sia la fondazione⁸⁸⁷. L'istituto giuridico in parola, nello specifico, si caratterizza infatti per essere

⁸⁸⁵ Si usa il termine nel senso da definire la modalità di esternalizzazione a mezza via tra la gestione diretta da parte dell'ente pubblico e la concessione *in toto* verso un soggetto privato terzo. Già da tempo, peraltro, la dottrina è consapevole di questa forma mediata di esercizio del servizio culturale (seppur non avendo in tempo più risalente ancora piena consapevolezza della circostanza che di servizio pubblico vero e proprio si trattasse). Cfr. R. GROSSI, *L'esperienza delle istituzioni per la gestione dei servizi culturali degli enti locali*, in *Aedon*, 2/1998.

⁸⁸⁶ Anzi, a maggior ragione in caso di amministrazioni escluse dal novero elencato queste possono venire ad essere anche direttamente considerate quali enti del terzo settore.

⁸⁸⁷ Non a caso questo peculiare strumento giuridico è stato ritenuto dal legislatore nel tempo maggiormente confacente alla gestione dei beni culturali, più in generale, dei luoghi di cultura. Si pensi, ad esempio, alle fondazioni lirico-sinfoniche ovvero alle fondazioni come La Fenice di Venezia. In quest'ottica l'ente fondativo ha rappresentato la migliore risposta anche in un'ottica proattiva di creazione della cultura, non solo di valorizzazione e conservazione del patrimonio già esistente. Per avere una immagine di come questi enti siano utilizzati nella valorizzazione del patrimonio culturale, si può ad esempio andare ad esaminare la delibera del Consiglio comunale di Torino, 8 luglio 2002, con la quale si è data costituzione della Fondazione

un patrimonio cui è impressa una destinazione finalistica, ovverosia un compendio di beni la cui caratteristica è l'essere destinato al perseguimento di scopi che costituiscono la ragion d'essere dell'ente stesso⁸⁸⁸.

Solo avendo a mente la disciplina generale disegnata dal legislatore del 1942, e successivamente rivista⁸⁸⁹ – seppur in maniera marginale –, si potrà affrontare il tema specificamente oggetto del presente studio con il dovuto grado di approfondimento. Di contro, avendo compreso la disciplina di diritto comune, si potrà apprezzare a fondo, per identità e differenza, quelle che sono le peculiarità degli enti del terzo settore che possono venire ad essere composti attraverso il conferimento congiunto di beni ed esperienze pubbliche e private.

Il carattere distintivo della fondazione rispetto agli enti associativi è costituito anzitutto dal fatto che la prima deriva dall'istituzione di un patrimonio vincolato teleologicamente⁸⁹⁰, laddove i secondi sono contratti associativi di scopo. Nella *“fondazione si è, infatti, in presenza di una massa patrimoniale destinata al raggiungimento di una finalità non individuale. E tale finalità non può di norma essere modificata in base al semplice volere degli organi interni, nei quali è concentrato il potere deliberante: in ogni caso, affinché*

Torino Musei, approvando contemporaneamente la partecipazione al relativo fondo di dotazione e lo statuto ad essa afferente.

⁸⁸⁸ Nell'ambito della materia oggetto del presente studio, si ricorda P. CARPENTIERI, *Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali*, in *Aedon*, 3/2018, nonché E. BELLEZZA – F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, Firenze, 1998 e, sulla specifica natura di questa categoria di enti, G. ALBENZIO, *La natura degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate secondo la l. n. 800/1967* (nota a Corte di Cassazione 2 marzo 1987, n. 2185), in *Foro italiano*, 1987.

⁸⁸⁹ Peraltro, non sono mancate negli anni proposte di revisione della disciplina codicistica. Cfr. G. VISINTINI, *Presentazione del progetto di revisione del I libro titolo II del codice civile*, in G. VISINTINI (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2003.

⁸⁹⁰ Utili spunti di riflessione sul tema si rinvengono in F. BANDIERAMONTE, *Enti no profit, fondazioni e patrimoni destinati allo scopo non lucrativo*, Milano, 2011, ove l'Autore si concentra in particolare sulla caratteristica di impronta a vincolo di scopo dei patrimoni afferenti agli enti non for profit in generale ed alle fondazioni di diritto comune in particolare, che diviene così elemento distintivo di questa tipologia di enti rispetto alla generalità dei soggetti giuridici istituzionali previsti dal Codice civile quanto dalla legislazione speciale.

ciò si verifichi, è necessario un successivo controllo amministrativo. La mancanza di un organismo assembleare – inderogabilmente presente nella figura associativa – attribuisce all'autorità pubblica il compito di vigilare sulla corretta destinazione della massa patrimoniale al raggiungimento delle finalità statutarie⁸⁹¹. Secondo parte della dottrina⁸⁹², la categoria di enti in parola si caratterizzerebbe ulteriormente per il fatto di porsi al di fuori del novero degli strumenti di mercato, quantomeno nell'ottica del diritto civile⁸⁹³. Sennonché, come pare tuttavia evidente, un patrimonio vincolato non persegue le

⁸⁹¹ G. PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie come enti non profit: problemi e prospettive*, in G. SALA – G. MERUZZI (a cura di), *Le fondazioni di origine bancaria verso l'autoriforma*, Bologna, 2016. L'Autore sottolinea in particolare come la significativa pervasività dei controlli esterni sugli enti associativi è proprio derivante dalla circostanza che la mancanza di un organo di autocontrollo interno, in uno con la connaturata rilevanza esterna della relativa attività, rischiano di portare a cortocircuiti non consentiti dal sistema giuridico. Ed un tanto, a sua volta, sarebbe indice di un rilevante interesse pubblico nell'attività delle fondazioni di diritto privato. Cfr. anche A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, secondo il quale, proprio in virtù degli interessi pubblicistici che ammantano gli enti in parola, non sarebbero ammissibili le c.d. fondazioni di fatto, ovverosia gli enti fondativi non riconosciuti e non registrati.

⁸⁹² S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011., pag. 57 e ss. L'Autore pone peraltro in luce la circostanza che la scarsa disciplina codicistica dello strumento abbia portato nel tempo ad una rielaborazione dottrinarie e giurisprudenziale che è andata a sopperire alle lacune normative. Ciò, tuttavia, ha causato ad un vero e proprio "riesame della figura" che ha portato a "torsioni" del disposto normativo. Ed un tanto avrebbe in realtà comportato l'impossibilità attuale di ricondurre la fondazione ad una tipologia giuridica unitaria: esisterebbero, a seguito dell'opera di dottrina e giurisprudenza, diversi modelli che tuttavia sfuggono ad una tipizzazione unitaria del fenomeno, che dovrebbe pertanto essere analizzato suddividendo in diverse tipologie la fenomenologia delle fondazioni. Cfr., tra gli altri, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, pag. 298 e ss.

⁸⁹³ Ragione di un tanto la caratteristica per cui le fondazioni non si pongono quali enti produttori di beni o servizi con finalità lucrative. La differenza rispetto ad enti che non possono distribuire utili, come ad esempio gli enti cooperativi a mutualità prevalente, risiede nel fatto che questa ultima tipologia di soggetti giuridici è comunque preordinata alla produzione di beni e servizi con finalità di produrre un guadagno da questa attività. Le fondazioni, invece, pur potendo come si vedrà divenire esse stesse delle erogatrici di un pubblico servizio, non sono preordinate al lucro soggettivo od oggettivo benché, come si è visto nel capitolo che precede, il Codice del terzo settore si periti anche per queste ultime di imporre un divieto generalizzato alla distribuzione di utili sotto qualsiasi forma. Lo scopo istituzionale di questi enti, dunque, non è mutualistico, bensì di destinazione specifica del patrimonio che ne costituisce l'elemento caratterizzante verso finalità di utilità collettiva riconosciute come tali meritevoli dall'ordinamento. E, financo a seguito del d.lgs. n.

finalità prefigurate se non attraverso l'operato di uomini che, nel rispetto del vincolo finalistico impresso sui beni, li organizzino in vista degli obiettivi ai quali sono stati destinati⁸⁹⁴. Si affievolisce così la linea di demarcazione tra la fondazione e i diversi tipi associativi che si possono rinvenire nell'ordinamento. Permane tuttavia quale elemento peculiare della fondazione la relativa genesi, rispetto agli aspetti più strettamente funzionali. Invero gli enti fondativi trovano la loro genesi in un atto dispositivo unilaterale⁸⁹⁵, laddove soggetti giuridici diversi nascono da un contratto⁸⁹⁶. Inoltre, il fondatore non partecipa solitamente all'attività della fondazione⁸⁹⁷, laddove invece è peculiarità dei soggetti associativi la collaborazione dei contraenti, che mettono a disposizione risorse personali di carattere materiale ovvero immateriale⁸⁹⁸ per il raggiungimento di obiettivi comuni attraverso il soggetto giuridico di nuova creazione. Anche la giurisprudenza, in tal senso, ha avuto modo di sottolineare, per identità e

117/2017, formalmente istituzionalizzate. Cfr. in tema di società cooperative nel Codice civile G. PRESTI (a cura di), *Società cooperative. Artt. 2511-2548*, Milano, 2006, ove si compone un commentario degli articoli più rilevanti in tema di società cooperative con particolare attenzione alle disposizioni in tema di mutualità prevalente ed al relativo regime giuridico.

⁸⁹⁴ Anche nella fondazione, in altre parole, vi è l'organizzazione di uomini e mezzi preordinata al perseguimento di uno scopo ideale posto ad obiettivo dell'ente giuridico nella sua vita sociale. Lo scopo, tuttavia, ha carattere lucrativo, a differenza degli enti con tale finalità. Ciò sebbene in dottrina si sia criticata la sottrazione di larga parte dell'attività commerciale che può essere svolta dalle fondazioni alla disciplina ad essa afferente, cfr. G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, 2010, specie pag. 127.

⁸⁹⁵ Così F. GALGANO, *op cit.*, pag. 253.

⁸⁹⁶ Questo aspetto, peraltro, pare permanere intatto anche laddove si faccia questione di una fondazione costituita congiuntamente da diversi soggetti giuridici. Anche in questo caso, infatti, pare trovarsi piuttosto che di fronte ad un contratto, innanzi ad una sommatoria di atti dispositivi unilaterali che, gli uni con gli altri, vengono ad una creazione simultanea del patrimonio destinato che costituisce la fondazione.

⁸⁹⁷ In questo, invece, si delinea una differenza degli enti del terzo settore. Infatti, come si avrà modo di specificare nel prosieguo, le fondazioni del terzo settore si caratterizzano operativamente per perseguire lo scopo cui sono preordinate istituzionalmente nel rispetto delle indicazioni che vengono impartite dalla pubblica amministrazione conferente attraverso gli organi sociali che gestiscono il patrimonio destinato. Non si tratta infatti di un ente a destinazione definitiva come la fondazione creata per lascito testamentario, bensì di un soggetto vivo che evolutivamente persegue degli interessi collettivi.

⁸⁹⁸ I conferimenti possono essere in beni o denaro, laddove la messa a disposizione di beni di natura immateriale si ha principalmente quando si conferisce *know how* ovvero lavoro.

differenza, come la creazione di un'associazione presuppone l'esistenza di un contratto plurilaterale, caratterizzato dal perseguimento di uno scopo comune – *recte* dallo svolgimento in comune di una determinata attività⁸⁹⁹.

Passando quindi all'analisi della disciplina codicistica, anzitutto l'art. 14 del Codice civile prevede che la fondazione sia istituita per atto pubblico, revocabile fin tanto che non sia intervenuto l'inizio delle attività del soggetto giuridico ovvero non ne sia avvenuto il riconoscimento da parte della pubblica autorità⁹⁰⁰. L'atto costitutivo deve contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le regole di funzionamento ed amministrazione interna, oltre alla eventuale disciplina dell'estinzione o della trasformazione. In particolare, il riconoscimento⁹⁰¹ delle fondazioni risulta disciplinato dal d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, ove si prevede che le istituzioni acquisiscano personalità giuridica nel momento dell'iscrizione al registro delle persone giuridiche tenuto presso la prefettura⁹⁰². Ai fini della predetta iscrizione, la norma prevede espressamente che lo scopo debba essere possibile e lecito, e che il patrimonio sia adeguato alla sua realizzazione⁹⁰³. Proprio sotto il profilo dell'adeguatezza si riscontra dunque

⁸⁹⁹ Corte di Cassazione civile, sez. I, 26 luglio 2007, n. 16600.

⁹⁰⁰ Art. 15 Codice civile.

⁹⁰¹ Anche le modificazioni dell'atto costitutivo sono soggette al medesimo regime di pubblicità.

⁹⁰² Quanto al medesimo incombente previsto per gli enti del terzo settore, consistente nell'obbligo di registrazione presso appunto il registro del terzo settore, la norma non specifica che l'acquisto della personalità giuridica dell'ente avviene con l'iscrizione. Ne si deduce, ai fini che interessano la presente trattazione, di come l'incombente previsto all'art. 11, d.lgs. n. 117/2017, non sia previsto ai fini dell'acquisto della personalità giuridica da parte degli ETS, bensì sia una garanzia, nei termini che si sono illustrati al capitolo che precede, di pubblicità ed allo stesso tempo di verifica della rispondenza con le finalità imposte a livello legislativo.

⁹⁰³ Questa caratteristica, come si è avuto modo di specificare nel capitolo che precede, è comune agli enti del terzo settore che devono essere dotati di un patrimonio sufficientemente ampio da consentire il raggiungimento delle finalità di interesse generale che costituiscono l'obiettivo istituzionale degli enti. Nel caso di conferimento di beni culturali, a maggior ragione, la valutazione verrà a rivestire il compendio di corredo rispetto ai beni conferiti in principalità con valutazione di adeguatezza dello stesso. Viene meno invece la verifica di liceità dello scopo, che essendo prefissata dal legislatore, che in buona sostanza viene così a eterodeterminare la vita sociale di questa categoria di enti, assorbe nel disposto normativo tutta la valutazione in ordine alla meritevolezza e liceità delle finalità perseguire dal soggetto giuridico in esame.

l'esercizio di attività valutativa da parte dei pubblici uffici⁹⁰⁴. Infatti, se la prefettura ravvisa ragioni ostative al riconoscimento le comunica all'ente il quale ha un termine di trenta giorni per presentare le proprie deduzioni attraverso memorie e documenti; se, a questo punto, entro il termine di trenta giorni ulteriori non si ha risposta, il riconoscimento si intende negato⁹⁰⁵. La pervasività della funzione amministrativa in questa fase si misura tuttavia anche attraverso la previsione di poteri sostitutivi in capo al prefetto qualora si tratti di una fondazione istituita per testamento in caso di immotivata inerzia da parte del soggetto onerato⁹⁰⁶. Del pari, può essere disposta d'ufficio⁹⁰⁷ la cancellazione della persona giuridica dal registro qualora questa abbia raggiunto lo scopo ovvero, simmetricamente a quanto avviene in fase di iscrizione, qualora lo scopo sia divenuto impossibile⁹⁰⁸. In questa fase che denota l'esercizio di significativi poteri pubblici, pare non potersi negare la sussistenza di cognizione giurisdizionale da parte dei T.A.R. circa gli atti prefettizi. Invero, l'atto di iscrizione così come il suo diniego, anche attraverso il delineato modello di silenzio-rigetto, concernendo l'esercizio di potestà di natura amministrativa, saranno devoluti alla cognizione giurisdizionale speciale⁹⁰⁹. Nondimeno, successivamente, le eventuali controversie circa la validità o l'efficacia dell'atto costitutivo, dopo che sia intervenuto il provvedimento di riconoscimento della personalità giuridica, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, *“atteso che il negozio di fondazione integra un atto di autonomia privata ce non partecipa della natura del provvedimento amministrativo di*

⁹⁰⁴ Valutazione che, come si è visto, in caso di enti del terzo settore avviene invece in via generalizzata e preventiva da parte del legislatore che ne ha previsto un patrimonio minimo.

⁹⁰⁵ In questo caso il meccanismo del silenzio-rifiuto è analogo a quanto previsto nel Codice del terzo settore per l'iscrizione a registro degli ETS.

⁹⁰⁶ Attraverso quindi l'istituzione della fondazione per atto d'imperio della pubblica autorità. Ciò perché, evidentemente, non vi sono soggetti garanti, in caso di istituzione per via testamentaria, che possano vigilare sulla corretta esecuzione del lascito.

⁹⁰⁷ Ovvero su segnalazione di qualsiasi soggetto interessato, cfr. art. 6, d.P.R. n. 361/2000.

⁹⁰⁸ All'impossibilità pare poter essere equiparato il caso in cui il patrimonio non risulti più idoneo allo scopo. Invero, in tale caso, *ipso facto* è impossibile il raggiungimento degli obiettivi prefigurati dall'ente.

⁹⁰⁹ Caratterizzata dalla valutazione di rispondenza dell'atto sottoposto all'autorità prefettizia rispetto al disposto legislativo ed alla liceità ed adeguatezza complessiva della fondazione rispetto agli scopi che questa si prefigge.

*riconoscimento, ma è regolato in relazione alla sua validità ed efficacia dalle norme privatistiche e genera rapporti di diritto privato e posizioni di diritto soggettivo*⁹¹⁰. Più complessa la questione qualora si faccia questione di una fondazione costituita da un ente pubblico. Sicuramente, in questo caso, infatti, non ci si trova innanzi all'esercizio di una potestà privata autonoma quale è equiparato in via giurisprudenziale l'atto istitutivo dell'ente fondativo. Si tratta in questo caso pur sempre, invero, di esercizio dei pubblici poteri, in cui l'atto istitutivo dovrà essere preceduto da idonee deliberazioni che giustificano l'istituzione del nuovo soggetto giuridico⁹¹¹. Ebbene, pare che questi atti deliberativi saranno soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto atti di gestione del patrimonio culturale pubblico. Non così l'atto che viene a valle, ossia quello istitutivo della fondazione, che non pare direttamente impugnabile in quanto negozio di diritto privato non soggetto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, d.lgs. n. 104/2010⁹¹². Significativo che, invece, il diniego di iscrizione

⁹¹⁰ In termini, Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 12 novembre 2004, n. 3892.

⁹¹¹ Permane, in questi casi, l'onere motivato nelle determinazioni della pubblica amministrazione, stabilito come noto all'art. 3 della l. n. 241/1990. Sul punto, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, in specie pag. 269 e ss. ove si specifica pure la funzione propria della motivazione del provvedimento amministrativo in punto di diritto generale.

⁹¹² Pare trattarsi invero di atto a natura frammista, come tale caratterizzato dalla compresenza di posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo. In casi consimili, come ricorda la giurisprudenza della Corte costituzionale cristallizzata nella famosa sentenza n. 204/004, ove situazioni giuridiche eterogenee siano interconnesse da un inestricabile nodo gordiano, è opzione legislativa legittima la selezione di un plesso giurisdizionale ove concentrare le tutele apprestate. Nel caso degli atti in parola, tuttavia, questa opzione espressa non pare essere stata esercitata a livello normativo, ragione per cui la giurisdizione in tema di diritti soggettivi rimane incardinata presso il giudice ordinario, trattandosi di decisioni inerenti alla costituzione di un soggetto giuridico nel quale viene ad essere utilizzato un potere sostanzialmente *iure privatorum*. Cfr. M.A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, nonché, per un inquadramento su quelli che sono stati i principi sulla base dei quali si è sviluppato il discorso intorno alla giurisdizione amministrativa in tempi anche più risalenti, M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, A.M. SANDULLI, *Collegamenti e consequenzialità tra diritti e interessi e relativa rilevanza ai fini delle competenze giurisdizionali*, in *Giustizia civile*, 1958, nonché F.G. SCOCA, *Interesse legittimo e diritto soggettivo nel riparto delle giurisdizioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989 e R.

dell'ente del terzo settore da parte del registro unico sia atto la cui cognizione risulta essere espressamente riservata al giudice amministrativo, a mente dell'art. 47, comma VI, d.lgs. n. 117/2017. In questo caso pare trovarsi invero innanzi ad una ipotesi di giurisdizione esclusiva extracodicistica⁹¹³, posto che nel procedimento volto all'iscrizione dell'ente giuridico presso il registro nazionale ci si trova innanzi ad un coacervo difficilmente estraibile di posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo⁹¹⁴.

Una volta istituito l'ente, la disciplina codicistica tratteggia con poche disposizioni il funzionamento della fondazione. Anzitutto, i limiti di rappresentanza dei gerenti non sono opponibili ai soggetti terzi se non risultano dal registro di iscrizione, salvo che questi ultimi non ne fossero a conoscenza⁹¹⁵. Una disposizione del tutto analoga è quella presente all'art. 26, comma VII del Codice del terzo settore⁹¹⁶, a dire che la pubblicità sul registro unico ha le medesime finalità dell'iscrizione prefettizia della quale si occupa il Codice civile nel

VILLATA, *Note in tema di discriminazione di competenze giurisdizionali e carenza in concreto di potere*, in *Temì XLVII*, 1971, pag. 241 e ss.

Quanto al rapporto tra atto privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento della stessa, peraltro, utile il rinvio all'ampia disamina effettuata dalla Corte di Cassazione 19 febbraio 1968, n. 654 come successivamente confermata nell'impianto decisionale dalle Sezioni Unite, 10 luglio 1984, n. 4024 in *Foro italiano*, 1985, pag. 521 e ss. ove si rimarca la differenza tra natura privatistica dell'atto di fondazione in sé considerato e la natura eminentemente amministrativa dell'attività di riconoscimento consequenziale. Cfr. sul punto E. BASSI, *Contributo allo studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica*, in *Studi in memoria di G. Zanobini*, I, Milano, 1965, pag. 189 e ss.

⁹¹³ Si deve infatti ricordare come l'art. 133 del Codice del processo amministrativo, nel dettare l'elenco delle materie devolute alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo faccia espressa salvezza di ulteriori ipotesi di legge che possano disciplinare la giurisdizione in tema di interessi legittimi e diritti soggettivi sui quali può essere ammessa la conoscibilità da parte di T.A.R. e Consiglio di Stato.

⁹¹⁴ Significativo che il legislatore riformista, trovandosi innanzi ad una problematica analoga a quella cui ci si confronta nel diritto ordinario, abbia preferito definire in via preventiva i termini del conflitto giurisdizionale affermando la preminenza della cognizione del T.A.R. e del Consiglio di Stato

⁹¹⁵ Art. 19 Codice civile.

⁹¹⁶ A mente del quale “*il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori è generale. Le limitazioni del potere di rappresentanza non sono opponibili ai terzi se non sono iscritte nel Registro unico nazionale del Terzo settore o se non si prova che i terzi ne erano a conoscenza*”. Proprio per tale ragione, il precedente comma VI, impone agli amministratori di procedere alla propria iscrizione nel registro nazionale unico entro i trenta giorni dalla relativa nomina.

dettare la normativa generale in tema di fondazioni. Gli amministratori poi, in base all'art. 18, sono responsabili verso l'ente secondo le norme del mandato, salvo il loro dissenso al compimento dell'atto dannoso ovvero la mancata conoscenza dell'atto medesimo. Nondimeno, non si può parlare di un vero e proprio mandato intercorrente tra la fondazione ed i suoi amministratori ai sensi dell'art. 1703 c.c. Piuttosto, si tratta di un rapporto di immedesimazione organica propria degli enti giuridici: l'ente non può che agire per mezzo dei propri rappresentanti⁹¹⁷. Così, gli effetti dei negozi contratti in nome e per conto della persona giuridica vengono imputati automaticamente a quest'ultima per effetto dell'art. 1388 c.c.⁹¹⁸ nei limiti del mandato conferito all'amministratore⁹¹⁹. Anche nelle fondazioni del terzo settore vi è questo rapporto di immedesimazione organica, alla luce dell'art. 26, comma VIII, del relativo Codice nella misura in cui applica le disposizioni sulla rappresentanza proprie delle associazioni pure agli enti fondativi, nei quali è previsto un organo assembleare con funzioni direttive della relativa vita sociale. Quanto poi al regime di responsabilità l'art. 28 estende ai rappresentati degli enti del terzo settore il significativo compendio normativo riferito agli enti lucrativi, richiamando gli art. 2392 e seguenti del Codice civile, in quanto compatibili con la specifica disciplina degli ETS⁹²⁰. Sotto il profilo funzionale, è significativo il controllo pubblico che viene esercitato sulle fondazioni di diritto comune, come visto destinato ad ampliarsi qualora questi soggetti giuridici divengano enti del terzo settore, alla luce dei pervasivi poteri riconosciuti dalla

⁹¹⁷ In questi termini ha puntualizzato i limiti concettuali della responsabilità degli amministratori la migliore giurisprudenza già in tempi piuttosto risalenti, cfr. Corte di Cassazione civile, sez. I, 9 luglio 1968, n. 2356, non scalfita dai successivi opinamenti dei giudici di legittimità. In punto immedesimazione organica, seppur con riferimento principalmente alle persone giuridiche di diritto pubblico, cfr. in F.G. SCOCA *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pag. 76.

⁹¹⁸ Cfr. Corte di Cassazione civile, sez. II, 7 giugno 2000, n. 7724.

⁹¹⁹ L'art. 29 del Codice, peraltro, pone espresso divieto di nuove operazioni agli amministratori a far data dal momento in cui viene emesso il provvedimento di estinzione della fondazione. Si cerca così di tutelare i soggetti terzi che, in virtù della immedesimazione organica che caratterizza l'attività delle persone giuridiche, entrano in contatto con la fondazione per mezzo dei suoi rappresentanti.

⁹²⁰ Il sistema di responsabilità per gli enti del terzo settore è dunque rafforzato rispetto alle previsioni sancite in via generale rispetto alle fondazioni del diritto comune, trovando applicata la più pregnante disciplina riferibile ai soggetti giuridici lucrativi.

legislazione del terzo settore al relativo registro unico. Il combinato disposto dell'art. 25 Codice civile e del d.P.R. n. 361/2000, consente infatti al Prefetto di esercitare poteri di vigilanza consistenti nella nomina e sostituzione di amministratori e rappresentanti, nell'annullamento delle deliberazioni contrarie alle norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico ed al buon costume⁹²¹, arrivando financo allo scioglimento dell'ente con conseguente nomina di un commissario straordinario qualora gli amministratori non perseguano il fine stabilito o non rispettino l'endodisciplina statutaria. L'autorità pubblica può inoltre procedere anche coordinando l'attività delle diverse fondazioni arrivando anche ad unificarle, rispettando ove possibile la volontà del fondatore⁹²². Utile ricordare come per gli enti del terzo settore analoghi poteri spettino invece all'ufficio del registro, a mente dell'art. 49 del d.lgs. n. 117/2017. Anche in questo caso, è evidente come i poteri della pubblica autorità su questa tipologia di enti risultino oltremodo pervasivi, essendo caratterizzati in definitiva dall'espressione di valutazioni di merito circa la reale idoneità dell'ETS di perseguire efficacemente le finalità di interesse generale che esso si prefigge. Si può tuttavia discutere quale dei due diversi compendi

⁹²¹ La problematica precipuamente inerente alle deliberazioni contrarie al buon costume è nota e ampiamente dibattuta nel diritto civile. Soprattutto, si è posta nel tempo la questione di individuare attraverso le mutevoli convenzioni sociali quale fosse il reale significato della nozione di buon costume. Ed un tanto per fare sì che le disposizioni del Codice civile come quella in esame non si convertissero in buona sostanza in formule per un controllo indiretto sulle manifestazioni sociali dell'autonomia privata da parte del potere pubblico, come forse erano invece state pensate al momento della loro scrittura da parte del legislatore del 1942. In punto cfr. AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Torino, 2006, specie pag. 502 e ss., ove si rimarca, con riferimento all'analoga disposizione in tema di associazioni, come le delibere contrarie al buon costume sconterebbero la diversa sanzione della annullabilità piuttosto che quella più radicale della nullità, disposta invece per le delibere assembleari sociali dall'art. 2379 del Codice civile.

⁹²² Come si è visto, per parte della dottrina i significativi poteri di eterodeterminazione della vita degli enti del terzo settore sarebbero preordinati principalmente alla tutela della volontà del fondatore, in rapporto alla circostanza che per questi enti non esista un organo assembleare che possa ratificare l'operato degli amministratori e per la tutela dei terzi creditori. Tuttavia, innanzi a disposizioni come quella in parola, appare arduo giustificare in questi termini i poteri prefettizi se non ponendoli in relazione all'attività dirigista dello Stato rispetto ad aspetti significativi della vita giuridica degli strati sociali intermedi. Sul punto, una utile ricognizione delle disposizioni in ordine ai poteri prefettizi quanto alle fondazioni di diritto comune viene effettuata da G. IORIO, *op. cit.*, pag. 52 e ss.

normativi trovi applicazione ove si faccia questione di un ente del terzo settore. Non viene, infatti, dettata alcuna norma di raccordo al Codice del terzo settore quanto alla disciplina invece afferente alle fondazioni per il diritto civile ordinario. Per il principio di cui la norma speciale deroga alle disposizioni generali, dovrà ritenersi che la disciplina riferentesi al registro unico del terzo settore prevalente rispetto alla normativa costituita dal Codice civile in tema di fondazioni di diritto ordinario⁹²³.

Procedendo nell'esame delle disposizioni più significative del diritto comune, giova rappresentare, come si accennava, che per la disciplina del Codice civile in tema di fondazioni, è previsto che se lo scopo si sia esaurito, sia divenuto impossibile⁹²⁴ o di scarsa utilità⁹²⁵, ovvero se il patrimonio sia divenuto insufficiente, il Prefetto possa prescrivere la trasformazione della fondazione in luogo della sua estinzione, allontanandosi il meno

⁹²³ Più complessa semmai la questione di definire il regime intertemporale riguardante il periodo in cui l'autorità del registro non è ancora entrata in funzione. In questo lasso di tempo pare ragionevole presumere che saranno le prefetture competenti per territorio ad esercitare i poteri di controllo ordinari sulle fondazioni. Non sembra, infatti, che i poteri siano quelli dell'autorità di registro posto che sono pensati per la diversa autorità afferente agli enti del terzo settore e non paiono invece coerentemente implementabili per soggetti diversi quali il Prefetto, che invece è dedicato

⁹²⁴ Giova, peraltro, ricordare come secondo la giurisprudenza debba essere equiparato alla impossibilità del raggiungimento dello scopo perseguito anche il caso in cui vi sia una finalità eccessivamente generica per la fondazione. In questo caso infatti, il giudice amministrativo ha rimarcato come ci si venga a trovare in buona sostanza in una situazione per cui risulti impossibile determinare la congruità del patrimonio rispetto alla finalità che si prefigge l'ente, con conseguente impossibilità di verificare la concreta perseguibilità delle finalità istituzionali che la fondazione di diritto comune ha sue proprie.

⁹²⁵ Non si può mancare di sottolineare come la giurisprudenza si sia a volte espressa nel senso di ritenere doveroso il diniego di riconoscimento della personalità giuridica alla fonazione che si ponesse quale scopo unico il perseguimento di fini già interamente realizzati da un'altra struttura istituzionale, specie se quest'ultima rivestisse carattere pubblico. In tal senso, tra le altre, T.A.R. per la Toscana, sez. I, 6 giugno 1989, n. 404. Invero, questo filone giurisprudenziale non pare condivisibile, basandosi su un presupposto di esclusività nel perseguimento di finalità di interesse generale che nei fatti è da tempo stato superato nella realtà italiana. Anzi, si può dire che lo stesso d.lgs. n. 117/2017 sia la prova che lo Stato, pur non abdicando alle proprie funzioni di perseguimento del benessere dei propri cittadini, riconosca e promuova l'attività dei corpi sociali intermedi.

possibile dall'intento del fondatore⁹²⁶. Ciò tuttavia non è possibile qualora i fatti che hanno dato luogo alla impossibilità di raggiungimento dello scopo siano espressamente stati previsti dall'atto istitutivo quale causa di estinzione dell'ente. In questo caso, infatti, si dovrà procedere alla declaratoria di estinzione della fondazione ed alla liquidazione del patrimonio residuo, devolvendolo in conformità con l'atto costitutivo. Qualora ivi nulla sia prescritto, i beni dovranno essere affidati a fondazioni con scopi analoghi⁹²⁷. Come noto, invece, l'art. 49 del d.lgs. n. 117/2017 prevede similmente la procedura di liquidazione dell'ente del terzo settore per il quale sia divenuto impossibile il raggiungimento delle proprie finalità istituzionali. L'iniziativa in questo caso è del registro nazionale unico, che ne dà comunicazione agli amministratori ed al presidente del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio locale del registro presso il quale il soggetto giuridico risulta iscritto. In questo caso si deve ritenere che la comunicazione non abbia effetto costitutivo dei provvedimenti di scioglimento dell'ente, quanto piuttosto abbia lo scopo di

⁹²⁶ In questo caso la decisione del Prefetto in relazione alla valutazione concreta di sufficienza del patrimonio residuo della fondazione risulta ampiamente discrezionale e, come tale, difficilmente sindacabile *ab externo* se non nei limiti di una macroscopica irrazionalità. Ben tenue è infatti la garanzia di conformità rispetto alla volontà del fondatore nei confronti di una decisione dell'organo statale.

⁹²⁷ Anche in questo caso si rimarca il ruolo di particolare rilievo rivestito dall'autorità prefettizia che, discrezionalmente, potrà in buona sostanza selezionare gli enti beneficiari della devoluzione patrimoniale. Pare in questo caso trattarsi di potere che potrà essere sottoposto al controllo di legittimità innanzi al giudice amministrativo, seppur negli stringenti limiti nei quali può essere come noto sindacata la discrezionalità tecnica. Cfr. C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionali*, Milano, 1985, secondo cui, in particolare, è la definizione del contenuto del diritto riconosciuto al cittadino a limitare la discrezionalità esercitabile da parte della pubblica amministrazione e non è, viceversa, l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta dal legislatore a definire quale sia la posizione giuridica legittimante in capo al destinatario dell'azione amministrativa. L'argomento è particolarmente utile per spiegare come, in tema di atti prefettizi di annullamento delle delibere assembleari è la concezione corrente di buon costume che viene a limitare il potere amministrativo e non è, viceversa, il potere riconosciuto al Prefetto che individua l'ambito di libertà del soggetto giuridico di determinarsi autonomamente nelle proprie decisioni. Cfr. pure G. BARONE, voce *Discrezionalità – Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1989, pag. 8 e ss., nonché *ex multis* ai soli fini di richiamare l'ampiezza e la profondità del dibattito dottrinario sul tema, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, pag. 475 e ss. F.G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità* in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998.

garanzia della procedura quanto alla conoscenza degli organi che ne sono coinvolti ovvero rispetto al tribunale che deve invece vigilare sul procedimento in sé considerato.

Già da questa preliminare elencazione di quelle che sono le regole generali previste dal Codice civile in tema di fondazioni, si evince come l'attività di questi soggetti giuridici presenti rilievi di grande interesse per la comunità. Proprio per tale ragione, il legislatore ha ritenuto di sottoporre la relativa vita giuridica ad un controllo⁹²⁸ assai puntuale e penetrante, che si dipana dalla costituzione all'estinzione, passando attraverso la verifica dell'attività degli amministratori. La peculiarità di questo controllo, che esorbita i compiti tradizionali della P.A., è dovuta evidentemente alla significativa rilevanza sociale che il legislatore ha inteso riconoscere all'istituto in oggetto⁹²⁹. Peraltro, proprio le peculiarità della fondazione quale patrimonio destinato ad uno scopo meritorio esigono un controllo puntuale dei pubblici poteri. Da un lato perché in caso di lascito testamentario il dante causa non è più in grado di verificare la rispondenza della devoluzione ai fini cui questa era preordinata; dall'altro perché si è sentita l'esigenza di una garanzia di matrice pubblicistica rispetto all'attività di questi enti giuridici che sono espressione di attività di accrescimento morale e sociale all'interno dell'ordinamento, donde di interesse collettivo⁹³⁰. Ebbene, tali

⁹²⁸ Sebbene, per certi versi, più che di controllo si dovrebbe parlare forse più propriamente di vera e propria ingerenza, specie con riferimento a quei poteri amministrativi che si sono enumerati quanto alla valutazione della adeguatezza del patrimonio della fondazione rispetto al raggiungimento dei relativi scopi o, ancora, rispetto alla fase di eventuale liquidazione della stessa.

⁹²⁹ Per vero, le ragioni di un controllo penetrante non si esauriscono nella rilevanza sociale dell'istituto giuridico. Invero, conta pure, come si accennava, la peculiare struttura degli enti in parola che rischiano di esporre il patrimonio vincolato ad una situazione dove l'attività degli stessi amministratori del fondo vincolato non è sottoposta alla revisione decisionale non solo del fondatore, che potrebbe non essere in grado di farlo se si tratta di fondazione istituita con lascito testamentario, tanto di un eventuale organo assembleare, posto che tale organo intermedio potrebbe non essere previsto dallo statuto ovvero dall'atto costitutivo. Il controllo esterno, inoltre, tutela anche i soggetti esterni che si vengano ad interfacciare con la fondazione, che vedono in tal modo garantita maggiormente una eventuale posizione creditizia maturata nei confronti dell'ente.

⁹³⁰ A maggior ragione tali esigenze sono sentite nel momento in cui si vada a considerare gli enti del terzo settore, posto che con riferimento a questi ultimi le finalità di utilità collettiva costituiscono proprio la ragione per la quale è stata determinata la legislazione di particolare favore riservata a questa categoria di enti. Sui termini della legislazione di favore riconosciuta dal Codice civile a questa categoria di enti si rinvia

linee d'azione permangono anche qualora si venga a discutere di fondazioni che siano pure enti del terzo settore. Un tanto, proprio avendo a mente la circostanza per cui ci si trova innanzi a soggetti giuridici che si caratterizzano per la circostanza che si propongono quali persecutori di finalità di interesse generale⁹³¹. In ragione di ciò, il legislatore come noto ha approntato una legislazione particolarmente favorevole specie dal punto di vista fiscale, che implica tuttavia la predisposizione di una serie di guarentigie che giustificano la scelta normativa operata dal legislatore. In altri termini, questi controlli esterni non sono da valutarsi come residuo dell'ingerenza amministrativa, che era la scelta operata nel Codice civile del 1942, bensì garanzia di quegli stessi valori che sono stati posti alla base di tutta la normativa afferente agli enti del terzo settore⁹³².

alla esaustiva trattazione di F. GALGANO, *op. cit.*, ove l'Autore riconnette in via diretta la necessità di trovare una copertura costituzionale delle disposizioni di maggior favore che pure vengano ad essere contenute nel Codice civile, allo stesso tempo mitigando i profili autoritativi che si sono visti particolarmente incisivi nel caso delle fondazioni di diritto privato istituite ai sensi della disciplina civile ordinaria. Nondimeno, si è notato come anche nel caso degli enti del terzo settore vi sia una ingerenza della pubblica autorità assai significativa e tale da giustificare in definitiva un regime assai particolare per questa specifica categoria di enti.

⁹³¹ Come si riferiva, proprio questo elemento varrebbe a distinguere una fondazione dall'associazione – altro ente disciplinato al libro primo del Codice civile – che potrebbe pure avere finalità di arricchimento reciproco dei propri partecipanti.

⁹³² Così, si giustifica la scelta normativa di ingerenza non con la volontà di estendere le potestà pubblicistiche verso settori del diritto civile, bensì in ragione del fatto che lo statuto degli enti del terzo settore impone loro *ex lege* di perseguire interessi di rilievo per la collettività

.III. Vincolo finalistico e pubblica utilità nelle fondazioni di diritto comune.

A differenza di quanto previsto espressamente nell'ordinamento francese e spagnolo, il codice italiano vigente non prevede espressamente il vincolo finalistico di pubblica utilità della fondazione quale elemento caratterizzante⁹³³. Nondimeno, appare arduo giustificare la presenza di un controllo tanto pervasivo sulla vita dell'ente giuridico da parte dei pubblici poteri in assenza di un qualificante interesse pubblico sotteso all'attività perpetrata dalla fondazione⁹³⁴. In altri termini, appare difficile dare una base giuridica alla possibile ingerenza amministrativa di scopo, specie con riferimento alle formule di devoluzione patrimoniale in caso di estinzione e di controllo sull'attività degli amministratori, ove non si ammetta pure che l'ente svolge attività che in qualche misura viene a rivestire una forma di interesse per la collettività⁹³⁵. Questo profilo è stato tuttavia messo in discussione da parte significativa della dottrina⁹³⁶, sulla scorta di riflessioni circa la fungibilità degli istituti giuridici rispetto agli scopi prefissati dal legislatore⁹³⁷.

⁹³³ Cfr. per un panorama comparatistico A. SCLUTER – V. THEN – P. WALLKENHORST, *Foundation in europe. Society management and law*, Londra, 2001. In questa circostanza si differenzia in via principale la disciplina di diritto comune rispetto alla legislazione speciale afferente agli enti del terzo settore.

⁹³⁴ Diversamente opinando si getterebbero le basi per una ingerenza autoritaria dell'amministrazione pubblica verso forme di autodeterminazione degli strati sociali.

⁹³⁵ Principi di eteroregolazione vincolano anche i procedimenti di trasformazione giuridica di questi enti. Cfr. G. IORIO, *op cit.*, in particolare, pag. 267, ove l'Autore ritiene in particolare che, ad esempio, la trasformazione in società di capitali di una fondazione non può mai essere tale da stravolgere il carattere fondamentale dell'ente fondativo, caratterizzato appunto dal vincolo di destinazione immanente impresso nel patrimonio al perseguimento di una finalità ideale o concreta comunque consacrata nello statuto.

⁹³⁶ G. ALPA (a cura di), *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988, del quale rileva in particolare l'attenzione al metodo di indagine comparatistica dei modelli istituzionali.

⁹³⁷ In estrema sintesi, le ricerche dottrinarie hanno sostenuto che, specie in materia bancaria, non sarebbe affatto detto che la fondazione costituisca uno strumento privilegiato per il perseguimento degli interessi generali rispetto ad altre formule – come quella dell'associazione – che stante la neutralità degli istituti giuridici potrebbero essere altrettanto confacenti alla persecuzione di scopi di pubblica utilità. Pur non potendo sviscerare il dibattito sul tema, si può tuttavia concordare con quanto sostenuto dalla più recente elaborazione: specie alla luce delle distorsioni che in tempi recenti si sono ravvisate nel sistema bancario, si è dimostrato come la fondazione, al netto di un potere di controllo pubblicistico in ogni caso oltremodo pervasivo, non costituisce di per sé un modello affidabile per garantire l'erogazione di premialità collettive con i fondi in essa conferenti. Cfr. G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine bancaria nell'ordinamento*

Conseguentemente, non appare possibile individuare una tipologia istituzionale di fondazioni di diritto pubblico⁹³⁸, posto che il modello che risulta dal Codice civile appare oltremodo scarno, laddove invece nella legislazione speciale si rileva⁹³⁹ una frammentarietà del modello che non consente alcuna *reductio ad unum* delle fondazioni, nemmeno in ambito culturale⁹⁴⁰. Quale ente che persegue sempre scopi ideali, la fondazione vira infatti da soggetto operativo che produce beni o servizi nell'ambito della propria missione istituzionale, fino, sul versante opposto, a poter essere semplicemente "ente di mera erogazione"⁹⁴¹. D'altro canto, lo stesso Codice civile non prevede espressamente che l'istituto giuridico in parola debba *ex se* perseguire scopi di utilità collettiva o superindividuale. Inoltre, pure il modello sociale pluralistico cui si è riferito il

civile": alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblicistica e autonomia privata, in Il Corriere Giuridico, 12/2003.

⁹³⁸ Ovvero, ai fini che interessano di fondazioni partecipate da pubbliche amministrazioni – ammesso che possa darsi legittimazione ad una categoria concettuale autonoma di fondazioni partecipate da PA. che non siano anche fondazioni di diritto pubblico.

⁹³⁹ Cfr. A. ZOPPINI, *op. cit.*, nonché, quanto agli studi giuspubblicistici, S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1969, pag. 1117 e ss e G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1988, pag. 16 e ss.

⁹⁴⁰ Forse l'elemento unificante che può essere identificato nell'ambito delle fondazioni legali, ovvero sia quelle istituite per legge con finalità di perseguimento di interessi metaindividuali, sia proprio quello di porsi in maniera tale da porre come vincolo funzionale su patrimoni destinati il raggiungimento di obiettivi che rilevano per la collettività intera. Proprio il perseguimento di interessi di diritto pubblico giustifica allora la selezione di un modello che normativamente è ritenuto maggiormente garantistico rispetto al bene giuridico la cui tutela ci si propone. E ciò vale sia quando il bene giuridico stesso sia costituito da un oggetto giuridico come un patrimonio culturale, che deve essere gestito, tanto quanto la fondazione sia preordinata essa stessa alla produzione di beni culturali, come avviene invece ad esempio per le fondazioni liriche, preordinate all'accrescimento immateriale della collettività e come tali ritenute meritevoli innanzitutto di una attenzione normativa ed, in secondo luogo, di una legislazione di favore in quanto enti legalmente riconosciuti come di utilità collettiva.

⁹⁴¹ S. DE GÖTZEN, *op. cit.*, pag. 63, cit.

legislatore costituente nel 1948⁹⁴² pare consentire di affermare la neutralità degli istituti giuridici previsti al libro I del Codice. Se questa fungibilità degli istituti giuridici si può postulare in astratto, tuttavia, in tal senso non si giustifica più nei tempi attuali una ingerenza tanto pregnante dei poteri pubblici all'interno della vita di questi soggetti⁹⁴³. Infatti, se nel 1942 una disciplina dirigista era giustificata dalla volontà dello Stato di non lasciare sguarnita da presidi di diritto amministrativo una porzione che poteva risultare significativa della vita pubblica⁹⁴⁴, tale esigenza non può essere giustificata con tale motivazione nella realtà contemporanea. In altri termini, se i poteri riconosciuti nel Codice civile in favore della pubblica autorità⁹⁴⁵ erano un tempo giustificati da una volontà centralista di mantenere il controllo sull'attività sociale dei cittadini, oggi la sussistenza di una ingerenza pervasiva deve essere giustificata diversamente. In particolare, si può sostenere che, a differenza dai soggetti di tipo associativo, il perseguimento delle finalità ideali nelle fondazioni avviene da parte di soggetti che possono non avere legami diretti con i beni conferiti a patrimonio destinato⁹⁴⁶. Pertanto, formule di controllo esterno rispetto

⁹⁴² Sulla nozione di pluralismo a livello costituzionale cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2007, pag. 35 e ss. ove si rileva come il tratto distintivo delle costituzioni a seguito di fenomeni di diffusione ed allargamento della platea dei votanti sia quello di difettare di una univoca impronta o disegno idealistico da perseguire, restando viceversa aperta alle istanze dei molteplici movimenti e centri di interesse che caratterizzano gli stati moderni.

⁹⁴³ Ed, in ogni caso, così non può essere per le fondazioni del terzo settore, che come si è visto al capitolo che precede debbono sempre perseguire istituzionalmente interessi collettivi.

⁹⁴⁴ In realtà, la volontà centralista del legislatore del 1942 lasciava ben pochi spazi ad una iniziativa privata che si ponesse in termini di sussidiarietà rispetto al potere centrale nel soddisfare i bisogni dei cittadini. Anzi, si può dire che iniziative del genere apparissero come pericolosi tentativi di sostituirsi allo Stato nell'erogazione di servizi essenziali ai cittadini, che dovevano giocoforza essere mantenuti appannaggio della sfera pubblica.

⁹⁴⁵ Ed, in particolare, del prefetto, che era promanazione diretta del potere centrale che si diramava verso le realtà locali senza soluzione di continuità.

⁹⁴⁶ L'esempio di maggiore pregnanza in questo senso è costituito dalle fondazioni create per legato testamentario, a fronte delle quali il fondatore sarà impossibilitato ad esercitare qualsivoglia forma di controllo rispetto alla destinazione dei beni da questi vincolati rispetto al perseguimento delle finalità ideali cui questi erano stati preposti. In questi termini, allora, si giustifica un controllo pubblico di garanzia particolarmente pregnante.

alla vita sociale di questi ultimi si giustificano sulla scorta del fatto che il vincolo ideale non può che essere tutelato *ab externo*, qualora ciò non avvenga in via diretta per l'azione dei soggetti che sono invece preposti al relativo perseguimento all'interno degli organi sociali⁹⁴⁷.

Nondimeno, si deve riscontrare una profonda evoluzione del modello istituzionale che voleva la fondazione solamente quale soggetto erogatore⁹⁴⁸. Sempre più spesso, infatti, si nota, specie con riferimento alle fondazioni legali, una evoluzione verso aspetti operativi un tempo sconosciuti per questi enti⁹⁴⁹. Si assiste, in altre parole, ad uno scivolamento del modello giuridico verso nuovi orizzonti operativi che lo fanno divenire attore dei processi produttivi dei servizi nell'ambito della missione che si è prefissa all'atto di costituzione⁹⁵⁰. In tal senso, appare dunque superata pure la nozione istituzionale di fondazione quale patrimonio destinato ad uno scopo di interesse generale⁹⁵¹. In termini, viene diluito l'elemento patrimoniale, sostenendo invece come anche la fondazione, al pari dei contratti

⁹⁴⁷ Ma se un tanto non avviene anche per le entità lucrative, è proprio dovuto al fatto che le finalità perseguite con le fondazioni, allora, vengono ritenute di rilievo per la collettività. Detto in altri termini, l'attuale assetto dell'ingerenza pubblicistica all'interno degli enti fondativi si giustifica solamente per la rilevanza collettiva dei relativi scopi ideali.

⁹⁴⁸ Non si nega, infatti, che nel disegno legislativo del 1942, la figura della fondazione fosse stata essenzialmente quella di un patrimonio destinato con personalità giuridica la cui finalità era quella di elargire somme per il perseguimento di una finalità determinata e meritoria socialmente ma, in essenza, priva di compiti operativi che potessero caratterizzarne una missione sociale diversa da quella che era la mera erogazione più facilmente soggetta ai controlli della pubblica autorità.

⁹⁴⁹ G. ENDRICI, *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, *Aedon*, 1/2001, prende specificamente atto di questa linea evolutiva delle fondazioni di origine bancaria. Cfr. pure G. FRANCHI SCARSELLI, *La gestione dei servizi culturali tramite le fondazioni*, in *Aedon*, 1/2002.

⁹⁵⁰ Un esempio paradigmatico di questa evoluzione degli enti fondativi si ha avuta con riferimento alle fondazioni di origine bancaria, che da meri soggetti erogatori sono progressivamente state oggetto di una evoluzione che le ha affidate a nuovi compiti operativi. Non in maniera diretta, per vero, bensì attraverso anche soggetti terzi appositamente costituiti, come ad esempio le società strumentali. Cfr. M. CAMMELLI, *Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali nel settore dei beni e delle attività culturali – Le società strumentali nelle Fondazioni: note introduttive*, in *Aedon*, I, 2009.

⁹⁵¹ Da intendersi nel senso statico per il quale il patrimonio viene ad essere semplicemente progressivamente erogato in favore dei progetti che si sono ritenuti meritevoli in quanto rientranti specificamente tra gli scopi ideali della fondazione di diritto ordinario.

associativi, verrebbe a caratterizzarsi quale collettività preordinata al raggiungimento di scopi – più o meno ideali – attraverso la fruizione e valorizzazione di un patrimonio destinato⁹⁵². Il perseguimento di finalità di utilità sociale, da elemento caratteristico può allora trasformarsi in elemento distintivo. Ciò ha particolare rilievo proprio nel settore dei beni culturali che interessa il presente studio, laddove la fondazione è stata individuata quale istituto giuridico maggiormente idoneo alla realizzazione di una gestione del patrimonio collettivo che si caratterizza per una intrinseca necessità di venire ad essere tutelato ed, al contempo, debitamente valorizzato secondo una attività gestoria che viene irreggimentata dal legislatore attraverso la previsione di una serie puntale ed oltremodo articolata di controlli esterni sull'amministrazione e sui soggetti privati che possano venire ad interfacciarsi nella erogazione del servizio pubblico riferibile ai beni culturali⁹⁵³. Invero, ciò che accomuna la fattispecie all'attenzione rispetto agli altri istituti all'esterno del libro I del Codice civile, è pacificamente l'assenza di uno scopo di lucro. Ciò, sicuramente, consente di inserire lo strumento all'interno del novero *non for profit*⁹⁵⁴, il che è fondamentale nell'economia del presente studio poiché l'inquadramento giuridico al novero delle figure non lucrative permette di dedurre una serie di conseguenze assai rilevanti non solo in termini istituzionali quanto soprattutto, in termini organizzativi, gestionali e funzionali delle fondazioni⁹⁵⁵. Giova poi rimarcare come nell'ambito dell'ente fondativo, lo scopo dello stesso non assiste l'utilità del fondatore, come potrebbe avvenire

⁹⁵² F. GALGANO, *op cit.*, pag. 253.

⁹⁵³ Ciò nella necessità di far permanere quel vincolo teleologico che caratterizza i soggetti istituzionalmente preposti a proporre la propria attività nella gestione del patrimonio culturale. Cfr. A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon*, 1/2018. L'Autore sottolinea come sussista un *imprinting* immateriale circa la necessità di tutela e valorizzazione – che ritiene concetti tra loro distinti – rispetto al patrimonio culturale. Del medesimo Autore, cfr. anche le riflessioni proposte in *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, *op. cit.*

⁹⁵⁴ Cfr. P. SCHLESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non-profit organization*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Gli enti non-profit in Italia*, Padova, 1994, pag. 271 e ss.

⁹⁵⁵ A partire, come si è potuto vedere, dalle modalità con cui vengono a controllare gli obiettivi delle fondazioni stesse con conseguente contestualizzazione delle procedure di denuncia e persecuzione delle condotte che possono venire a sviare le risorse da tali scopi.

per l'associazione che possono essere istituite perseguire l'interesse ultimo degli associati. La fondazione persegue, infatti, sempre finalità di interesse per la collettività di riferimento⁹⁵⁶.

Invero, lo scopo – non lucrativo – delle fondazioni di diritto comune come in quelle del terzo settore non può essere mutato: proprio questo è un profilo saliente delle istituzioni in parola⁹⁵⁷. Operando nella pratica, tuttavia, ciò si converte in un onere di indicazione più o meno specifica del vincolo teleologico istituzionale. In altri termini, maggiore è la specificità dell'oggetto della fondazione, migliore sarà la garanzia funzionale sull'ente, più precisa ne sarà la destinazione più invariabile la finalità cui esso risulta preordinato⁹⁵⁸. E maggiore e più penetrante sarà il controllo che può essere imposto su questa tipologia di enti da parte dell'autorità costituita dal registro unico, posto che la limitazione gestoria si accompagna di pari passo con la pervasività che sulla gestione stessa può essere predicata in favore dell'autorità di riferimento⁹⁵⁹. La possibilità di lasciare una impronta sui beni, pertanto, in tal senso appare nello schema tradizionale del Codice civile il vero e proprio elemento qualificante dell'istituzione⁹⁶⁰. Ma, di converso, proprio questa impronta caratterizza anche l'azione dell'autorità pubblica in seconda battuta sull'amministrazione dei beni da parte degli organi che, per statuto o sulla base dell'atto fondativo, ne sono deputati. Si può quindi quasi dire che è l'ampiezza con cui i fondatori hanno definito l'oggetto totale che irreggimenta la discrezionalità amministrativa conseguente sull'ente.

⁹⁵⁶ A maggior ragione quando si tratti di ente del terzo settore, ove le attività ammesse sono tutte definite di utilità sociale e preselezionate dal legislatore.

⁹⁵⁷ Se non venendo ad operare una radicale trasformazione dello stesso soggetto giuridico, come sottolinea G. IORIO, *Op. cit.*, laddove si sottolinea come l'unica via per rimuovere legittimamente il vincolo imposto sul patrimonio destinato è quello di procedere ad una modificazione radicale del soggetto giuridico per consentire un modello lucrativo su di un ente che non è preordinato né idoneo al perseguimento della locupletazione oggettiva o soggettiva.

⁹⁵⁸ Cfr. N. LIPARI – P. RESCIGNO, *Diritto civile*, Milano, 2009, specie pag. 463 e ss.

⁹⁵⁹ Di converso, più generica sarà la definizione data circa gli scopi ideali perseguiti maggiore sarà la discrezionalità esercitata dall'amministrazione all'atto del controllo, con la conseguenza, si ritiene, di una necessità di più approfondita motivazione dell'atto.

⁹⁶⁰ Laddove invece qualora si vada ad esaminare la legislazione in tema di enti del terzo settore questo vincolo quale elemento saliente dei soggetti giuridici appare maggiormente puntualizzato attraverso l'individuazione dei settori vincolanti all'interno dei quali l'ente deve produrre la propria azione istituzionale.

.IV. Tipologie di fondazioni di diritto comune.

La principale distinzione che si può rinvenire tra le fondazioni di diritto comune è, come si accennava, quella tra enti erogatori ed enti operativi⁹⁶¹. I primi consentono un distacco maggiormente definito dal fondatore che fornisce i mezzi, occupandosi del raggiungimento di uno scopo prefissato attraverso l'esternalizzazione delle risorse messe a disposizione dell'ente. Questa tipologia istituzionale, per le funzioni proprie che deve svolgere⁹⁶², non necessita di una struttura organizzativa complessa. Viceversa, maggiori saranno le funzioni operative concretamente attribuite – *recte* più complesse saranno la finalità che il soggetto giuridico deve perseguire – più articolata dovrà essere la struttura interna dell'ente. Il Codice civile richiede espressamente solamente il consiglio di amministrazione⁹⁶³ quale organo necessario e sufficiente al funzionamento della fondazione. Nondimeno, come detto, all'aumentare della complessità operativa si ampliano i soggetti e gli uffici specifici che dovranno essere previsti⁹⁶⁴. Un tipico esempio è il comitato scientifico della fondazione culturale, soggetto deputato all'indirizzo dell'attività di approfondimento di studio nell'ambito scientifico di afferenza dell'ente. In realtà, pertanto, la struttura organizzativa della fondazione è nel diritto comune lasciata in larghissima parte all'autonomia privata, tanto del fondatore, quanto degli stessi organi interni dell'istituzione, che certo possono articolarne la struttura in maniera tale da assicurarne la rispondenza alle esigenze contingenti. È peraltro evidente che, in ambito di erogazione del

⁹⁶¹ M. BASILE, *Le persone giuridiche*, Torino, 2014.

⁹⁶² La funzione, in realtà, è appunto solo una, ossia quella di erogare all'esterno servizi o beni. Nondimeno, questa finalità si deve comunque riflettere attraverso un procedimento nel quale possono individuarsi diverse funzioni. Anzitutto si deve individuare l'ammontare delle risorse e, se ciò non sia già stato fatto dal fondatore, si dovrà pure individuare la platea dei soggetti potenziali beneficiari. In seguito si avrà la destinazione delle risorse e la selezione dei destinatari dell'erogazione. Infine, vi sarà il *transfert* del beneficio a favore del destinatario finale.

⁹⁶³ Si occupano ad esempio, delle funzioni specifiche di questo organo G.N. CARUGNO –W. MAZZITI – C. ZUCHELLI, *Codice dei beni culturali annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2006, pag. 686 e ss., con specifico riferimento alle fondazioni istituite nell'ambito dello spettacolo ed in quelle lirico-sinfoniche.

⁹⁶⁴ Specificamente, in particolare, si dovranno istituire degli organi tecnici specificamente deputati all'esecuzione dei compiti operativi ovvero alla valutazione dei progetti da finanziarsi con le risorse della fondazione. Solo negli enti più piccoli, infatti, tali incombeni potranno essere risolti appannaggio del consiglio di amministrazione, ancorché questo sia composto da persone dall'elevato profilo tecnico.

servizio pubblico culturale tendenzialmente non si tratterà nella maggior parte dei casi di enti erogatori – piuttosto presenti in ambito bancario dopo la soppressione degli enti di diritto pubblico che costituivano il sistema creditizio fino all’inizio degli anni novanta del secolo ventesimo – bensì si verranno in considerazione con maggiore rilevanza di enti di tipo operativo. Tipico esempio di come questi soggetti giuridici possano venire ad essere sviluppati nell’ambito oggetto del presente studio è quello delle fondazioni museali⁹⁶⁵, il cui compito in via principale è quello di conservare i reperti propri delle collezioni ad essi affidati ed, al contempo, garantire il servizio pubblico di fruizione e valorizzazione dei reperti consentendo l’accesso presso le strutture⁹⁶⁶. Si vede, dunque, in tale ottica come i compiti precipuamente afferenti al servizio pubblico, trattandosi di incombenze di tipo operativo e materiale, come si è precisato nel secondo capitolo, debbono venire adempiuti attraverso strutture operative in grado di rispondere alle mutevoli esigenze dei destinatari del servizio stesso. Questo significa, di converso, che anche le strutture attraverso le quali si articola lo strumento della fondazione, una volta che questa venga ad operare nel terzo settore, dovranno essere sviluppate dal punto di vista concreto attraverso metodologie gestionali ed operative che risultino confacenti rispetto ai peculiari obiettivi che gli ETS si trovano a perseguire per espressa scelta legislativa⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ Cfr. F. FORTE – M. MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 481, ove si precisa come, anche a livello comparatistico, la tipologia di istituzione che si occupa della gestione dei musei e dei poli museali assume nella maggior parte dei casi la forma della fondazione. Cfr. degli stessi Autori, pure *La valutazione dei beni artistici nel patrimonio delle fondazioni museali*, in *Rivista italiana di economia, demografia e statistica*, LIII, 1999, ove si propone invece una analisi del patrimonio proprio delle fondazioni che si trovino ad operare in ambito culturale.

⁹⁶⁶ Altro esempio è poi costituito dalle fondazioni lirico sinfoniche, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, 3/2012., ove, ricostruito lo statuto giuridico di questa tipologia di enti si propone pure una analisi dei relativi atti e procedimenti. Concludendo in definitiva nel ritenere che lo statuto di diritto pubblico permanga a prescindere dalla forma esteriore che questi soggetti vengano ad assumere. In definitiva rilevando pure quanto al regime dei relativi atti.

⁹⁶⁷ Su come la scelta legislativa venga ad influire con riferimento alla operatività di questi soggetti giuridici cfr. F. SANTONASTASO, *Riorganizzazione legislativa delle fondazioni nel settore lirico-sinfonico e qualificazione pubblicistica. Verso una tecnica legislativa delle privatizzazioni non più affidata alla sola*

Nondimeno, pare che il vincolo finalistico impresso dal fondatore sia esso stesso elemento al contempo funzionale e strutturale della fondazione non meramente erogatrice. Invero, infatti, a seconda degli scopi perseguiti si dovrà dare rispondenza con una struttura adeguata, tant'è che il legislatore codicistico ha approntato una specifica sanzione nel caso in cui l'organizzazione non sia idonea al raggiungimento dello scopo, attraverso la previsione della possibilità di sciogliere in via autoritativa la fondazione per impossibilità di raggiungimento dello scopo prefigurato⁹⁶⁸.

Peraltro, il fatto che all'art. 16, comma I⁹⁶⁹, il Codice civile preveda la necessità di stabilire criteri di distribuzione delle rendite, non significa affatto che la fondazione riconosciuta e disciplinata dal diritto comune sia soltanto quella di erogazione. Risulta infatti prevalente rispetto a questa apparente finalità erogativa la neutralità veicolata da una disciplina particolarmente scarna ed, in definitiva, appunto indifferente rispetto alle modalità con le quali l'ente si trova in concreto ad operare. In altri termini, il fatto che il codice non disegni un ente le cui finalità debbono essere perseguite attraverso organi predeterminati a priori ed in via generale, presuppone la neutralità della figura giuridica rispetto allo scopo⁹⁷⁰. Neutralità quest'ultima che si converte nella libertà delle forme che possono essere adottate a livello organizzativo e decisionale da parte del fondatore e degli organi di autogoverno

"magia delle parole"? (commento a Corte costituzionale, 21 aprile 2011, n. 153), in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4/2011, pag. 3251 e ss.

⁹⁶⁸ In tale ottica, pertanto, la carenza organizzativa può equipararsi ad una impossibilità oggettiva anche di causa esterna. Il Codice civile, infatti, non distingue tra l'impossibilità di carattere oggettivo da quella giuridica o istituzionale.

⁹⁶⁹ P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 1-142*, Milano, 2009, in specie pag. 639, ove si delineano in particolare le differenze tra la fondazione quale soggetto giuridico anche operativo e la diversa figura disciplinata al libro primo del Codice civile ossia l'associazione. In particolare, l'Autore sottolinea poi che la dottrina sia stata condotta *"a ritenere che lo scopo della fondazione debba essere di pubblica utilità o utilità sociale e che lo scopo dell'associazione possa anche esaurirsi nel procurare vantaggi agli associati"*, pag. 640 cit.

⁹⁷⁰ Nega, però, la neutralità delle formule gestionali rispetto alle finalità assunte dalla legislazione G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in *Aedon*, 3/2000.

del soggetto⁹⁷¹. Queste riflessioni, pur maturate nell'alveo del diritto civile, ben possono trovare applicazione anche con riferimento agli enti del terzo settore di carattere fondativo⁹⁷².

⁹⁷¹ A. ZOPPINI, *Relazione*, in D. CARUSI (a cura di), *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate. Atti del convegno di studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 2001, propone una ibridazione del modello della fondazione bancaria rispetto alla disciplina codicistica, che verrebbe ad arricchirsi degli elementi propri dell'archetipo disegnato dalla legislazione speciale.

⁹⁷² Sia con riferimento alla neutralità della formula amministrativa rispetto allo scopo, sia alla tendenziale libertà delle forme per quanto non espressamente disciplinato in via diretta da parte della normativa di riferimento.

.V. Alcune osservazioni sul modello della fondazione di diritto comune.

Se non si può con certezza affermare che il legislatore del 1942 fosse apertamente sfavorevole alle fondazioni di diritto comune, si può tuttavia forse sostenere che queste fossero viste come corpo sociale intermedio non rispondente allo Stato sociale particolarmente penetrante che doveva occuparsi in prima persona di tutti i bisogni della popolazione. Tale *imprinting* si riscontra allora con tutta probabilità nella disciplina legislativa, particolarmente scarna e semplice, che può essere letta come un indice di una scarsa rilevanza che si è voluta attribuire a questo strumento⁹⁷³. Una disciplina che, tuttavia, si è da subito dimostrata inadeguata a delineare una compiuta fisionomia degli enti che sempre più spesso assurgevano a portatori di interessi collettivi di primario rilievo, che venivano ad esercitare compiti operativi di notevole caratura tecnica. Soggetti, in altri termini, notevolmente più complessi tanto dal punto di vista oggettivo – per la dimensione dei patrimoni che si trovavano a gestire – che funzionale – per la significativa latenza dei settori di intervento e degli scopi così perseguiti. Per questa ragione, si sentiva forte specie nell’ambito del terzo settore il richiamo ad una legislazione che, pur adeguata alla complessità delle notevoli funzioni che gli enti fondativi operanti nel terzo settore dovevano venire a rivestire, consentisse loro un’autonomia privatistica della quale erano sempre in definitiva parzialmente private nel disegno legislativo codicistico⁹⁷⁴. Per consentire il controllo pregnante sul mantenimento del vincolo di scopo, l’unico modo è infatti il controllo – quando non l’eterodeterminazione – *ab externo* nel momento in cui vengono prese le scelte fondamentali per la vita del soggetto giuridico. La vigilanza posta

⁹⁷³ Sostenere infatti che la scarna disciplina sia un indice della libertà che il legislatore ha voluto riconoscere alla possibilità di autodeterminazione degli strati sociali intermedi, infatti, cozza con i poteri amministrativi di ingerenza che si sono riconosciuti in capo alla pubblica amministrazione quanto alla gestione minuta della vita all’interno della fondazione di diritto comune.

⁹⁷⁴ Di particolare rilievo, in tema, il ruolo delle fondazioni bancarie. Fino ai tempi della legge Amato-Carli nel 1990 le istituzioni di carattere privato rivestivano un ruolo assai marginale nella vita economica e sociale contemporanea, secondo un modello che le voleva preordinate ad una semplice erogazione di benefici verso l’esterno senza necessità di una compiuta organizzazione interna, che sarebbe divenuta idonea a gestire la maggiore complessità di un più importante ruolo che venisse loro affidato.

già a livello di codificazione civile di diritto comune⁹⁷⁵ pare un chiaro indice degli interessi pubblici che soggiacciono alla vita dei patrimoni vincolati per scopi altruistici. Ed un tanto è stato criterio guida del legislatore proprio per disegnare la figura istituzionale delle fondazioni nel terzo settore. Di qui quello che è stato definito un vero e proprio “*monopolio legislativo*”⁹⁷⁶ nella disciplina degli enti fondativi.

⁹⁷⁵ A. BARBA – S- PAGLIANTINI (a cura di), *Commentario del codice civile. Delle persone, art. 11-73*, Milano, 2014. Gli Autori inquadrano il problema ora ricordato sotto un diverso punto di vista, affermando come i poteri di controllo riconosciuti in capo all’autorità governativa siano da ricondursi a due diverse motivazioni. La prima si concreta nella necessità di garantire il rispetto della volontà del fondatore, anche in considerazione del fatto che istituzionalmente manchi in questa tipologia di enti un organo assembleare che possa ratificare l’operato degli amministratori, financo giungendo a revocarli. Dall’altro lato, l’ingerenza pubblicistica si fonderebbe sulla necessità di tutela dei creditori che si vengano ad interfacciare con la fondazione, così prevenendo altresì inutili immobilizzazioni di beni che conseguirebbero al mancato perseguimento degli scopi prefissi dal fondatore. Invero, tuttavia, una volta che si affermi come l’obbiettivo delle fondazioni, proprio in distinzione rispetto alle associazioni – altro soggetto disciplinato al libro primo del Codice civile – sia quello di utilità collettiva, pare difficile affermare che ove si tuteli il vincolo di scopo in ragione di un tanto impresso sui beni, non si venga a proteggere in via diretta pure la finalità di utilità comune che si impone alla persona giuridica. Detto in altri termini, pare che la tutela della volontà del o dei fondatori, quale garanzia appannaggio della pubblica amministrazione competente, finisca inevitabilmente con il garantire una tutela in via diretta pure di quei valori di pubblico interesse che si sono riconosciuti essere il motivo stesso per il quale la fondazione è stata riconosciuta quale strumento giuridico meritevole di tutela all’interno del sistema giuridico da parte del legislatore codicistico prima e, successivamente, del legislatore che si è occupato della riforma del terzo settore.

⁹⁷⁶ G. PONZANELLI, *Le fondazioni, op. cit.*, pag. 29, cit. Non sfugge all’acuto scritto come il termine Statuto con riferimento alle fondazioni di tipo bancario, ad esempio, compaia ben trentatré volte nella riforma del 1998: benché l’atto sia la prima e più importante manifestazione dell’autonomia privatistica, allora, risulta evidente che il monopolio sulla disciplina giusprivatistica sia ammantato di pubblica utilità. O meglio, secondo l’Autore, i rilevanti interessi pubblicistici perseguiti dal legislatore attraverso la riforma del settore bancario hanno imposto una vera e propria torsione rispetto a come la figura giuridica in parola risulta disciplinata dal Codice civile. Tuttavia, proprio per il forte legame che questi enti con il territorio, si è sottolineato come le difficoltà nella messa a regime della riforma sono derivate proprio dalla forza contrastante delle istanze locali, che volevano la minore ingerenza possibile del legislatore eteronomo.

.VI. Le fondazioni quali strumenti del terzo settore.

Fatte queste precisazioni in punto di diritto generale quanto alla formula di eterodeterminazione e vincolo del patrimonio destinato delle fondazioni, occorre ora porre attenzione a come questi concetti si riverberano nella materia del terzo settore quale veicolo per la erogazione del servizio pubblico culturale. Si è detto, innanzitutto, di come questi soggetti giuridici si qualificano per imprimere un vincolo teleologico ad una determinata serie di *assets* che ne costituiscono al contempo patrimonio e strumento per il perseguimento delle finalità predeterminate all'atto di fondazione. Si è anche ricordato che, nell'ambito della riforma del terzo settore, gli ETS si caratterizzano per essere soggetti formalmente e sostanzialmente eterodeterminati al perseguimento di finalità dal legislatore ritenute meritevoli della legislazione di favore riservata a questa categoria di soggetti giuridici⁹⁷⁷. Invero, l'articolo 8 del Codice del terzo settore, si perita infatti di destinare l'interessa del patrimonio allo svolgimento dell'attività statutaria, con il precipuo fine di perseguire le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Con il che, pare potersi leggere tra le righe della norma, si intende che le uniche finalità per le quali il patrimonio può essere devoluto sono quelle di interesse generali definite dal precedente articolo 5⁹⁷⁸. Dalla compenetrazione delle disposizioni generali in tema di fondazioni e la disciplina speciale in tema di ETS, si deduce allora un vincolo finalistico eterodeterminato a livello legislativo che impone agli enti fondativi, che vogliano operare nella erogazione del

⁹⁷⁷ Come si ricordava queste attività si trovano enumerate all'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017 ove si reca definizione delle attività di interesse generale riconosciute appannaggio degli enti del terzo settore. Tra queste, come si è parimenti visto, risultano di capitale importanza ai fini della trattazione che ci occupa quelle afferenti alla gestione del patrimonio culturale ed alla creazione di beni culturali.

⁹⁷⁸ Salva solo la valutazione di adeguatezza del patrimonio che si è predisposto rispetto alle finalità che sono state previste quali scopi funzionali della fondazione. Cfr. sul tema, in punto di fondazioni di diritto comune, D. MAGGI, *op. cit.*, pag. 13. Utile, peraltro, l'analisi dell'Autore, che pone in collegamento tra statuto degli enti *non profit*, la relativa disciplina di bilancio ed il perseguimento della missione istituzionale quale elemento saliente che caratterizzano in un *unicum* privo di soluzione di continuità questi soggetti. In altre parole, attraverso la disciplina di formazione del bilancio di questi soggetti giuridici si può arrivare a definirne le linee d'azione concreta nel rispetto del vincolo teleologico che li caratterizza.

pubblico servizio culturale, il rispetto della destinazione di ogni conferimento⁹⁷⁹ all'esercizio della funzione determinata dalla norma⁹⁸⁰. Ed ora, in buona sostanza, il patrimonio di questi enti può essere costituito alternativamente da due specie di conferimenti. Nel primo caso avremo dei conferimenti generici, ossia la predisposizione di un fondo economico con il quale il soggetto giuridico fa fronte alla propria *mission*⁹⁸¹. In questo caso la costituzione dell'ETS è aspecifica in quanto preordinata al solo regime agevolativo sul piano finanziario predisposto dal Codice del terzo settore: ben si potrebbe, prescindendo da tale possibilità, raggiungere gli scopi di utilità sociale attraverso una fondazione ordinaria⁹⁸². Inoltre, questa tipologia di fondazioni del terzo settore, ove costituite in partenariato tra enti pubblici e soggetti privati rappresentano una fonte di uscita da parte della pubblica amministrazione che eventualmente vi partecipi⁹⁸³. In quest'ottica, si perde la funzione di collettore virtuoso di risparmio di spesa attraverso l'erogazione compartecipata del servizio pubblico che costituisce la ragion d'essere dell'ente del terzo settore che si vorrebbe fatta propria dal presente studio. Peraltro, se le amministrazioni avessero direttamente fondi per gestire il proprio patrimonio,

⁹⁷⁹ Con ciò costituendo un duplice vincolo, il primo inerente ai beni culturali eventualmente conferiti, che non possono essere sviati dalla funzione loro proprio. Un secondo afferente a tutto il patrimonio della fondazione comunque costituito al perseguimento delle finalità statutarie, peraltro legalmente predeterminate

⁹⁸⁰ In ciò si può dire concretarsi un vincolo rafforzato rispetto alle finalità che si propone la fondazione ordinaria, anche in vista del controllo maggiormente penetrante che caratterizza gli enti del terzo settore.

⁹⁸¹ Ancorché tradizionalmente il modello con conferimenti generici è risultato maggiormente confacente alla funzione svolta dalle fondazioni di erogazione. Ciò avviene ad esempio nelle fondazioni di origine bancaria, come sottolinea V. SANASI D'ARPE, *La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria*, Bari, 2013.

⁹⁸² Nulla vieta, infatti, che con dei conferimenti in denaro o beni fungibili si possa costituire una fondazione di diritto ordinario che abbia come scopo il perseguimento di obiettivi di interesse collettivo. Solo qualora tale ente tuttavia si trovi rispettoso della disciplina di cui al d.lgs. n. 117/2017 potrà porre in essere la propria attività istituzionale nell'ambito delle norme riferentisi al terzo settore.

⁹⁸³ Un esempio di questa collaborazione si ha nella fondazione dei musei senesi che gestisce poli museali. Questa fattispecie ed i suoi concreti risvolti in termini di utilità generale della collaborazione pubblico-privata è compiutamente analizzata da G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, *op. cit.*, pag. 322 e ss.

procederebbero con tutta probabilità alla gestione diretta dello stesso⁹⁸⁴, senza dover passare per l'attività intermedia dei soggetti terzi compartecipati dai privati⁹⁸⁵. Quindi, allora, la funzione precipua che gli ETS vengono ad assumere in una ottica di progressiva contrazione della spesa pubblica, è quella di essere costituiti dal conferimento di fondi o beni culturali per parte privata e dal conferimento di patrimonio culturale da parte del soggetto pubblico, che viene così ad essere cogestito attraverso l'opera del privato stesso. Nell'ambito di una operazione così congeniata si concretano delle duplici sinergie. Da un lato si consente, infatti, all'ente pubblico che non abbia i fondi per valorizzare adeguatamente il proprio patrimonio culturale di rendere comunque un servizio alla comunità attingendo da risorse⁹⁸⁶ di soggetti privati che siano dotati del *know how*⁹⁸⁷. In quest'ottica, invero, la presenza del soggetto pubblico nell'ente del terzo settore è garanzia del mantenimento del vincolo teleologico alla pubblica fruizione dei beni culturali conferiti, mentre l'apporto privato garantisce il collegamento della risorsa con le finalità di interesse generale che sono fatte proprie quale scopo immanente degli ETS⁹⁸⁸. Così questa

⁹⁸⁴ Ovvero passerebbero pure alla gestione indiretta con esternalizzazione in favore di terzi compartecipando con questi i fondi che risultino necessari per prodursi nel servizio pubblico culturale, attraverso un appalto che dia luogo alla stipulazione di un contratto passivo, ai sensi dell'art. 115 d.lgs. n. 42/2004.

⁹⁸⁵ In una tale ottica, infatti, diverrebbe pure difficile giustificare una diluizione del potere decisionale che è comunque connaturata alla compartecipazione nella gestione del patrimonio di interesse storico-artistico in compartecipazione pubblico-privata.

⁹⁸⁶ Competenziali e non solo strettamente economiche.

⁹⁸⁷ Ovvero anche soltanto dei mezzi economici necessari per procedere ad una gestione adeguata del compendio di riferimento.

⁹⁸⁸ A questo scopo si può pure ricordare come l'art. 112 del d.lgs. n. 42/2004 preveda la possibilità di programmazione congiunta nella gestione dei beni culturali attraverso la costituzione di soggetti intermedi che vedano come protagonisti gli enti territoriali tributari dei beni stessi, ma che si arricchiscono della compartecipazione dei privati che possono così concorrere alla programmazione di interesse generale facendosi portatori delle istanze dei corpi sociali intermedi che vengono veicolati in genere dall'associazionismo. Il collegamento funzionale con la comunità di riferimento che viene veicolato attraverso la presenza di soggetti privati all'interno della fondazione fa riferimento pure a quel concetto di comunità culturale che è propria della Convenzione di Faro. Così, in altre parole, si avrebbe un duplice legame che arricchisce contenutisticamente l'ente del terzo settore: da un lato quello tra pubblica amministrazione e cittadini, dall'altro quello tra cittadini e corpi sociali intermedi. Il combinato disposto di

tipologia di soggetti giuridici diviene laboratorio per nuove soluzioni al problema della gestione del patrimonio culturale anche sotto il profilo della innovativa soluzione di esternalizzazione che questi costituiscono⁹⁸⁹. L'apporto del privato non deve tuttavia essere inteso in senso meramente economico⁹⁹⁰. Si potrà, infatti, dare il caso pure di un conferimento di beni culturali da parte del soggetto privato per venire a costituire un compendio che si caratterizzi per concentrare diverse opere all'interno di una collezione, di un polo museale o archeologico ovvero, più in generale, una massa critica di beni di interesse storico artistico che possono meglio essere valorizzati in quanto assoggettati ad una attività programmatoria unitaria⁹⁹¹. Se dunque la partecipazione ed il conferimento da parte di pubbliche amministrazioni all'interno di ETS di tipo fondativo non appare affatto precluso dal disposto normativo ma, anzi, sembra poter essere considerato quale uno dei metodi di esternalizzazione del servizio pubblico culturale⁹⁹², occorre ora considerare come la maggior parte degli attori privati che si affacciano nella gestione del patrimonio di rilevanza storico-artistica sono a loro volta fondazioni. Ed, allora, la partecipazione di una fondazione, con conferimento del relativo patrimonio – in tutto o in parte – appare quale meccanismo idoneo e legalmente consentito di raggiungimento del proprio fine

questi due legami garantisce la gestione del patrimonio culturale di riferimento in maniera il più possibile garantista rispetto alla finalità di uso collettivo che quest'ultimo vede sua propria.

⁹⁸⁹ Ponendosi a mezza via tra la gestione in proprio e la concessione a soggetti terzi per il tramite di un contratto di appalto, come pure si è visto essere possibile a mente tanto del d.lgs. n. 42/2004 che del d.lgs. n. 50/2016 nell'ambito di operazioni a vario titolo riconnesse al c.d. partenariato pubblico privato. Cfr. G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, 2018, pag. 599 e ss. ove si sottolinea tuttavia come l'elemento caratterizzante i contratti in partenariato sia quello della traslazione del rischio tanto nel momento genetico del contratto quanto durante tutta la esecuzione del contratto stesso, dal titolare pubblico del bene al privato erogatore concreto del servizio.

⁹⁹⁰ Fermo ed impregiudicato il limite di conferimento minimo che deve comunque essere rispettato nella costituzione dell'ente del terzo settore di tipo fondativo.

⁹⁹¹ Ovvero essere fonte attrattiva migliore per il turismo riferibile ai beni culturali "commassati". G. GOLINELLI, *Le necessità del sistema museale*, in *Aedon*, 2/2008, sottolineava già da tempo la necessità di fare massa critica per i beni culturali e, di conseguenza, di istituire delle reti per la relativa gestione.

⁹⁹² Eventualmente preceduto da idonee procedure ad evidenza pubblica per la selezione del *partner* cui riferire l'affidamento delle risorse culturali pubbliche.

istituzionale. Ciò si convertirà, non lo si nega in una possibile diluizione della *governance* che sarebbe possibile qualora si considerasse di attribuire i beni fondazione privata, più snella e libera nelle forme rispetto all'assetto gestionale dell'ente del terzo settore. Ma questo è il prezzo da pagare per il migliore raggiungimento degli scopi che la fondazione-ETS stessa si prefigge⁹⁹³. Né, al contrario, questa metodologia operativa si converte in una traslazione non consentita di competenze della pubblica amministrazione, la quale rimane pur sempre titolare degli interessi pubblici della quale è portatrice ai sensi di legge⁹⁹⁴. Semmai, la tutela della posizione di titolarità dei beni giuridici dei quali la P.A. è titolare, si dovrà concretare, al momento della stesura dell'atto fondativo e dello statuto dell'ETS nella presenza di significativi poteri di veto in favore della compagine pubblica⁹⁹⁵. O quantomeno, si dovrà dare corretto peso decisionale al soggetto che, tra tutti, risulti essere titolare dei beni giuridici conferiti ad oggetto specifico della fondazione la cui missione istituzionale è proprio quella di gestire e valorizzare il compendio di beni ad essa relativi. In sintesi, pare che con lo strumento della fondazione del terzo settore partecipata dalla pubblica amministrazione quale ente conferente di beni culturali e di potestà sugli stessi inerenti possa rivelarsi un veicolo estremamente utile per l'erogazione del servizio pubblico culturale. Lo stesso può tuttavia dirsi, in definitiva, qualora l'amministrazione non conferisse beni culturali, ma si limitasse alla compartecipazione funzionale in un ETS che vanti un patrimonio di beni culturali privati o anche solo di risorse vincolate da parte degli stessi. In tal caso, infatti, l'apporto pubblicistico sarà quello di dare accesso all'ente

⁹⁹³ Ovviamente poi le singole operazioni dovranno essere valutate sul piano concreto avendo conto delle finalità statutarie imposte alla fondazione dal proprio atto costitutivo, poiché il conferimento dei beni vincolati in una ulteriore fondazione è atto devolutivo patrimoniale di grande rilievo per la vita del soggetto giuridico.

⁹⁹⁴ A differenza dell'esternalizzazione tramite concessione, infatti, la compartecipazione in un ente del terzo settore consente il controllo e l'azione diretta della pubblica amministrazione con riferimento ai beni che sono in questa conferiti. Donde veicola in definitiva una più significativa presenza pubblica nell'erogazione del servizio pubblico culturale.

⁹⁹⁵ In questi termini la questione in ordine alle competenze si converte in realtà in una questione di modalità di redazione dell'atto statutario e, più in generale, della disciplina di funzionamento del soggetto giuridico complessivamente considerata.

del terzo settore ad una serie di articolati strumenti di diritto pubblico⁹⁹⁶ che sono sviluppabili solo da parte delle pubbliche amministrazioni. E che, proprio per la loro propria natura, fungono essi stessi, come si avrà modo di vedere, da figure giuridiche di tutela per le finalità di interesse generale che vengono ad essere perseguite tanto dalla pubblica amministrazione quanto dagli enti del terzo settore⁹⁹⁷.

Il che porta ad una ultima serie di riflessioni sull'argomento, ovverosia quella più propriamente involgenti l'eterogenesi dei fini⁹⁹⁸ che la creazione di un ente del terzo settore di natura mista pubblico privata viene a creare nei fatti. Ora, si deve ricordare che, già a partire dal dato costituzionale, il prospetto competenziale in tema di beni culturali risulta scisso tra centro e periferia, essendo riservata allo stato, nelle sue diverse articolazioni, la tutela del patrimonio storico-artistico, mentre essendo demandata alla competenza concorrente la valorizzazione dello stesso. Rientra dunque nelle precipe finalità istituzionali della pubblica amministrazione la gestione del patrimonio culturale⁹⁹⁹. Si è poi detto che trasladando in una ottica di effettività il concetto stesso di valorizzazione, vi è competenza dell'ente pubblico pure all'erogazione del servizio pubblico culturale,

⁹⁹⁶ Rispetto ai quali si vedrà poco oltre le modalità operative.

⁹⁹⁷ In questa ottica la partecipazione di soggetti pubblici in enti formalmente privati è portatrice di sinergie significative riconosciute dal legislatore già in altri ambiti applicativi, come ad esempio è avvenuto con riferimento alle società pubbliche partecipate, oggi disciplinate dal d.lgs. n. 175/2016. Non si nega la natura privata di queste società. Eppure la sola presenza di un ente pubblico è idonea a modificarne lo statuto giuridico, pur sempre senza snaturarlo. Allora non v'è ragione per non ammettere che, assieme a delle indubbie peculiarità dovute al soggetto giuridico partecipante, non si possa dare accesso pure a strumenti d'azione propri della pubblica amministrazione che possano trovare sviluppo, con i debiti adattamenti, pure a entità formalmente private.

⁹⁹⁸ L'espressione, se pur riferita ad una diversa vicenda di utilizzo di fondi riferiti ai beni culturali, è usata anche da L. COVATTA, *Il cavallo e la soma*, in *Aedon*, 3/2014, per sostenere come le risorse inizialmente approntate per essere utilizzate a sviluppo di iniziative imprenditoriali, sono state poi riversate nelle fondazioni sinfoniche sostanzialmente a fondo perso. Ciò non è un rischio che si concreta invece nel caso di costituzione di un ente del terzo settore. Infatti nello stesso atto istitutivo si specifica il divieto di sviamento funzionale dei conferimenti effettuati, rafforzato dalla normativa di controllo di cui si è detto al capitolo che precede.

⁹⁹⁹ Per approfondire il tema cfr. R. CHIARELLI, *Profili costituzionali del patrimonio culturale*, Torino, 2010.

secondo lo schema che si è definito nelle pagine che precedono¹⁰⁰⁰. Del pari, si è pure rammentato che in una ottica sia di efficientamento che di miglioramento dell'efficacia gestionale si può dare adito alla partecipazione privata tanto in fase di programmazione dell'attività sulla risorsa, che in termini di erogazione indiretta del servizio¹⁰⁰¹. Si può quindi dire sussistente un interesse pubblico legalmente riconosciuto al perseguimento della finalità di valorizzazione e più in generale di gestione del patrimonio culturale pubblico. Contermine a questo interesse vi è quello di carattere generale che può essere fatto proprio dall'ETS, nella misura in cui questo è riconosciuto formalmente dalla legge quale fine istituzionale dell'ente del terzo settore, essendo lo stesso previsto in via generale e preventiva dalla norma come meritevole di tutela e rilevante per l'ordinamento¹⁰⁰². Ora, nel momento in cui il soggetto del terzo settore viene ad essere costituito da parte di una pubblica amministrazione, è evidente che la finalità di interesse collettivo rappresentata dal Codice del terzo settore viene sublimata all'interno dell'interesse pubblico dell'amministrazione conferente. Si deve infatti ricordare che mentre per il privato può darsi una pluralità di finalità alcune delle quali rientranti nel disegno normativo e come tali rilevanti per la disciplina afferente al terzo settore, per l'ente pubblico le uniche finalità legittimamente perseguibili sono quelle di interesse pubblico normativamente prestabilite in via generale ed astratta dalla disposizione che prevede i relativi poteri ed, in maniera del tutto fisiologicamente connaturata, li limita¹⁰⁰³. Proprio per tale ragione si deve porre

¹⁰⁰⁰ Ove la tutela, infatti, non possa prescindere dalla contermine valorizzazione, nella superiore ottica della gestione complessiva della risorsa, si può giungere ad affermare che le due funzioni, ammesso che concettualmente possano essere separate, ben potranno assommarsi all'interno di un unico soggetto. G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in *Aedon*, 3/2004, ove l'Autore individua in questo senso delle ben precise linee di tendenza dell'ordinamento.

¹⁰⁰¹ L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2001.

¹⁰⁰² Ancora una volta il riferimento corre all'art. 5 d.lgs. n. 117/2017 ove come noto sono previste le finalità legalmente ammesse per gli enti del terzo settore.

¹⁰⁰³ Tant'è vero che nel caso specifico in cui l'amministrazione venga in concreto a perseguire delle finalità che non sono sue proprie in quanto avulse dalla disposizione di legge si incorre in una figura sintomatica dell'eccesso di potere costituita dallo sviamento rispetto alla finalità di interesse pubblico. Cfr. G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008, pag. 244, ove sottolinea come la giurisprudenza riconosca sussistente l'eccesso di potere per sviamento nel caso in cui il funzionario che

attenzione sulla compatibilità finalistica della costituzione di un ente del terzo settore rispetto al ruolo dell'amministrazione che va a parteciparvi¹⁰⁰⁴. Ed, allora, qualora si faccia questione della istituzione di un ETS tra privati ed enti pubblici territoriali, anche alla luce del disposto della legge fondamentale, non pare sussistano fondate ragioni per negare a questi ultimi l'accesso allo strumento in parola, posto che la pubblica amministrazione che risulti titolare di beni culturali o di potestà relative a questi ultimi si pone *ex se* nella necessità di tutelare e valorizzare questo patrimonio giuridico in via diretta o mediata¹⁰⁰⁵. Diversa questione, invece, si pone ove si vadano ad esaminare le prospettive di azione degli altri enti pubblici non territoriali. In tal caso, infatti, si dovrà esaminare il disposto della disciplina istitutiva degli stessi per saggiare la conformità della costituzione dell'ente del terzo settore rispetto alla relativa missione istituzionale. In altri termini, allora, la verifica circa l'istituibilità dell'ETS da parte della pubblica amministrazione non territoriale dovrà giocoforza avvenire caso per caso con riferimento al relativo atto costitutivo di rango legislativo o di rango diverso e, più in generale, alla disciplina di riferimento degli stessi¹⁰⁰⁶.

emana l'atto si trovi nell'intenzione di favorire un privato. Tuttavia, si deve ritenere che l'eccesso di potere in questi termini configurato debba dirsi sussistente anche qualora l'amministrazione pubblica persegua un interesse pubblico diverso rispetto a quello che l'ha vista tributaria. Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 23 luglio 2015 n. 3652, ove si faceva questione delle autorizzazioni alla costruzione di un elettrodotto che andava passibile di essere autorizzato, tra gli altri, dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il dicastero, nell'ambito del procedimento, aveva fatto proprio l'interesse economico alla realizzazione dell'opera. La posizione, tuttavia, è stata cassata proprio in ragione del fatto che l'amministrazione era preordinata per legge al perseguimento di diverso interesse e, nello specifico, di quello della tutela delle risorse naturali e dell'ambiente.

¹⁰⁰⁴ Sebbene, in astratto, possa sempre dirsi che una amministrazione che sia titolare di beni culturali sia vincolata nella propria missione istituzionale alla relativa tutela e valorizzazione, secondo lo schema che si è andati evidenziando al primo capitolo.

¹⁰⁰⁵ Come si è visto, infatti, il Codice dei beni culturali e del paesaggio impone espressamente agli enti territoriali di porre in essere azioni programmatiche poi di erogazione diretta del servizio pubblico culturale, come sottolineato da G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, 3/2003

¹⁰⁰⁶ Non si nega tuttavia, che nella maggior parte dei casi, il problema sarà superato dalla circostanza per cui gli enti pubblici dotati di beni culturali sono solitamente gli enti territoriali ovvero enti costituiti *ad hoc*

Nei termini che si sono anzi descritti, pare allora che il ruolo degli enti del terzo settore, del sub genere delle fondazioni, partecipati dalla pubblica amministrazione possano promuovere e porsi in linea con quel vincolo immanente che costituisce il principio di azione della P.A. Ed, anzi, che attraverso l'essere preordinati teleologicamente al soddisfacimento di interessi di carattere generale questi finiscano con il sublimare¹⁰⁰⁷ il vincolo imposto ai beni conferiti in fondazione abbracciando per essi la stessa finalità di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale. Si può quindi dire, in definitiva, che il conferimento dei beni imprime lo stesso vincolo finalistico immanente a questi stessi rispetto all'attività tutta del soggetto giuridico che ne diviene custode.

Questione diversa, invece, quella riguardante il caso in cui la fondazione non veda conferiti beni culturali bensì solamente fondi di danaro per la creazione o lo sviluppo di metodologie gestorie per il patrimonio storico artistico¹⁰⁰⁸. In questo caso, infatti, permane parimenti il vincolo di scopo, ma sarà più difficile giustificare, in punto di diritto pubblico, la persistenza di un interesse alla gestione in così congeniata dei beni culturali con creazione di un ente succedaneo la cui utilità concreta potrebbe venire ad essere revocata in dubbio¹⁰⁰⁹. In tempi in cui l'azione amministrativa è imperativamente vincolata al rispetto della disciplina afferente al pareggio di bilancio con tutti i mezzi attraverso i quali questo obiettivo deve essere raggiunto, infatti, rischierebbe di risultare di difficile giustificazione l'apprestare uno strumentario che potrebbe essere visto come un inutile doppione di quanto

proprio per la gestione e valorizzazione del compendio di beni che ad essi è riferibili. In tali termini, dunque, per questi casi si avrà che la disciplina istitutiva della pubblica amministrazione conferente sarà già di per sé dirimente nella maggior parte dei casi in cui si faccia questione della istituzione di un ETS con conferimento di beni culturali da parte dell'amministrazione titolare. Più difficile decifrare la situazione, invece, nel caso di amministrazione che compartecipi alla gestione del patrimonio privato.

¹⁰⁰⁷ A. AMORTH, *Una nuova sistematica per la giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1943, in specie pag. 76 e ss., parla appunto di sublimazione nell'interesse legittimo della posizione di interesse dei cittadini rispetto all'attività della pubblica amministrazione. Si è presa in prestito la relativa espressione, convertendone parzialmente il senso ma non la sistematica di fondo.

¹⁰⁰⁸ Ovvero anche, e sarà forse in questo caso lo scopo preminente delle fondazioni di erogazione, per la creazione di beni culturali.

¹⁰⁰⁹ Sebbene l'esistenza dell'ente fondativo potrebbe venire ad essere giustificata con l'assenza, nell'ambito dell'amministrazione conferente, di risorse necessarie per la valutazione tecnica delle azioni direttamente finanziate per mano dell'ETS.

gli uffici già sono tenuti a fare sulla base delle disposizioni che ne delineano l'azione. Tuttavia, anche in questo caso, deve essere ricordato che il dato normativo già riconosca la possibilità di apporto privato all'interno della più generale attività di programmazione inerente alla valorizzazione dei beni culturali. È però proprio il dato normativo che, se da un lato consente forme di compartecipazione programmatoria, dall'altro impedisce che lo strumento giuridico delineato dal d.lgs. n. 42/2004 possa dare adito all'esercizio di un ruolo operativo da parte dei soggetti privati. Ecco allora che in tale ottica l'utilizzo dell'ente del terzo settore compartecipato dall'ente pubblico e dai soggetti privati non appare come un doppione di qualcosa già previsto in linea generale dal Codice dei beni culturali, in quanto in questo caso l'ETS non avrebbe solo un ruolo meramente programmatorio e di contemperamento tra diverse istanze pubblico-private, bensì si porrebbe quale ente operativo per l'erogazione del servizio pubblico culturale¹⁰¹⁰. Il punto

¹⁰¹⁰ In questi termini, allora, è il ruolo operativo dell'ente culturale che ne giustifica l'esistenza anche qualora non si veda conferitario di beni culturali da valorizzare. In quest'ultimo caso, tuttavia, si potrà postulare un obbligo di motivazione rafforzato in capo alla pubblica amministrazione che voglia istituire un ente del terzo settore per l'erogazione del servizio pubblico culturale. Un tanto può essere visto in analogia con quanto espressamente previsto con riferimento alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni. L'art. 4 del d.lgs. n. 175/2016 prevede invero le finalità che possano essere perseguite da questi soggetti giuridici, laddove il successivo articolo 5 stabilisce invece puntualmente quali sono gli oneri motivazionali, prescrivendo in particolare che l'acquisto di partecipazioni in soggetti terzi *“deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa. L'atto deliberativo di cui al comma 1 dà atto della compatibilità dell'intervento finanziario previsto con le norme dei trattati europei e, in particolare, con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato alle imprese. Gli enti locali sottopongono lo schema di atto deliberativo a forme di consultazione pubblica, secondo modalità da essi stessi disciplinate”*. Quanto alla finalità perseguita, si dovrà allora dimostrare come i fini previsti per gli enti del terzo settore rientrino nella missione istituzionale dell'amministrazione che viene a costituire l'ETS. Con riferimento, invece, alla utilità che si ritrae dallo sviluppo di un ente del terzo settore, la P.A. dovrà invece dare dimostrazione di come le attività che possono essere portate avanti dal soggetto giuridico non siano sostituibili attraverso le ordinarie modalità operative dell'amministrazione. Si tratterà, in ogni caso, come si anticipava di una scelta ampiamente discrezionale, in quanto non direttamente vincolata al dato normativo come avviene per la

focale, in altre parole, muove dalla posizione di giustificazione dell'esistenza dell'ente partecipato da parte della pubblica amministrazione verso il punto di vista del soggetto privato¹⁰¹¹. Se ed in quanto quest'ultimo possa fornire utili strumenti di diritto privato che possano aggiungersi alle formule operative già esistenti per le PP.AA. allora si potrà giustificare anche sotto il profilo di una eventuale spesa pubblica la presenza dell'amministrazione stessa in un ente che potrebbe invece apparire quale inutile duplicato di enti già esistenti¹⁰¹².

partecipazione dell'amministrazione in società, che invece sconta come si è visto una disciplina analitica e particolarmente stringente. Aiuta in questa opzione esegetica pure la circostanza che gli enti del terzo settore non dovrebbero – quantomeno in linea generale – presentare dei possibili disavanzi di bilancio che debbano poi successivamente essere ripianati dall'amministrazione partecipante. Tale eventualità, infatti, era espressamente quella che il legislatore riformista del 2016 ha cercato di evitare dettando una normativa che in definitiva appare disincentivante rispetto alla costituzione e mantenimento di partecipazioni pubbliche all'interno di società di diritto privato proprio perché veicolo in passato di notevoli perdite per la compagine pubblica dovute a gestioni non improntate all'imprenditorialità ma che seguivano logiche parzialmente diverse rispetto a quelle delle ordinarie società lucrative. Per una introduzione sul complesso tema delle responsabilità dell'attore pubblico all'interno delle società di diritto privato, F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, specie pag. 39 e ss.

¹⁰¹¹ A dire che sarà attraverso lo strumentario previsto appannaggio dell'ente del terzo settore in quanto soggetto formalmente privato che si misurerà l'utilità della partecipazione pubblica all'interno dello stesso. Ciò poiché alla P.A. potrebbe essere precluso l'utilizzo di alcuni strumenti di diritto civile cui invece ha accesso l'ETS.

¹⁰¹² In questo caso, tuttavia, con tutta evidenza l'analisi muove dal diritto pubblico per virare verso profili di diritto privato che per questioni di continenza non potranno essere approfonditi in questa sede. Basti solo in questa sede sottolineare come già l'accesso a facilitazioni di tipo fiscale potrebbe essere ritenuto una ragione giustificativa di per sé sufficiente all'istituzione del soggetto giuridico. Cfr. A. SANTUARI, *Le organizzazioni non profit*, Padova, 2012, specie pag. 173 e ss. ove si prendono specificamente in considerazione le fondazioni in partecipazione anche sotto il profilo fiscale e organizzativo

.VII. I nuovi soggetti del terzo settore tra vecchie e nuove formule di coordinamento.

Una delle principali novità della neointrodotta disciplina del terzo settore è forse costituita dalla possibilità di coordinamento dei diversi enti che ne compongono la galassia. In quest'ottica è fondamentale l'azione di raccordo del registro unico che, attraverso le proprie declinazioni territoriali, funge da centro di valutazione di rispondenza alle finalità di utilità generale delle attività prestate dagli ETS. E, attraverso la verifica puntuale di rispondenza dei patrimoni degli ETS e della conformità al dato normativo dei relativi scopi, funge da raccordo ideale per la relativa galassia garantendo gli scopi che il legislatore si è voluto prefiggere con la elaborazione di una novella legislativa di tale portata. Il coordinamento diviene allora essenziale all'interno di una scala valoriale che non presuppone più rapporti di sovraordinazione e sottordinazione, quanto piuttosto di competenza ed autonomia reciproca. In tale ottica *“il coordinamento non è di per sé una relazione organizzativa, bensì, ... il risultato dell'esercizio di poteri inerenti a diversi tipi di rapporti organizzativi”*¹⁰¹³.

Anche con riferimento agli enti del terzo settore, una volta che ne è stata appurata la possibilità di partecipazione di soggetti pubblici che a vario titolo possono conferire beni di rilevanza storico-artistica ovvero che attraverso questi stessi enti trovano formule più snelle per la valorizzazione del patrimonio culturale, ci si trova innanzi alla necessità di formare un sistema di interrelazioni attraverso le quali far coesistere i diversi soggetti che a vario titolo concorrono nell'erogazione del pubblico servizio culturale. Questa necessità muove dalla consapevolezza che proprio per la natura e latenza del servizio pubblico culturale vi sia la necessità di un interscambio continuo di mezzi ed informazioni acciocché questo possa essere erogato con efficacia¹⁰¹⁴. Ciò che si è andato dimostrando

¹⁰¹³ D. D'ORSOGNA, *Le relazioni organizzative, op. cit.*, pag. 118, cit. L'Autore, peraltro, sottolinea come la dottrina maggioritaria ritenga che il termine indichi rapporti di equiordinazione tra attività che pur distinte debbono essere destinate a porre in essere un disegno unitario. Pur nell'incertezza della ricostruzione dogmatica della figura, comunque, l'Autore riferisce la figura a quegli strumenti di natura organizzativa preordinati all'armonizzazione dell'attività di diversi centri competenziali. In tale ottica il coordinamento non è né un potere, né una tipologia di relazione organizzativa, ma solo il risultato cui si perviene attraverso relazioni di equiordinazione e sovraordinazione-sottordinazione.

¹⁰¹⁴ Ne sono un esempio le reti museali, che, specie in realtà dove i poli attrattivi rivestano dimensioni medie e piccole, sono necessari per garantire l'efficacia di un servizio pubblico che possa dirsi al contempo

nel tempo, infatti, è viepiù la difficoltà di rendere una tutela effettiva dei diritti azionabili con riferimento al patrimonio storico artistico¹⁰¹⁵. Senza lo sviluppo di modelli che possano dirsi realmente innovativi, si procederà sempre all'erogazione diretta da parte dello Stato¹⁰¹⁶, che la maggior parte delle volte procede per compartimenti stagni, rifuggendo fisiologicamente l'interazione attiva con gli altri attori del panorama non solo pubblicistico ma anche, e soprattutto privatistico¹⁰¹⁷. Come alternativa a questo modello, peraltro, la semplice esternalizzazione a soggetti privati non pare essere per forza la misura più efficace, specie a fronte del fatto che una gestione che punti alla locupletazione economica produce giocoforza un rialzo nel costo di accesso alla risorsa. Infatti, *“la Costituzione, a fronte del pluralismo istituzionale delineato nella materia dei beni culturali (artt. 117 e 118) e della doverosità dell'impegno richiesto a tutte le articolazioni della*

attraente per i propri fruitori, efficaci nella tutela e valorizzazione del patrimonio, e non – eccessivamente – oneroso per le casse pubbliche cui il patrimonio stesso viene a fare riferimento. Proprio dalla necessità di sviluppare entro un più ampio raggio di azione questo modello giuridico, si andrà a proporre lo sviluppo di un contratto di rete tra enti del terzo settore veicolato attraverso un accordo di programma quale strumento ibrido riconosciuto appannaggio delle amministrazioni pubbliche intese in senso lato.

¹⁰¹⁵ Specie con riferimento ai beni culturali che non si inseriscono in circuiti di valorizzazione adeguati a fare massa critica, si pongono questioni serie circa la effettività della tutela delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal legislatore in capo ai consociati. Cfr. G. GOLINELLI, *op. cit.* ove l'Autore sottolinea come la misura eccessivamente piccola dei poli museali porti in concreto a diseconomie di scala che influiscono in definitiva in maniera diretta sull'effettività dell'erogazione del servizio pubblico culturale.

¹⁰¹⁶ O attraverso le sue varie articolazioni, che però scontano l'inefficienza che a monte si può ritrovare nelle strutture ministeriali, o attraverso l'esternalizzazione, che però come visto finisce per diluire la potestà di controllo e aumentare i costi finali di accesso alla risorsa. P. LEON, *Tavola rotonda sul regolamento di organizzazione del ministero per i Beni e le Attività culturali (Roma, 9 marzo 2000)*, in *Aedon*, 2/2000, afferma con riferimento alla struttura ministeriale che *“il decentramento, nel senso della regionalizzazione, si è affievolito, avremmo dovuto favorire, nel regolamento, un più forte decentramento dei poteri del ministero. Quello che alcuni vedono come un appesantimento, e cioè la divisione in varie direzioni generali rispetto alla grande direzione generale ... è già una forma di decentramento. Se non si possono avere altri direttori unici (e tirannici) è evidente che bisogna distinguere i poteri per materia, diluendoli e moltiplicando gli uffici. Certo, questa diluizione genera un problema di coerenza tra diversi settori”*.

¹⁰¹⁷ Un tanto sulla scorta della circostanza per cui si è ritenuto che la funzione di tutela sia un appannaggio esclusivo dell'amministrazione statale che non può essere delegato – o anche solo condiviso – né con amministrazioni locali né, tantomeno, con soggetti privati.

*Repubblica (art. 9), sembra suggerire anzitutto la strada della cooperazione fra soggetti pubblici. Cooperazione che in particolare il Codice dei beni culturali e del paesaggio più volte riprende tanto in tema di tutela quanto di valorizzazione (specialmente artt. 5, 18, 29, 52, 103, 112, 114 e 115) e che a ragione è stata definita come "uno degli elementi portanti del diritto del patrimonio culturale vigente". Essa invero rappresenta una vera e propria esigenza sistemica, tenuto conto che oltre al pluralismo delle competenze esistono la molteplice appartenenza dei beni culturali, l'intreccio fra politiche dei beni culturali e altre politiche pubbliche e la dislocazione di dette politiche fra vari attori istituzionali con la connessa frammentazione decisionale*¹⁰¹⁸. È, infatti, ancor oggi esiguo il numero di accordi di valorizzazione pubblico-privati, e per diversi motivi¹⁰¹⁹. Ma, proprio per questa ragione, paiono sussistere significativi margini di miglioramento, che aprono spazi inediti all'utilizzo di nuovi strumenti flessibili e magari coniati pure per ambiti applicativi diversi, ma che possono oggi essere sviluppati nell'ambito dell'erogazione del servizio pubblico culturale. Ciò a cui si punta attraverso questi sistemi innovativi di interrelazione è proprio giungere al coordinamento di diversi procedimenti e competenze tutti afferenti all'erogazione del servizio pubblico. Senza voler anticipare i risultati della ricerca, l'ottica in cui si cerca di inscrivere questo tipo di rapporti tra enti e procedimenti è quello della operazione amministrativa¹⁰²⁰ quale formula di contemperamento di diverse posizioni di

¹⁰¹⁸ G. SCIULLO, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare – una spesa, un investimento, op. cit.*, cit. L'Autore, in particolare concentra l'attenzione sulla circostanza per cui anche alla luce delle recenti riforme in tema di beni culturali, ci si trovi innanzi ad un fondato rischio di municipalismo che crea forti ostacoli all'investimento in materia di beni culturali e provoca in definitiva rivendicazioni a catena che non fanno altro che rallentare ed ostacolare quella valorizzazione effettiva dei beni culturali che assurge invece ad obiettivo primario tanto del legislatore costituzionale – anche in esito alla riforma del titolo V del 2001 – quanto di quello ordinario, come rammostra l'adozione del d.lgs. n. 42/2004 e le successive modifiche allo stesso nonché la legislazione settoriale che si è prodotta nel corso del tempo in materia.

¹⁰¹⁹ G. Sciullo, *op. cit.*, opta per esempio per un diffuso sentimento di resistenza al cambiamento ed un clima di generale incertezza circa il ruolo del MIBACT, ancorché a diversi anni dalla relativa istituzione.

¹⁰²⁰ Si è debitori in tal senso dello studio operato da D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005. L'Autore, partendo dalla nozione di operazione amministrativa per come questa era inizialmente intesa nel panorama dottrinario – ossia quale atto materiale posto in essere dalla pubblica amministrazione in antitesi rispetto all'attività che ne costituisce il *proprium*, ossia quella provvedimentoale *ex se* immateriale, astrae il concetto creando una vera e propria teoria ordinamentale che

interessi tutte concorrenti ad una superiore unità d'intenti nel conseguire la piena tutela e valorizzazione del patrimonio culturale italiano. Donde alla più effettiva erogazione in favore del cittadino del relativo servizio pubblico. Una siffatta figura è a maggior ragione necessaria ove si rammenti come le competenze afferenti ai beni di interesse storico-artistico sono per espressa volontà del costituente attribuite a plessi amministrativi tra loro diversi e non necessariamente interconnessi attraverso gangli intermedi del corpo dello Stato¹⁰²¹. In altri termini, laddove lo sviluppo di strumentalità alternative nella gestione del patrimonio culturale è utile per la migliore efficacia, questo diviene viepiù necessario per contemperare le posizioni competenziali che emergono una volta che si vada a leggere il tessuto normativo nel quale inscrivere l'esercizio di funzioni pubblicistiche tanto delicate¹⁰²².

attraverso il coordinamento competenziale consapevole di una realtà amministrativa contemporanea quantomai *“problematica eterogenea e multiforme, per altro verso un contesto organizzativo complesso, policentrico e reticolare”*. In quest'ottica, quindi, l'azione amministrativa contemporanea *“va inquadrata e spiegata nell'orbita di un principio diverso: quello dello svolgimento necessariamente coordinato (o collegato o unificato, a seconda dei casi) di tutte le competenze, i poteri, i procedimenti, le decisioni e (se necessari) i provvedimenti cooperanti verso (o condizionanti) il raggiungimento di un risultato concreto unitario”*.

¹⁰²¹ Corpi amministrativi intermedi veri e propri sono previsti, infatti, sollo all'interno di un medesimo plesso amministrativo, come avviene con le Soprintendenze locali rispetto al Ministero dei Beni Culturali. Viceversa, qualora si tratti di plessi amministrativi autonomi, magari afferenti a diverse potestà legislative come avviene con le Regioni, si dovrà aprire la strada a formule di coordinamento. Ciò anche qualora si debba dare unità d'azione a diverse iniziative di soggetti formalmente – o sostanzialmente – privati.

¹⁰²² Giova ricordare, siccome particolarmente utile in materia, come la Corte costituzionale si sia espressa a più riprese sul tema, venendo a porre gli assi cartesiani del coordinamento che da tecnico può sfociare in quello tecnico-amministrativo a livello superiore, come tale foriero di una maggiore possibilità di risultato. Presupposto di una tale figura giuridica, è proprio la presenza di diversi plessi competenziali che tra loro non si pongono in stretto rapporto di sovraordinazione-sottordinazione, bensì debbono essere entrambi compartecipi della gestione della cosa pubblica. Questa consapevolezza è divenuta tale con sempre maggiore intensità a seguito della riforma operata con la legge costituzionale n. 1/2001. Per una rassegna delle principali pronunce che sul tema si sono susseguite immediatamente dopo alla entrata in vigore della novella costituzionale, sia consentito il rinvio alla approfondita trattazione di G. CORSO – V. LOPILATO (a cura di), *op. cit.* specie pag. 512, nonché, con specifico riferimento ai problemi del regionalismo che questa tipologia di assetto sistemico comporta, P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova, 2003, specie pag. 187 e ss.

In quest'ottica la partecipazione della P.A. nei soggetti del terzo settore, lungi dall'essere un inutile sdoppiamento di funzioni che potrebbero essere esercitate anche prescindendo dalla frapposizione di un ente intermedio formalmente privato, diviene porta di accesso per gli strumenti giuspubblicistici attraverso i quali erogare un vero e proprio servizio pubblico. In questi termini, si deve ricordare che la veste assunta dallo strumento è affatto indifferente rispetto al risultato che si vuole realizzato¹⁰²³. La selezione di modelli pubblicistici con i quali ammantare l'attività di soggetti anche formalmente privati, ma sostanzialmente collettivi, consente infatti di approntare una serie di guarentigie che tutelano innanzitutto il pieno raggiungimento dello scopo istituzionale della P.A., che è il prodursi in una azione vincolata teleologicamente verso il bene di tutti i cittadini. Questo consente dunque una duplice utilità nel mezzo prescelto per l'erogazione del servizio pubblico culturale, garantendo quello scopo, o natura, intrinsecamente pubblico dei beni culturali¹⁰²⁴. E qui si rinviene pure come sia fruttuoso l'aver individuato soggetti del terzo settore che possano essere partecipati da pubbliche amministrazioni quale via di accesso ad uno strumentario maggiormente rispondente a quelle finalità di interesse collettivo che improntano l'erogazione di un servizio pubblico. Un tanto pure in un'ottica di servizio amministrativo che, a prescindere dal settore di riferimento nel quale lo si voglia inquadrare, si presenta quantomai liquido e reticolare, caratterizzato cioè dal coesistere di istanze tra loro poste in rapporto non di semplice sovraordinazione-sottordinazione, quanto sempre più spesso di equiordinazione. Quando non addirittura di reciproca indifferenza¹⁰²⁵.

¹⁰²³ *Contra* G. BOSI, *Lo statuto giuridico dell'impresa culturale italiana*, in *Aedon*, 3/2014, ove si afferma che in buona sostanza vi sarebbe una neutralità delle forme giuridiche attraverso cui i soggetti vengano a gestire i beni culturali. Questa impostazione dimentica, tuttavia, che sulla base della veste giuridica assunta dal soggetto erogatore, si potranno predisporre strumenti diversi per garantire la maggiore efficacia della relativa azione.

¹⁰²⁴ In questo senso è da intendere la sublimazione dell'interesse collettivo attraverso gli enti del terzo settore che operino con riferimento ai beni culturali di cui si accennava al paragrafo che precede.

¹⁰²⁵ È questo il sedime concettuale all'interno del quale inscrivere l'operazione amministrativa. In un quadro che vuole la P.A. sempre più disomogenea, ovvero sia suddivisa per compartimenti stagni di competenze che difficilmente interscambiano informazioni tra loro, è difficile trovare legami che possano permettere uno sviluppo organizzato dei pubblici poteri in vista di una utilità comune superiore, comunque preordinata al

In tale ottica sistemica diviene oggi sempre più difficile inscrivere un'azione amministrativa che si faccia forza di una comunanza di intenti abile a raggiungere risultati soddisfacenti per interessi che, se non sempre comuni, molto spesso risultano essere contermini. Si tratta, in altre parole, di guardare all'azione amministrativa nell'ottica del risultato, che fa prescindere dall'adozione di rigidi canoni d'azione come tradizionalmente intesi dalla scienza e financo dalla prassi, verso operazioni complesse che meglio rispondano alle mutate esigenze afferenti al servizio pubblico. Il che non fa tuttavia dimenticare come questi strumenti non siano un fine in sé costituito per l'azione amministrativa, bensì sempre e soltanto un mezzo verso il raggiungimento di finalità superiori di interesse pubblico¹⁰²⁶.

Significativo indice dell'applicabilità di moduli inizialmente pensati in una ottica pubblicistica anche per soggetti che tradizionalmente pubblici non sono è rinvenibile proprio all'interno della norma che espressamente riconosce il potere di ingerenza della pubblica amministrazione all'interno della vita delle fondazioni tradizionalmente intese di cui come si è visto è manifestazione l'art. 26 del Codice civile¹⁰²⁷. La disposizione deve

soddisfacimento di bisogni propri della collettività di riferimento vista come un complesso multiforme di istanze che non possono essere ridotte ad omogeneità per semplice disposto normativo.

¹⁰²⁶ Così E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, 3/2018.

¹⁰²⁷ A. BARBA – S. PAGLIANTINI (a cura di), *op. cit.*, sottolineano come questa norma sarebbe stata ispirata dalla necessità di correggere la rigidità altrimenti estrema che deriverebbe dall'applicazione sempre e comunque letterale della volontà del fondatore. Sarebbero così ammesse le variazioni statutarie di tipo organizzativo, tali cioè da non compromettere, stravolgere e pure, diremmo, modificare in maniera essenziale, la volontà originaria del fondatore. Invero, il problema dei limiti alla modificabilità dell'organizzazione voluta dal fondatore risiede principalmente nella circostanza per cui solitamente la volontà del fondatore non è più tutelabile ove l'ente sia costituito per lascito testamentario. Per questa ragione si viene solitamente a giustificare l'ingerenza pubblica organizzativa – non altrimenti motivata dalla tutela dei creditori. È tuttavia evidente che, ove la fondazione non abbia derivazione testamentaria, non sussiste questa necessità ed il controllo sull'operato dell'ente verrà veicolato in concreto attraverso gli organi che si saranno predisposti nell'atto costitutivo o nello statuto per determinarne l'attività. In questo caso, insomma, pare difficile giustificare l'ingerenza di scopo della pubblica amministrazione all'interno della vita sociale della fondazione. Peraltro, il processo di tutela progressiva degli interessi collettivi è stato lungo e laborioso, procedendo di pari passo con la mutata sensibilità giuridica che si riferiva alla nozione di interesse

pure essere letta storicamente rispetto al modo di considerare l'interesse pubblico, posto che non vi poteva essere bene collettivo che non coincidesse con gli obiettivi perseguiti dallo Stato nel perseguimento della pubblica utilità. È evidente che questo modo di vedere coincide con una visione amministrativa centralistica che vuole l'apparato statale come un monolite impermeabile agli apporti esterni¹⁰²⁸. E ciò valeva sia con riferimento a eventuali

legittimo per come è venuto ad essere elaborato dalla scienza giuridica contemporanea nei suoi risvolti di tipo sostanziale quanto processuale. Si è, invero, progressivamente fatta strada l'idea che l'interesse legittimo quale situazione giuridica legittimante non solo l'azione giudiziale bensì anche quale posizione afferente ad interessi di tipo sostanziale che vivono nel procedimento, fosse direttamente inerente ad un sostrato metagiuridico riferentesi ad un bene della vita che attraverso l'azione dei pubblici uffici doveva essere raggiunto ovvero conservato. Con riferimento agli orientamenti più autorevoli espressi in tempi recenti il riferimento corre all'elaborazione dottrinale di A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., nonché E. CARDI – A. NIGRO (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Bologna 1994. La giurisprudenza, di contro, dapprima ha negato la tutela diretta dell'interesse legittimo, ritenendola una posizione a tutela solo indiretta e strumentale, per tutte Consiglio di Stato sez. V, 19 febbraio 1976, n. 274 e sez. VI, 11 gennaio 1990, n. 72. Solo successivamente, infatti, si è giunti al riconoscimento della natura sostanziale dell'interesse legittimo, con decisioni come Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 1994, n. 134 e 23 luglio 1994, n. 805. Giunti a questa progressiva consapevolezza si è discusso della tutela di posizioni giuridiche superindividuali che potevano non essere direttamente coincidenti con l'interesse pubblico del quale si faceva tutrice in via diretta la pubblica amministrazione cfr. AA.VV. *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio – Pavia 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976. Si è tuttavia sempre riscontrato il problema di individuare una situazione legittimante all'azione innanzi al giudice amministrativo per posizioni giuridiche tendenzialmente apolidi. Se infatti si è progressivamente venuti distinguendo l'interesse legittimo quale elemento differenziante rispetto al sostrato metagiuridico dell'individuo rispetto alla collettività, è di converso sempre stato arduo comprendere come possa darsi una posizione di diritto afferente una pluralità di individui che possa giungere ad essere azionabile da individui singoli in modo tale da avere rilevanza non solo innanzi al giudice bensì pure anche di fronte all'amministrazione che si faccia portatrice dell'interesse collettivo.

¹⁰²⁸ Per un approfondimento sull'evoluzione della fisionomia della pubblica amministrazione italiana, cfr. P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978, G. MELIS, *Storia e apparati statali dall'unità dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, E. ROTELLI, *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, Bologna, 1981 nonché B. SORDI – L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2006 e F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1890, utile a spiegare la concezione centralistica dell'idea amministrativa ai tempi immediatamente seguenti all'unità del neonato stato italiano.

rapporti centro periferia di delocalizzazione nell'esercizio delle pubbliche funzioni¹⁰²⁹, sia con riferimento ad una devoluzione verso gli strati sociali dei compiti di cura della cosa pubblica che veniva ritenuta una funzione esclusivamente riservata all'apparato. Va da sé che questo modo di vedere ha visto una profonda evoluzione, specie a partire dagli eventi che, con l'avvento della repubblica costituzionale, hanno seguito la fine del secondo conflitto mondiale. Con l'avvento di una costituzione pluralista si fa strada però l'idea che l'interesse pubblico non coincida sempre perfettamente con l'interesse collettivo di una data comunità, che può peraltro essere perseguito anche dalla stessa comunità presso cui tale interesse insiste¹⁰³⁰. Ecco allora come si giustifica la chiamata in sussidiarietà del titolo V come modificato dalla riforma del 2001 da parte del legislatore costituzionale¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ Sempre attuali in questo ambito le riflessioni di F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, 1970, in particolare pag. 97 e ss. nonché la visione evolutiva prospettata da T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956 pag. 102 e ss. e F. PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforme dello Stato*, Torino, 1996. Più recentemente, ad inizio del XXI secolo con le tentate riforme in senso federalista dell'ordinamento statale si è posto con sempre maggiore forza il tema del federalismo discal e delle sue implicazioni specie con riferimento all'unità dello Stato ed alle necessità di trovare forme di contemperamento tra le istanze delle regioni del nord e le ragioni di equità sociale che imponevano misure di perequazione verso le regioni del sud. Cfr., in tema, E. CORALI, *Federalismo fiscale e costituzione. Essere e dover essere in tema di autonomia di entrata e di spesa di regioni e di enti locali*, Milano, 2010, in specie, con riferimento agli obblighi perequativi che vengono imposti per garantire la tenuta del sistema costituzionale nel suo complesso, pag. 137 e ss.

¹⁰³⁰ Il pluralismo costituzionale, in altre parole, trova una chiave di volta con il riconoscimento pieno dell'autonomismo locale che consente la creazione di nuovi centri decisionali decentrati, con conseguente autonomia anche di spesa, oltre che amministrativa, nel perseguimento degli interessi propri delle collettività di riferimento. Cfr. sul tema D. GRANARA, *Il principio autonomistico nella costituzione*, Torino, 2013, specie pag. 89 e ss. ove si analizza quale sia stato l'impatto sugli statuti regionali ordinari e speciali della riforma del titolo V della Costituzione, come noto attuata dalla legge costituzionale n. 1/2001.

¹⁰³¹ L. CHIELFI – G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, 2004, ove gli Autori facevano pure il punto sulle prospettive di ulteriore riforma del Titolo V per come era in progetto al tempo della stesura. Sebbene come noto tal e riforma non abbia trovato poi l'avallo del referendum confermativo, gli spunti di riflessione sono molteplici, specie quanto riguarda il profilo della devoluzione di spesa verso il centro decisionale più vicino a quello concretamente applicativo delle misure legislative centrali.

Chiamata che si muove devolvendo le potestà verso il centro decisionale più vicino al cittadino. L'opzione di fondo sottesa a questa decisione quella che vuole il governante più piccolo maggiormente sensibile alle esigenze del governato, dunque in grado di rispondere prima, con più efficacia ed efficienza alle mutevoli esigenze della popolazione¹⁰³². In quest'ottica è evidente il dilavamento dell'interesse pubblico dal monolite statale verso il particellare quadro degli enti locali. Ancor più ciò è vero ove la chiamata in sussidiarietà operi a livello orizzontale, attraverso la devoluzione nel perseguimento di interessi collettivi da parte degli strati sociali intermedi¹⁰³³. Ne emerge l'idea che vi possano essere degli interessi metaindividuali che non per forza sono meglio perseguiti attraverso la spendita di potere pubblico, ma che, anzi, può essere più utilmente perseguito e raggiunto da quella stessa comunità rispetto a cui tale interesse è direttamente inerente¹⁰³⁴. Un tanto è

¹⁰³² Ricorda tuttavia S. PAPA, *op. cit.*, riprendendo le parole di Gregorio Arena, che la sussidiarietà verticale “consente di individuare il livello più adeguato allo svolgimento di una determinata funzione non tanto in base al criterio della “vicinanza” ai cittadini dei vari livelli istituzionali, quanto della capacità di ciascuno di tali livelli di soddisfare l'interesse generale ... La sussidiarietà verticale consente in tal modo l'allocatione delle funzioni pubbliche non sulla base di un'astratta geometria istituzionale, quanto piuttosto di un obiettivo concreto di crescita della persona e di difesa della dignità”, pag. 121, cit. Seppur condivisibile, questa posizione deve essere armonizzata con il presupposto di maggiore efficacia che è sotteso al criterio di sussidiarietà come strumento di collocazione delle competenze, ovvero sia quello per cui il principio di autoesecuzione del precetto amministrativo si ha con la maggiore vicinanza tra governanti e governati.

¹⁰³³ Il riferimento corre alle tesi prospettate da A. MALTONI, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, 2002, in base al quale nell'ambito della sussidiarietà orizzontale al cittadino viene riconosciuto un ruolo di protagonista attivo nell'azione pubblica. In ciò concretando una differenza rispetto al concetto di sussidiarietà verticale che, piuttosto che riguardare i rapporti tra cittadini e istituzioni, afferisce più propriamente il riparto di competenze all'interno dell'ordinamento statale. Cfr. pure le tesi esposte da A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001.

¹⁰³⁴ S. PAPA, *op. cit.* sottolinea come la sussidiarietà orizzontale consenta alle amministrazioni titolari di interessi generali di perseguire questi ultimi non sole ma con l'aiuto dei cittadini stessi cui queste posizioni di interesse insistono, aprendo per le PP.AA. spazi inesplorati per il compimento della propria missione costituzionale. Creando così alleati dell'amministrazione autonomi e consapevoli. In tale ottica “*Sussidiarietà verticale e orizzontale si sostengono e integrano a vicenda*”, G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005 pag. 8, cit.

ancor più vero in tema di beni culturali, laddove, come si è visto, con la convenzione di Faro si è dato ingresso nell'ordinamento e dignità istituzionale alle comunità di cultura, veri soggetti giuridici¹⁰³⁵ rispetto ai quali si innesta il valore culturale del patrimonio di rilievo storico-artistico. L'organizzazione di individui cui il patrimonio si riferisce direttamente è la prima attrice nella gestione e valorizzazione e non solo fruitrice del relativo servizio pubblico che deve essere invece garantito dalla pubblica amministrazione competente sotto il profilo orizzontale e verticale. Così si apre la via all'affidamento a soggetti del terzo settore della persecuzione di interessi collettivi posto che la devoluzione verso il basso delle potestà amministrative espressamente prevede la delega al perseguimento di interessi metaindividuali pure a soggetti che pubbliche amministrazioni non sono¹⁰³⁶. I residui dubbi che una operazione così congeniata può ingenerare vanno invero fugati sulla scorta del fatto che nel caso in esame, come si è visto, la P.A. partecipa facendosi parte attiva nella gestione dell'ETS, conferendogli beni e *know how* amministrativo in forza del quale è possibile erogare il servizio pubblico culturale con strumenti del tutto innovativi. Si va dunque oltre il mero utilizzo della formula dell'ente del terzo settore quale soggetto conferitario di beni che poi il privato si limita a gestire, al pari di quanto avverrebbe per la concessione dei compendi oggetto di tutela da parte dell'amministrazione titolare degli stessi. In altri termini, è con questi specifici strumenti innovativi che si misura nei fatti la reale utilità della partecipazione pubblica negli ETS¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ Queste non sono, per vero, entità giuridicamente riconosciute dal diritto positivo, né lo saranno al momento della ratifica parlamentare della convenzione. Tuttavia si deve sottolineare come, nondimeno, le comunità di cultura divengono il primo estremo rispetto al quale individuare la dimensione del servizio pubblico culturale.

¹⁰³⁶ S. GALLERINI, *L'evoluzione del volontariato e terzo settore nella funzione di advocacy*, in A. BARTOLINI – A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, ove si pone l'accento su come tre paiano essere le tendenze nell'evoluzione del terzo settore. *In primis*, lo sviluppo di un nuovo ruolo con compartecipazione nella fase programmatica e decisionale con l'intenzione di creare un *welfare* nel quale partecipino gli strati sociali intermedi valorizzando la sussidiarietà nelle sue diverse declinazioni di cui si è detto *supra*, facendosi portatori di interessi generali. Seconda tendenza lo sviluppo del contesto civico fra rete e comunità. Infine l'implementazione della funzione educativa ed etica del volontariato.

¹⁰³⁷ Detto in altri termini, come si è rappresentato nei paragrafi che precedono, è l'utilità concreta conseguibile attraverso la partecipazione pubblica negli enti del terzo settore che si misura la reale essenza dell'operazione giuridica che si va proponendo. Qualora questi soggetti giuridici innovativi dovessero infatti

Diversamente opinando, infatti, questi non sarebbero, come si è detto più volte, che un inutile doppione della P.A. potendo quest'ultima perseguire i propri interessi giuridici direttamente attraverso le strutture di cui è dotata senza dover fare ricorso a soggetti esterni¹⁰³⁸.

D'altro canto, che lo strumento della fondazione pubblico-privata per la gestione del patrimonio culturale sia una soluzione legalmente consentita¹⁰³⁹ da tempo lo si rinviene

operare secondo schemi già conosciuti ed in vigore presso altri settori dell'ordinamento, non ne si vedrebbe ragione di esistenza alcuna.

¹⁰³⁸ Diversa questione, invece, quella involgente i legami che il soggetto privato possa andare a stringere con la pubblica amministrazione. Si ammette, infatti, che *“un’istituzione privata culturale può ritenere fruttuoso stringere legami istituzionali e finanziari con l’autorità pubblica. Oppure gli agenti privati possono ritenere la risorsa culturale rilevante dal punto di vista economico, e partecipare direttamente alla gestione o al finanziamento tramite contratti specifici con l’autorità pubblica proprietaria (contracting services out). Si può affermare che l’analisi istituzionale e l’analisi del mercato di “offerte” e “domande” culturali sin incentrano, risultando quindi connesse, sulla base dell’identificazione e disamina degli interessi, complementari e/o conflittuali, degli stakeholders”*. Con la conseguenza che non si può parlare di un unico mercato dei beni culturali nel quale riferire le soluzioni di partenariato e compartecipazione, bensì si dovrà porre un’analisi su domande e offerte di servizi culturali diverse tra loro. Cfr. M. MAZZANTI, *Metodi e strumenti di analisi per la valutazione economica del patrimonio culturale*, Milano, 2003, pag. 66, cit. Proprio in tale ottica, l’analisi che si proporrà nelle pagine che seguono non prende come punto di riferimento l’ottica del privato che debba interfacciarsi con la pubblica amministrazione attraverso gli strumenti del diritto privato in un ambito di mercato tra domande ed offerte tra loro plurali, bensì si tenterà di proporre un’analisi in termini di diritto amministrativo rispetto alle necessità di erogazione del servizio pubblico culturale. Ovverosia non ci si porrà in una ottica di mercato, bensì in una ottica di servizio pubblico. Ciò implica l’individuazione degli strumenti che si analizzeranno all’interno dell’alveo del diritto amministrativo, secondo canoni di convenienza che riguarderanno principalmente la compagine pubblica, ma in una ottica di sussidiarietà orizzontale e verticale con conseguente compartecipazione privata nella erogazione del pubblico servizio culturale. Solo in questi termini, successivamente, si potrà proporre una analisi anche di tipo economico circa l’efficientamento amministrativo concretamente conseguibile sulla base delle scelte operative opzionate.

¹⁰³⁹ E financo prescelta a livello normativo quale soluzione efficace per la gestione del patrimonio di interesse storico artistico. Cfr. M.C. PANGALLOZZI, *L’istituzione museale: effetti e prospettive di una conquistata autonomia* in *Aedon*, 1/2019, Una nota critica, invece è contenuta in G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon*, 2/2014, secondo cui anche nella visione di una progressiva partecipazione a enti frammisti, si sconti una inerzia centralistica che

anche nella frammentaria normativa di secondo grado. Il decreto del Ministero dei beni culturali n. 491/2000 consente infatti al ministero stesso di partecipare a fondazioni di diritto privato con la finalità “*in particolare, della gestione e valorizzazione dei beni culturali e della promozione delle attività culturali*”. Ecco quindi che la legislazione specificamente afferente ai soggetti del terzo settore può dirsi applicabile anche al caso di ETS partecipati da enti pubblici finalizzati al perseguimento di utilità collettive nell'erogazione del servizio pubblico culturale.

In questi termini dell'evoluzione nel modo di sentire e di essere della P.A. si rammostra dunque il particolare interesse con il quale osservare gli strumenti attraverso i quali i soggetti del terzo settore possano sviluppare sinergie significative tra di loro. Si può quindi procedere con l'analisi del modulo attraverso il quale l'amministrazione coordina la propria attività all'interno di un settore reticolare come quello dei beni culturali. E ciò da una prospettiva che *ex ante* non vuol prescindere dai possibili elementi di criticità che una tale operazione può implicare. Ma anche vagliando *ex post* le possibili utilità effettive che, attraverso lo strumento, possono essere conseguite. Si punta in altre parole ad una analisi operativa degli strumenti applicativi che possono essere concretamente implementati onde vagliarne in rapporto al costo economico di sviluppo e perfezionamento. Ciò consentirà, anche in un'ottica di analisi economica del diritto¹⁰⁴⁰, di andare ad evidenziare il rapporto costi/benefici della stessa scelta di far convivere attraverso gli enti del terzo settore enti

finisce con lo scoraggiare la partecipazione ed il finanziamento privato, minando così alla radice le possibilità di successo di questa tipologia di strumenti. In generale, utile l'inquadramento sistematico di M.P. CHITI *Il Partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009.

¹⁰⁴⁰ Come noto, la scuola di pensiero denominata analisi economica del diritto suole essere fatta risalire ai lavori di R. Coase e G. Calabresi. Gli studi si incentrano intorno al concetto di efficienza del fatto giuridico secondo criteri microeconomici; attraverso i possibili esiti che l'applicazione della norma giuridica può portare, si individua le modalità applicative della stessa che garantiscono il massimo vantaggio. In quest'ottica il diritto assume una veste fluida attraverso un sistema di incentivi e sanzioni di tipo economico che indirizzano le scelte dell'individuo in una visione utilitaristica ed assolutamente individualista dell'agire umano. Un tanto sebbene la scuola di Yale del prof. Calabresi si sia nel tempo distaccata dalla visione individualista della teoria, puntando l'attenzione sugli effetti sociali che le scelte individuali comportano all'interno dell'ordinamento. Per una introduzione sistematica sul tema cfr. P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, III, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2017, nonché ancorché risalente, M. POLINSKY, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, in *Il foro italiano*, 1992.

pubblici e soggetti sostanzialmente privati. L'analisi che si andrà proponendo circa lo strumento implementabile per lo sviluppo di significative sinergie nell'ambito degli enti del terzo settore, il contratto di rete, non sarà tuttavia analizzato da un punto di vista strettamente economico, bensì sotto la lente visuale del diritto amministrativo, quale branca giuridica nella quale questo studio è stato inserito¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴¹ Non costituisce una singolarità che uno strumento di diritto civile venga ad essere proposto ed analizzato sotto la lente del diritto amministrativo. Anche a mente dell'art. 1, comma 1-*bis* della legge fondamentale sul procedimento amministrativo, infatti, sempre più spazio viene ad essere riconosciuto ai moduli procedurali che non implicino la spendita di potere amministrativo. Ciò perché il provvedimento, in sé e per sé, costituisce oramai un costo che deve essere inserito in considerazione della progressiva tendenza al pareggio di bilancio cui deve tendere tutto l'apparato della P.A. Si è debitori, nel senso di questa riflessione, all'opera di M.M. FRACANZANI, *L'identità. Diritti fondamentali fra Corti europee e Pubblica amministrazione*, Bologna, 2016.

.VIII. Il contratto di rete¹⁰⁴²

Un importante strumento di coordinamento che può essere sviluppato nell'erogazione del servizio pubblico culturale attraverso i soggetti del terzo settore è il contratto di rete¹⁰⁴³, concluso attraverso lo strumento dell'accordo di programma.

Partendo con ordine nell'analisi delle due figure giuridiche che si sono ora richiamate, occorre anzitutto rammentare come il contratto di rete rientri tra gli strumenti di aggregazione degli operatori giuridici, inizialmente pensato dal legislatore nell'ambito delle misure di incentivazione allo sviluppo economico in tempo di contrazione dei consumi¹⁰⁴⁴. Il contratto di rete vuol consentire, infatti, agli operatori giuridici di raggrupparsi tra loro in maniera da creare sinergie di scala, migliorando la penetrazione commerciale e l'innovazione tecnologica. Inoltre, dal punto di vista più strettamente del diritto amministrativo, lo strumento ha la finalità di consentire la partecipazione a procedure di affidamento di pubblici incanti che singolarmente gli enti si vedrebbero precluse in quanto sforniti, individualmente considerati, di capacità tecnico-operative adeguate¹⁰⁴⁵. Più in generale, essendo questi gli specifici obiettivi per i quali lo strumento giuridico in parola è stato pensato dal legislatore al momento della sua introduzione, può dirsi come in definitiva il contratto sia un utile strumento per veicolare una condivisione delle scelte operative dei singoli enti, consentendo di creare e sviluppare una vera e propria rete di interrelazioni che servono ai soggetti giuridici il migliore più completo

¹⁰⁴² La trattazione dei seguenti paragrafi riprende, adattandola e arricchendola di spunti critici, la trattazione dell'articolo pubblicato su *lexitalia.it* dal titolo “*Il contratto di rete tra imprese pubbliche: le nuove opportunità in tempo di spending review. Profili giuridici ed ipotesi ricostruttive*”.

¹⁰⁴³ Per una introduzione sul tema, utile il riferimento a S. LOCARATOLO, *Il contratto di rete. Struttura e funzione*, Padova, 2015, nel quale l'Autore si concentra su di un inquadramento sistematico della figura ponendo particolare attenzione al profilo teleologico di una siffatta operazione giuridica ancorché limitando l'analisi della figura in esame all'interno delle operazioni poste in essere da operatori economici.

¹⁰⁴⁴ In questi termini S. CERATO – U. CIGNOLI – M. BANA, *Reti d'impresa*, Milano, 2011.

¹⁰⁴⁵ Come si vedrà, il riferimento in tema di misure che favoriscono la partecipazione dei soggetti economici aggregati ai pubblici incanti, si annoverano anche i consorzi ovvero i raggruppamenti temporanei di imprese. Entrambe queste figure giuridiche tuttavia presentano profili operativi parzialmente diversi rispetto alle sinergie invece conseguibili attraverso il contratto di rete.

raggiungimento delle finalità che questi individualmente si propongono¹⁰⁴⁶. Il sedime concettuale all'interno del quale si inseriscono operazioni come quella in parola è quello per cui nell'attuale congiuntura macroeconomica, così come nell'attuale regime di erogazione dei servizi pubblici – specie se di rilevanza economica – vi sia la fisiologica necessità di mettere a rete l'operatività dei soggetti giuridici che si interfaccino quali attori istituzionali nel mercato¹⁰⁴⁷.

Non sfugge, in questi termini, che l'istituto in parola rappresenti per certi versi in definitiva una vera e propria singolarità nel panorama giuridico del diritto civile: sotto la veste esteriore di un contratto si nasconde una formula ibrida¹⁰⁴⁸, che a seconda dei casi è vicina

¹⁰⁴⁶ Così L. ZANNI – M. BELLAVISTA (a cura di), *Le reti d'impresa. Una guida operativa per l'avvio di partnership imprenditoriali*, Milano, 2012, in specie pag. 18 e seguenti.

¹⁰⁴⁷ Che di operazione giuridica vera e propria possa parlarsi, come si è anticipato poco *supra* e come si specificherà al momento di trarre le conclusioni, pare potersi parlare con certezza. Invero si tratta infatti del coordinamento di diverse competenze e capacità operative che possono combinarsi verso il raggiungimento di una finalità di interesse pubblico-collettivo, legislativamente prefissata ed operativamente conseguibile solo attraverso il combinarsi di azioni multilivello che sinergicamente si pongano in termini cooperativi e non concorrenziali per il raggiungimento di obiettivi legislativamente prefissati.

¹⁰⁴⁸ Si parla usualmente di contratti ibridi con riferimento alla materia degli appalti pubblici. Con tale termine, infatti, si viene a definire il contratto che presenti in sé caratteristiche frammentate di appalto di servizi, lavori e forniture. In tal caso, il d.lgs. n. 50/2016 ne individua la normativa applicabile in applicazione del principio di cosiddetta prevalenza, inquadrando il contratto secondo la formula giuridica che presenta le caratteristiche appunto prevalenti. Cfr. in punto, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017, specie pag. 95. Nella materia oggetto di trattazione, il contratto di rete può utilmente essere inquadrato facendo proprio questo principio di prevalenza, concretamente individuando quali sono gli aspetti salienti del patto stipulato tra gli operatori giuridici come di volta in volta individuato per poterne trarre delle conclusioni in relazione alla tipologia contrattuale all'interno della quale inserire il negozio giuridico. Non si nega, tuttavia, che per espresso disegno legislativo il contratto di rete non avesse caratteristiche decisamente associative, se non nella misura in cui il patrimonio destinato dai paciscenti venisse ad assumere personalità giuridica. In tal caso, infatti, l'elemento relazionale tenderà a scemare significativamente verso un contratto di tipo associativo puro all'interno del quale diversi enti conferiscono un patrimonio destinato per l'esercizio congiunto di una attività di tipo imprenditoriale puro. Non è tuttavia questo l'ambito di principale utilità del contratto di rete nell'ambito dei beni culturali posto che molto difficilmente degli enti, il cui patrimonio in principalità è costituito appunto da beni di rilevanza storico-artistica, possano ulteriormente mettere in comune questi compendi per l'esercizio comune di attività di

ad un patto caratterizzato dalla sinallagmaticità delle prestazioni oppure ad una sorta di patto sociale istitutivo di un soggetto giuridico a sé stante¹⁰⁴⁹. Ed è probabilmente anche per questo utile porre attenzione allo strumento giuridico in parola dalla prospettiva del diritto amministrativo dei beni culturali, sempre alla ricerca di nuovi strumenti di erogazione del servizio pubblico tra tutela e valorizzazione dei beni cui esso si riferisce¹⁰⁵⁰. Pare, infatti, che una lettura più approfondita e ragionata della intera disciplina – sebbene questa appaia come si avrà modo di vedere alquanto scarna –, possa consegnare all’operatore del diritto uno strumento di sicura utilità pure per i soggetti che si prefiggano quale obiettivo istituzionale l’erogazione di un servizio pubblico afferente al patrimonio pubblico culturale. Ed un tanto a maggior ragione ove questi operatori giuridici si vedano costretti a proporre la propria azione a soddisfacimento di un bisogno collettivo primario costituzionalmente riconosciuto negli stretti limiti dettati dalla disciplina di bilancio¹⁰⁵¹, che riducono drasticamente i margini operativi della P.A. in molti settori invece essenziali per una consaputa crescita sociale¹⁰⁵².

rilevanza economica. Come si vedrà, invece, lo strumento del contratto di rete diviene maggiormente utile nell’erogazione del servizio pubblico culturale nel momento in cui riesce a coordinare attività dei soggetti deputati all’erogazione del servizio stesso che, pur restando separati presentano legami vuoi per territorio vuoi per beni tutelati.

¹⁰⁴⁹ Nell’eventualità in cui con il contratto di rete si venga a creare un patrimonio dotato di personalità giuridica che operi in autonomia rispetto ai singoli paciscenti. Si tratta quindi di una figura che, ponendosi a metà strada tra un patto associativo ed uno a prestazioni corrispettive che induce all’interesse innanzitutto proprio per l’ibridazione funzionale tra istituti giuridici diversi tra loro.

¹⁰⁵⁰ Non è infatti un caso che il Codice dei contratti pubblici si concluda con una formula, l’art. 151, che apre l’orizzonte verso nuovi ed in definitiva indeterminati strumenti di partenariato pubblico-privato, sostanzialmente rimessi all’esigenza contingente che porta alla ricerca di metodologie operative non prefigurabili a priori nella loro precisione.

¹⁰⁵¹ Ma la questione non muta ove si debba tenere in considerazione la natura del patrimonio culturale complessivamente considerato nello Stato italiano, fatto di poli piccoli e piccolissimi che difficilmente riescono a fare sistema gli uni con gli altri.

¹⁰⁵² Utile ricordare come la Corte costituzionale, con sentenza 27 aprile 1994, n. 304, riferendosi al diritto costituzionalmente riconosciuto alla salute, si sia riferito allo stesso come una posizione giuridica inevitabilmente collegata ai limiti di bilancio cui è vincolata l’azione della pubblica amministrazione. Tuttavia, ha affermato che *“nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al diritto ai trattamenti sanitari, le esigenze relative all’equilibrio della finanza*

Queste sono dunque le premesse concrete con le quali ci si vuole avvicinare all'esame dell'istituto giuridico del contratto di rete, anche verificandone la compatibilità con i limiti che irreggimentano l'intervento pubblico attraverso lo strumento partecipativo negli ETS¹⁰⁵³. Si cercherà quindi di fare progressivamente il punto sulla natura giuridica del contratto, proponendo l'applicazione dello strumento ad enti che operino in regime di diritto amministrativo per poi dedurre quali siano gli strumenti per la costituzione della rete da parte delle P.A. operanti tramite soggetti partecipati negli enti del terzo settore. Indi, si procederà delineando il regime giurisdizionale afferente il contratto di rete ed evidenzieranno quali sono le principali peculiarità generate dalla declinazione pubblicistica di un patto che originariamente è stato disegnato dal legislatore avendo in mente l'imprenditore privato, senza per questo giungere alla distorsione dello strumento giuridico in sé considerato. Si è, infatti, convinti che, una volta delineate quali ne siano le finalità nell'ambito del quadro normativo di riferimento, si possano trarre conseguenze operative coerenti rispetto ad uno strumento i cui margini di fruttuosa messa a punto per gli enti del terzo settore paiono oltremodo rilevanti¹⁰⁵⁴.

pubblica non possono assumere un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, costituendo altrimenti esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa". Si può quindi fare un ragionamento analogo per quanto riguarda il diritto alla fruizione dei beni culturali, che pur avendo carattere di rilevanza costituzionale, tanto da poter essere considerato essenziale, risulta inevitabilmente condizionato rispetto alle risorse di bilancio contingentemente presenti. Tuttavia, anche in questo caso, le ragioni di cassa non possono essere preponderanti in maniera aprioristica. Proprio per garantire il contemperamento di queste opposte istanze di pari rilevanza a livello costituzionale, si deve andare alla ricerca di quelli che sono i migliori strumenti giuridici per garantire l'erogazione del servizio pubblico con il minore esborso possibile di risorse. Proprio in questa ottica si pone lo strumento del contratto di rete veicolato dall'accordo di programma.

¹⁰⁵³ I quali come si è visto sono predicabili anche avendo a mente il bene giuridico con il quale l'ente del terzo settore si deve interfacciare nell'erogazione del servizio pubblico culturale secondo quel processo di sublimazione dell'interesse collettivi.

¹⁰⁵⁴ Senza voler, infatti, anticipare la trattazione che seguirà, appare da subito evidente che le caratteristiche del patrimonio culturale impongono la messa a rete delle risorse ed il coordinamento delle iniziative del relativo sfruttamento-valORIZZAZIONE per conseguire, da un lato, economie di scala e, dall'altro per permettere una più fruttuosa gestione in favore della collettività di riferimento. Su questi problemi, con specifico

Si cercherà così di rispondere al quesito di fondo circa la reale utilità del contratto di rete, al netto degli incentivi – non solo fiscali – che questo promette, in un ambito d’azione che sicuramente non è quello per il quale lo strumento è stato pensato bensì nel diritto dei beni culturali quale diritto del servizio pubblico.

riferimento all’ente museale, hanno proposto acute riflessioni L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon*, 2/2003 e A. CRISMANI, *La gestione museale tra vecchi e nuovi problemi. "I musei tra l'immaginario collettivo e la realtà giuridica e gestionale"*, in *Aedon*, 2/2013. Sul modello manageriale cfr. invece M. MONTELLA, *op. cit.*, risalente ma espressione di esigenze gestionali ancor oggi valide.

.IX. La disciplina normativa del contratto di rete: ibridazione dei modelli civilistici.

Nell'avvicinarsi all'esame della normativa di riferimento del contratto di rete, balza all'occhio come il legislatore abbia dedicato allo stesso una disciplina oltremodo scarna¹⁰⁵⁵, compendiata in nemmeno un articolo per intero. Infatti, il disposto di legge si è peritato maggiormente di andare a prevedere quali fossero gli specifici aspetti di tipo patrimoniale piuttosto che definire in maniera puntuale ed articolare quale fosse l'assetto giuridico ed istituzionale della rete una volta che questa fosse stata istituita dagli operatori economici con contratto¹⁰⁵⁶. Il disegno normativo, infatti, è contenuto in cinque commi dell'articolo 4 del d.l. 5/2009¹⁰⁵⁷, all'interno di una disposizione che riguardava invece i distretti produttivi. Non che in questo non fosse presente un disegno normativo d'insieme. Infatti, rete e distretti produttivi sono tra loro accomunati dall'essere basati sulla necessità per gli operatori economici di fare sistema, accorpendo forza produttiva al fine di fare fronte con più peso specifico al mercato¹⁰⁵⁸. La finalità assunta dal legislatore influenza fortemente l'istituto giuridico in esame, permanendo immutato tutt'ora sebbene l'istituto sia passato attraverso numerose riforme che ne hanno profondamente mutato la fisionomia. Fatta questa doverosa premessa in ordine alle ragioni che hanno terminato la riforma in parola, occorre ora rappresentare che il contratto di rete è il patto a mezzo del quale diversi soggetti giuridici si vincolano ad operare sulla base di una comunione di intenti

¹⁰⁵⁵ Definisce scarna la disciplina pure P. SIRENA (a cura di), *I contratti di collaborazione*, Milano, 2011, pag. 1007.

¹⁰⁵⁶ Ciò, innanzitutto, avrebbe voluto dire sciogliere l'ambiguità di fondo del contratto, stabilendo quale ne fosse la natura tra patto di tipo associativo ovvero a prestazioni corrispettive.

¹⁰⁵⁷ Il contratto di rete è stato, infatti, disciplinato dal d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (*Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario* – convertito con modificazioni dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi*), art. 3, comma 4-ter ss.

¹⁰⁵⁸ La realtà giuridico-economica italiana, invero, è come noto costituita da realtà produttive di piccole e piccolissime dimensioni, denotata da una grande frammentarietà dei distretti produttivi. Di qui la necessità di fare sistema attraverso la concentrazione di forza produttiva in maniera tale da fare fronte con più efficacia alla mutevolezza delle esigenze di mercato.

denominata programma di rete¹⁰⁵⁹. La precipua finalità di questa collaborazione è l'esercizio comune di attività d'impresa, lo scambio reciproco di informazioni di carattere tecnico, economico e commerciale. L'obbiettivo ultimo che può essere raggiunto attraverso l'utilizzo di questo strumento giuridico è l'esercizio comune di una o più attività che rientrino nelle finalità istituzionali delle entità giuridiche retiste. Proprio questa ultima possibilità è forse quella che desta maggiore attenzione da parte dello studioso, posto che consente la creazione di un vero e proprio centro di imputazione comune attraverso uno strumento contrattuale che intrinsecamente, quantomeno in via diretta¹⁰⁶⁰, non è preordinato alla costituzione di un nuovo soggetto giuridico¹⁰⁶¹.

Se questa è la struttura del contratto di rete, il relativo obbiettivo è, espressamente, quello di *“accrescere, individualmente e collettivamente, la ... capacità innovativa e la ... competitività sul mercato”* (art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009, cit.), attraverso la messa in opera in comune di un patrimonio giuridico, materiale e immateriale, di due diversi operatori che svolgano la propria attività operativa in settori merceologici contermini¹⁰⁶². Si tratta allora di un contratto che si giova di una causa tipica, per di più determinata in via generale e preventiva dal disposto legislativo. Essendo peraltro, tale causa, specificamente espressa all'interno del programma di rete che le parti si impegnano a realizzare con lo strumento giuridico in parola. Proprio in questo ambito, il disposto normativo impone di indicare analiticamente, all'interno del programma, il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante, come pure, in caso di istituzione di un fondo

¹⁰⁵⁹ In particolare, cfr. AA.VV., *Reti di impresa. Alla ricerca di nuove fonti di vantaggio competitivo*, Milano, 2013, ove si puntualizza come la realizzazione progressiva del programma di rete possa essere veicolo per la profonda rivisitazione degli assetti manageriali delle aziende che partecipano al contratto.

¹⁰⁶⁰ Ove si ricordi la finalità principalmente programmatico-gestionale che si assume attraverso la redazione ed il successivo perseguimento del programma della rete. Ciò sebbene AA.VV. *Reti di impresa. Alla ricerca ...*, *op. cit.* non manchino di affermare come il contratto sarebbe invece principalmente studiato per la realizzazione di un nuovo modello di *governance* dei soggetti paciscenti.

¹⁰⁶¹ Il contratto permette, in altre parole, l'esercizio comune di attività, che nelle intenzioni almeno iniziali del legislatore doveva rivestire carattere di economicità, senza necessità di costituzione di un autonomo soggetto giuridico.

¹⁰⁶² Così AA.VV. *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, Milano, 2011, nonché V. CUFFARO, *Contratto di rete di imprese*, Milano, 2016.

patrimoniale comune, la sede della rete. Si dovranno poi indicare partitamente gli obiettivi prefissati attraverso il contratto, tipicamente afferenti al miglioramento della capacità competitiva dei partecipanti e l'innovazione tecnologica che con il contratto ci si prefigge di raggiungere.

Già una prima lettura del disposto di legge fa sorgere diversi quesiti. Innanzitutto, se il cuore del contratto di rete è il programma che con lo stesso si vuole attuare¹⁰⁶³, vien da domandarsi quale sia il vizio dell'atto in cui si incorra qualora tale programma non sia espresso, ovvero sia espresso in maniera eccessivamente lata e generica.

In secondo luogo, parrebbe di potersi leggere nell'ordito normativo la possibilità di risoluzione contrattuale tipicamente determinata nella impossibilità sopravvenuta della realizzazione del programma di rete. Questa eventualità, con tutta evidenza, rafforzerebbe il vincolo teleologico immanente che il legislatore ha voluto imprimere al patto istituito tra le parti¹⁰⁶⁴. Soccorre peraltro questa ricostruzione pure l'applicazione dei principi generali, che affermano la risolubilità del contratto che non possa più essere eseguito nonostante lo sforzo operato con ordinaria diligenza da parte del debitore che vi sia tenuto¹⁰⁶⁵.

Per dare una prima risposta a questi quesiti, occorre tenere a mente come il vero fulcro dell'istituto in parola sia costituito dal programma, che compendia nello specifico i diritti e gli obblighi che le parti si assumono¹⁰⁶⁶ nell'ambito del contratto di rete¹⁰⁶⁷. Nel caso poi

¹⁰⁶³ Ne sottolineano infatti l'importanza F. CAFAGGI – P. IAMICELI – G.D. MOSCO (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano 2012, ove si sottolinea in particolare la funzione direttiva del programma di rete nell'espletamento delle attività poste in comune, anche attraverso la costituzione di un organo comune che è esplicitamente vincolato all'esecuzione dell'atto.

¹⁰⁶⁴ O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, nonché A.T. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Commentario Schlesinger – Businelli*, Milano, 2011.

¹⁰⁶⁵ Vedasi V. ROPPO, *Trattato del contratto*, Milano, 2006. Rileva in particolare la diligenza richiesta nella esecuzione del contratto ai fini pure della determinazione di un eventuale risarcimento che possa essere comminato in esito alla valutazione comparativa tra le obbligazioni che dovevano essere adempiute ed il grado di perfezionamento delle stesse nell'ambito di una valutazione complessiva del contratto.

¹⁰⁶⁶ Occorre infatti ricordare che il contratto si caratterizza per la costituzione di vincoli di tipo sinallagmatico tra le parti paciscenti.

¹⁰⁶⁷ Lo scopo del contratto precisa sia la finalità ultima del contratto che le modalità attraverso le quali questo deve essere raggiunto. Stante la strettissima interconnessione di questi due elementi, tuttavia, la relativa

sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale, occorre poi dettare specifiche disposizioni in relazioni allo stesso. Occorrerà, infatti, definire la quota dei conferimenti iniziali ed i criteri per il relativo conferimento, nonché le modalità di versamento di eventuali contributi successivi¹⁰⁶⁸. Più in generale, dovranno pure essere definite le modalità concrete di gestione del fondo stesso. Come si anticipava poco *supra*, potrebbe essere difficile determinare l'effettiva rispondenza dell'ammontare dei conferimenti rispetto alla finalità istituzionale che il contratto si prefigge¹⁰⁶⁹, ancorché pur sempre dovrà essere mantenuta una proporzionalità tra conferimenti e obiettivi posto che in difetto si produrrà quella impossibilità nel raggiungimento delle finalità sociali di cui si riferiva poc'anzi¹⁰⁷⁰. Ciò a maggior ragione è vero qualora si dovesse predicare la partecipazione al contratto di rete di enti del terzo settore. Per questi ultimi, il criterio di proporzionalità della dotazione rispetto alle finalità perseguite è legislativamente stabilito in rapporto a obiettivi prefissati e mezzi predisposti per il raggiungimento degli stessi¹⁰⁷¹.

distinzione su di un piano concreto appare oltremodo difficoltosa, specie qualora la finalità precipua del contratto di rete sia un miglioramento operativo dei due soggetti partecipanti.

¹⁰⁶⁸ Con specifico riferimento alla destinazione patrimoniale che si imprime in questo modo attraverso il contratto di rete, cfr. G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2001, pag. 133 e ss.

¹⁰⁶⁹ Ciò sebbene F. GENTILONI SILVERI, *Patrimoni destinati con prevaletto apporto di terzi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2016, e G. CAVALLARO, *La rete e i patrimoni destinati*, in AA.VV. *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012, sottolineino come si potrebbe giungere a definire quale destinazione patrimoniale atipica il conferimento a rete di fondi patrimoniali. Pare che l'impostazione non possa essere condivisa, perché i conferimenti non possono che avere il preciso scopo di vincolare le somme alla realizzazione di un programma specificamente creato dalle parti paciscenti. Diversamente opinando, insomma, si verrebbe a considerare il contratto di rete quale un negozio di conferimento patrimoniale atipico in senso contrario al disposto di legge ed alla relativa *ratio*, che non era quella di creare un patrimonio destinato in sé considerato.

¹⁰⁷⁰ Con conseguente possibilità di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta di raggiungimento dei relativi scopi.

¹⁰⁷¹ Tant'è che come si è visto già il Codice civile, all'art. 26 prevedeva la come si è anticipato la possibilità di fusione di diverse fondazioni qualora questa operazione venisse ad essere funzionale al maggiore raggiungimento dei relativi scopi istituzionali.

Al pari di quanto avviene con l'istituzione di una fondazione, pure con la creazione del fondo patrimoniale si impone un vincolo funzionale sulle somme in esso conferite. Proprio per tale ragione, si può con lo stesso creare un patrimonio destinato sulla base dell'articolo 2447-*bis*, primo comma, lettera a), del Codice civile¹⁰⁷². Infatti, il c.d. “patrimonio destinato ad uno specifico affare” è lo strumento giuridico attraverso il quale l'imprenditore può separare parte del patrimonio dell'azienda per destinarlo ad una operazione economica individuata ovvero allo sviluppo di un determinato tipo di impresa commerciale¹⁰⁷³. Tuttavia, il patrimonio destinato è una operazione che viene posta in essere in maniera del tutto unilaterale, senza che vi sia per l'esecuzione della stessa la necessità di partecipazione di diversi operatori giuridici in coordinamento gli uni con gli altri. Diverso anche l'ambito operativo all'interno del quale porre in essere questi strumenti giuridici, che per il contratto è un programma ad ampio respiro mentre per la destinazione patrimoniale il più ristretto concetto di affare¹⁰⁷⁴. Il contratto di rete, allora, sembra maggiormente preordinato all'esecuzione di operazioni complesse in coordinamento tra diversi soggetti giuridici, laddove il patrimonio destinato pare pensato per l'esecuzione di operazioni economiche di rischio individualmente considerate¹⁰⁷⁵. Ed un tanto anche considerando tuttavia come la nozione di affare, per come delineata dal Codice civile, possa in concreto non apparire affatto agevole¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷² “La società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare ...” cit.

¹⁰⁷³ Per una introduzione sul tema G. ANDREANI – M. CHIAPPETTA – G. DI STASIO, *I patrimoni destinati a uno specifico affare: profili giuridici ed economici*, Bologna, 2017, utile in punto di ricostruzione sistematica della figura giuridica in parola.

¹⁰⁷⁴ Come sottolinea S. ANGELONI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare. Finalità economico-aziendali. Disciplina civilistica. Modelli di rappresentazione contabile e bilancio. Regime fiscale*, Torino, 2006. L'Autrice sottolinea invero come la finalità del patrimonio destinato sia specificamente quella di definire dal punto di vista economico uno specifico affare cui destinare risorse aziendali senza che queste possano essere successivamente distolte. Con ciò concretando una operazione essenzialmente finanziaria che non dovrebbe influire sugli assetti di *governance* dell'azienda che la ponga in essere.

¹⁰⁷⁵ Cfr. F. FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008.

¹⁰⁷⁶ Cfr. F. PASQUARIELLO, *Profili dei patrimoni destinati di s.p.a.*, Napoli, 2012, nonché R. SANTAGATA DE CASTRO, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario Schlesinger – Businelli*, Milano,

Vi è tuttavia un elemento di comunanza tra le due operazioni giuridiche che si sono ora lumeggiate e consiste principalmente nel regime giuridico dei debiti maturati nell'esecuzione del programma o dell'affare cui si riferisce il patrimonio destinato. In entrambi i casi, infatti, i creditori dell'operazione o della rete potranno soddisfarsi in via esclusiva sul patrimonio destinato, con esclusione di qualsiasi possibilità di rivalsa sui beni degli operatori giuridici che abbiano costituito la rete ovvero dell'operatore giuridico che abbia istituito il patrimonio. Viceversa, il fondo patrimoniale sarà intangibile rispetto a coloro che maturino il proprio credito nell'ambito delle operazioni di rete o dell'affare¹⁰⁷⁷. Giova, inoltre, rimarcare come il disposto normativo abbia inserito ad oggetto del contratto di rete pure i profili procedurali della stessa, che paiono dover essere specificati puntualmente pena l'indeterminatezza del contratto stesso¹⁰⁷⁸. Infatti, è da parte dei paciscenti specificamente dovuta la determinazione circa la durata del contratto, le modalità di adesione di altri soggetti, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio di tale diritto. Con riferimento specifico alle cause di recesso, vi è l'estensione della disciplina ordinaria in tema di recesso da contratti plurilaterali¹⁰⁷⁹. Non si può, tuttavia, mancare di sottolineare la sostanziale indeterminatezza che connota questa previsione legislativa. Al rinvio esterno, infatti, non fa seguito alcuna specificazione in

2014 e P. MANES F. PASQUARIELLO, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario Scajola – Bianca – Galgano*, Bologna-Roma, 2013.

In giurisprudenza, utile l'introduzione che sull'argomento viene operata in punto di diritto dalla sentenza Corte di Cassazione, sez. II civile, 26 ottobre 2006, n. 22840.

¹⁰⁷⁷ Per un approfondimento sul punto, anche a fini fiscali, cfr. F. LA ROSA, *Patrimoni e finanziamenti destinati ad uno specifico affare. "Ottica di destinazione" e "ottica di separazione": analisi e prospettive di sviluppo dei profili di rischio connessi ai nuovi strumenti di "federalismo" patrimoniale e finanziario*, Milano, 2007.

¹⁰⁷⁸ Come si è detto, infatti, l'oggetto del contratto di rete più che somigliare ad una operazione individualmente determinata, si avvicina piuttosto alla definizione di un metodo collaborativo, idoneo ad esplicarsi verso una serie di per sé non predeterminata in maniera puntuale di operazioni. È allora evidente che ove tale metodo venga a mancare ci si trovi innanzi ad un contratto la cui causa tipica non viene

¹⁰⁷⁹ Cfr. P. SPAGNOLETTI, *Il recesso. Recesso, Revoca e Mutuo Consenso*, Milano, 2018, specie a pag. 2018, ove l'Autore lumeggia come in caso di recesso da contratti plurilaterali il dissenso del paciscente singolo non comporta *ex se* conseguenze dirette sulla complessità del contratto.

ordine alla singola tipologia contrattuale con comunanza di scopo rispetto alla quale dovrebbe dirsi predicata l'estensione analogica¹⁰⁸⁰.

Dal punto di vista gestionale, invece, è espressamente prevista la possibilità che i soggetti retisti nominino un organo comune, specificamente deputato a porre in essere dal punto di vista amministrativo il programma comune¹⁰⁸¹, definendo al contempo per lo stesso poteri gestori e di rappresentanza, modalità di sostituzione e precisandone altresì il nome, la ditta e la ragione o denominazione sociale¹⁰⁸². Se il fondo comune della rete assume personalità giuridica, poi, l'organo viene ad ascrivarsi *ope legis* la rappresentanza dello stesso. In caso contrario, ovvero qualora il fondo non sia istituito ovvero non assuma personalità giuridica, l'organo comune assume rappresentanza diretta dei soggetti retisti¹⁰⁸³, “*salvo che sia diversamente disposto*”. I limiti del mandato di cui in parola sono peraltro puntualizzati a livello normativo, dovendosi la rappresentanza ritenere circoscritta alle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, alle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito ed a quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento, ed, inoltre, all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia garantita in maniera idonea la genuinità della provenienza. Sembra di leggere in questa disposizione una rappresentanza minima che deve sussistere *ex se* in favore dell'organo comune a prescindere dalla disposizione

¹⁰⁸⁰ Con tutta probabilità, il riferimento corre alla tipologia consortile, rispetto alla quale, anche con riferimento alla creazione del fondo consortile, si presentano le maggior similitudini rispetto al contratto di rete. Resta tuttavia la radicale incertezza nella quale il disposto normativo lascia l'interprete.

¹⁰⁸¹ Sul punto R. LOMBARDI, *Le reti d'impresa in economia aziendale: Profili critici e interpretativi*, Torino, 2015, specie pag. 34 e ss.

¹⁰⁸² Ricordato, infatti, che l'organo ha rappresentanza esterna, se ne devono definire i limiti ed i poteri ai fini di garantire i terzi che con lo stesso possano venire ad interfacciarsi, specie ove questo sia istituito in combinato disposto con il fondo patrimoniale destinato all'esecuzione del programma di rete. Se questi elementi sono poi iscritti nei registri, si ha l'effetto di rendere gli stessi opponibili e conosciuti ai soggetti terzi.

¹⁰⁸³ In tale eventualità, per vero, le differenze che distinguono il contratto di rete da altri soggetti di coordinamento presenti nel panorama giuridico, quali i raggruppamenti temporanei di imprese, si limano significativamente.

espressa dai paciscenti. Nulla vieta tuttavia che possano essere disposti ulteriori poteri in favore di quest'ultimo¹⁰⁸⁴. L'unico limite rinvenibile in tal senso pare essere allora costituito dalla pertinenza rispetto al programma di rete, che si dimostra nuovamente come il vero e proprio cuore dell'istituto¹⁰⁸⁵.

È pure procedimentalizzato il potere decisionale, prescrivendo che il contratto di rete determini le modalità di assunzione delle determinazioni che non rientrino specificamente nell'ambito decisionale dell'organo comune¹⁰⁸⁶. Allo stesso modo, poi, deve essere espressamente prevista la modalità di modifica del contratto di rete in sé determinato. Se nel primo caso, con tutta evidenza, le decisioni assunte debbono essere coerenti con il contratto di rete, ponendosi altrimenti al di fuori dello stesso e non nell'ambito del programma che con questo si veicola, per le modificazioni dell'atto costitutivo, viceversa, non paiono essere predeterminabili in via normativa ed aprioristica limitazioni di diritto specifiche¹⁰⁸⁷.

Come si anticipava, il disposto normativo prevede anche la possibilità di costituire, grazie ai conferimenti iniziali le cui modalità di corresponsione sono stabilite nel contratto di rete, un fondo comune privo *ab origine* di personalità giuridica¹⁰⁸⁸. Allo stesso, peraltro, si

¹⁰⁸⁴ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete: commentario*, Bologna, 2009, sottolinea in particolare come la disposizione di legge disegni nei fatti una rappresentanza *de minimis*. Nulla vieta infatti secondo l'Autore che possano essere conferite ulteriori funzioni all'organo comune. Il solo limite a questo conferimento di funzioni è di carattere teleologico poiché, essendo l'organo preordinato all'esecuzione del programma di rete, le sue potestà funzionali non potranno esorbitare quanto necessario per il conseguimento degli scopi prefissati dai retisti. E così la relativa rappresentanza.

¹⁰⁸⁵ Come si inizia ad intravedere, infatti, è sulla base di quest'ultimo che viene ad essere parametrata tutta l'attività della rete.

¹⁰⁸⁶ In questo profilo si legge la funzione precipuamente collaborativa del contratto di rete, che è preordinato a definire le modalità di interazione dei soggetti giuridici che vi partecipino. In termini, ancora, R. LOMBARDI, *op. cit.*

¹⁰⁸⁷ Anzi, stante la flessibilità dello strumento giuridico, che è servente ad un coordinamento tra i soggetti che vi partecipino, è ben ipotizzabile che nel tempo questo possa venire ad essere implementato aprendo lo spazio a nuovi ambiti di interazione ovvero nuovi oggetti di reciproca interferenza e miglioramento conoscitivo.

¹⁰⁸⁸ F. SCAGLIONE, *Il contratto di rete quale nuovo strumento di collaborazione tra imprese*, in AA.VV. *L'impresa e la sfida del bene comune*, Milano, 2011, sottolinea tuttavia come nell'ottica di adozione dello

applicano gli artt. 2614 e 2615, comma II, c.c. Inoltre, con riferimento alle “*obbligazioni contratte ... in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune*”¹⁰⁸⁹.

Questo fondo, ove istituito, può poi acquisire personalità giuridica venendo iscritto nella sezione ordinaria del registro delle imprese¹⁰⁹⁰. Ai fini di acquisto della personalità giuridica, tuttavia, è previsto che il contratto debba essere stipulato per atto pubblico¹⁰⁹¹ o per scrittura privata autenticata o, ancora, per atto firmato digitalmente a norma dell'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82¹⁰⁹².

Si apre, dunque, con riferimento a questo profilo la questione se, attraverso un contratto di rete, gli ETS possano venire a partecipare ad un soggetto che si produca in una attività espressamente esclusa da parte della normativa ad essi riferita, ovvero sia una società

strumento da parte di una società commerciale, vi siano significative ragioni per esercitare l'opzione legislativa volta a far acquisire al patrimonio la personalità giuridica. Questo, principalmente, per consentirgli di esercitare attività commerciale all'interno di un mercato di rischio particolarmente liquido che necessita di limitare l'esposizione patrimoniale degli operatori giuridici ma, al contempo però rispondendo alle esigenze di *governance* che stanno alla base della stipulazione del contratto in parola da parte degli operatori stessi.

¹⁰⁸⁹ Un tanto ai sensi dell'art. 3, comma 4-*bis*, d.l. n. 5/2009, primo periodo. Utile ricordare poi che, con riferimento ai patrimoni destinati, l'art. 2447-*bis* preveda che “*i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti. Qualora nel patrimonio siano compresi immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, la disposizione del precedente comma non si applica fin quando la destinazione allo specifico affare non è trascritta nei rispettivi registri. Qualora la deliberazione prevista dall'articolo 2447-ter non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito*” (2447-*quinquies*, cit.).

¹⁰⁹⁰ Non si dimentichi, ai fini di interesse in questa sede, come pure gli enti del terzo settore vadano soggetti all'iscrizione presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura qualora si propongano di esercitare in forma diretta attività commerciali

¹⁰⁹¹ In caso di costituzione del contratto di rete tra soggetti pubblici, peraltro, nulla vieta che il contratto rivesta la forma dell'atto pubblico amministrativo a cura dell'ufficiale amministrativo rogante.

¹⁰⁹² Questi sono, invero, caratteri comuni riferiti ai requisiti presupposti dal legislatore per l'iscrizione nei registri presso le C.C.I.A.A.

commerciale¹⁰⁹³. Pare in tal senso non sussistano preclusioni di ordine generale, se non quella del mantenimento del vincolo teleologico che si è visto da intendersi in senso forte nel capitolo che precede. In altri termini, pertanto, la partecipazione dell'ente del terzo settore all'interno di soggetti che abbiano carattere imprenditoriale¹⁰⁹⁴ dovrà ritenersi ammissibile se e nel limite in cui questi soggetti possano essere finalizzati a loro volta non al lucro soggettivo od oggettivo (o almeno non in via diretta ed esclusiva a tale scopo) bensì qualora questi ultimi pongano in essere attività preordinata al raggiungimento degli scopi prefissati dallo stesso ente conferente. Un esempio di come questo meccanismo è stato implementato si ha, invero, in tema di fondazioni bancarie – quantomeno nella fase iniziale della relativa vita. Infatti, questi enti si caratterizzavano per essere soggetti gerenti di partecipazioni in enti tipicamente lucrativi – come sono gli istituti bancari – ma per vedere vincolati i relativi proventi ad una destinazione di scopo impressa in via diretta dal legislatore, che ne ha irreggimentato l'azione erogativa in favore delle comunità di riferimento attraverso la predisposizione di c.d. settori rilevanti all'interno dei quali questi soggetti giuridici sono vincolati ad operare.

In questi termini, insomma, pare doversi ammettere che gli enti del terzo settore, oltre a poter stipulare un contratto di rete¹⁰⁹⁵, possano pure attraverso lo stesso costituire un ente autonomo iscritto presso le camere di commercio alla sezione ordinaria del registro imprese, che possa esercitare attività economica di rilievo.

È poi evidente che, ove si istituisca una realtà patrimoniale dotata di autonomia, a tutela principale di terzi creditori che come si è detto vantano come garanzia generica i soli conferimenti al patrimonio comune, sorgono obblighi di rendicontazione puntuale di entrate ed uscite¹⁰⁹⁶. È quindi competenza dell'organo comune redigere, secondo le norme

¹⁰⁹³ Si ricorda, infatti, che il Codice del terzo settore non escluda affatto la possibilità che gli ETS svolgano attività commerciale. Tuttavia, eccezion fatta per il commercio equo e solidale, in questo caso la relativa attività non andrà soggetta alla legislazione di maggior favore prevista per gli enti del terzo settore. Ciò in quanto non si vuole produrre indebiti vantaggi in favore degli operatori economici.

¹⁰⁹⁴ Ovverosia all'interno di un contratto dove l'organo è dotato di personalità giuridica, sia presente un fondo destinato e quest'ultimo venga a svolgere attività commerciale.

¹⁰⁹⁵ Sul punto ci si verrà a soffermare un poco oltre.

¹⁰⁹⁶ Per un approfondimento in punto di diritto civile generale, cfr. P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile. Artt. 2421-2451*, Milano, 2010.

delle società per azioni in quanto compatibili, la situazione patrimoniale del fondo¹⁰⁹⁷. Ecco quindi una ulteriore competenza dell'organo comune¹⁰⁹⁸ che, a leggere il disposto normativo, pare incardinarsi in capo allo stesso a prescindere da una espressa dicitura in tal senso da parte dei retisti. Una volta redatto, poi, il bilancio deve essere depositato presso la camera di commercio nella quale è iscritto il fondo patrimoniale¹⁰⁹⁹. Sorge in tal caso una questione inerente alla necessità di asseverazione delle attività e delle passività derivanti dall'attività di rete. La norma non impone alcun tipo di asseverazione di bilancio: la stessa pertanto, permarrà facoltativa, ferma comunque la necessità di asseverazione degli avanzi e disavanzi di bilancio una volta che questi, attraverso la rete, dovessero entrare a far parte del patrimonio dell'ente del terzo settore¹¹⁰⁰. Ferma comunque l'indeterminatezza sul punto, questo aspetto, tanto quanto quello afferente alla approvazione del bilancio stesso da parte dei retisti, dovrà intendersi rimesso all'autonoma disposizione contrattuale dei retisti¹¹⁰¹.

Un'altra disposizione a tutela dei terzi è costituita dall'estensione dell'applicabilità dell'art. 2615-*bis*, terzo comma, del Codice civile¹¹⁰² nella misura in cui è espressamente previsto, nella corrispondenza, l'indicazione dell'appartenenza alla rete¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁷ F. LA ROSA, *op. cit.*, pag. 115 e ss.

¹⁰⁹⁸ In altri termini colui il quale è preordinato alla redazione dei bilanci del contratto di rete.

¹⁰⁹⁹ In questo caso si deve ritenere che il deposito del bilancio stesso abbia specifiche finalità di pubblicità notizia, ponendosi esso stesso quale atto che risulta essenziale alla tutela dei terzi creditori, per valutare lo stato di consistenza della propria garanzia patrimoniale generica.

¹¹⁰⁰ Pare dover restare ferma, in questo caso, la necessità di revisione ed asseverazione del bilancio al superamento delle soglie previste dal Codice del terzo settore. In questi termini la costituzione del fondo patrimoniale destinato non viene a costituire una formula di possibile distrazione delle risorse rispetto al fine cui queste sono state predisposte e stanziare nell'ambito dell'attività istituzionale dell'ente del terzo settore.

¹¹⁰¹ Se ne può dedurre allora, surrettiziamente, che un ulteriore contenuto tipico del contratto di rete e del relativo programma viene ad essere costituito proprio dall'aspetto in parola.

¹¹⁰² “*Negli atti e nella corrispondenza del consorzio devono essere indicati la sede di questo, l'ufficio del registro delle imprese presso il quale esso è iscritto e il numero di iscrizione*” (2615-*bis* c.c., cit.).

¹¹⁰³ Incombente analogamente previsto a fini specifici di pubblicità all'interno dei consorzi, come sottolineano G. AULETTA – N. SALANITRO, *Elementi di diritto commerciale*, Milano, 2006, pag. 51 e ss., ove si rimarca il ruolo a tutela dei terzi che si interfaccino con il consorzio delle disposizioni in tema di pubblicità ed indicazioni vincolate della corrispondenza da parte di questi ultimi.

Questa essendo la normativa di riferimento del contratto di rete, non si può tuttavia dimenticare la disciplina che, pur non direttamente contenuta nel compendio normativo del 2009, ha enorme rilevanza. Si tratta, in particolare, delle disposizioni in tema di diritto del lavoro¹¹⁰⁴ e di leva fiscale¹¹⁰⁵ con riferimento ai contratti di rete.

Innanzitutto, rileva il d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (*Primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti*, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 99 – *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, recante primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti*) nella misura in cui è venuto a modificare il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. “decreto Biagi”). E, in particolare, il relativo art. 30, in tema di distacco dei dipendenti e titolarità dei rapporti di lavoro. Pur nel rispetto dell'equivalenza delle mansioni ai fini dell'art. 2103 del Codice civile, infatti, sulla base della novella legislativa è riconosciuto in via generale l'interesse del datore di lavoro al distacco del dipendente quando sia stato stipulato un contratto di rete¹¹⁰⁶.

Una ulteriore possibilità riconosciuta dal decreto legge precitato è quella relativa alla codatorialità per i soggetti retisti. In questo caso il lavoratore è assunto da entrambi i soggetti giuridici: non si crea, cioè un ente diverso titolare del rapporto di lavoro¹¹⁰⁷. Ed un

¹¹⁰⁴ In punto, cfr. T. TREU (a cura di), *Contratto di Rete: Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, Milano, 2015, ove in particolare si pone in relazione il lavoro a termine con la realizzazione progressiva del programma di rete suggellato nel contratto.

¹¹⁰⁵ Introduce sistematicamente questi aspetti, seppur in maniera generale, la trattazione di AA.VV., *Fare rete tra imprese. Manuale per costruire, governare e valutare le reti d'impresa*, Milano, 2012, specie pag. 113 e ss.

¹¹⁰⁶ Proprio in termini di interesse generalizzato e preconstituito legislativamente al distacco della manodopera impostano la ricostruzione E. GERETTO - F. ZANIN, *Aggregazione e reti di imprese. Teoria metodi e strumenti per la strategia, la valutazione della performance e il rating assignment*, Torino, 2017, in specie pag. 113 e ss.

¹¹⁰⁷ M. MOCELLA, *Reti di imprese e rapporti di lavoro*, Napoli, 2018, sottolinea come vi sia il rischio che la disposizione non venga ad assumere la valenza fortemente innovativa che il legislatore aveva pensato per la

tanto, nemmeno qualora il fondo comune sia dotato di personalità giuridica. Non si può, pertanto, affermare che la rete crei in sé un nuovo datore di lavoro, distinto rispetto ai paciscenti, a prescindere dalla veste giuridica in concreto assunta dal patto¹¹⁰⁸.

Anche dal punto di vista fiscale si è nel tempo cercato di rendere maggiormente appetibile il contratto di rete. Infatti, l'art. 42 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 – *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*) prevedeva una significativa incentivazione economica per i contratti di rete con riferimento agli anni 2011, 2012 e 2013¹¹⁰⁹.

Con la novella legislativa, poi, era stata prevista la possibilità per cui gli utili, accumulati nel fondo comune o nel patrimonio destinato ex art. 2447-*bis* per la realizzazione degli investimenti previsti in attuazione del programma di rete, concorressero alla formazione del reddito nell'esercizio in cui la riserva era utilizzata per scopi diversi dalla copertura delle perdite¹¹¹⁰. Proprio ai fini di garantire da possibili pratiche elusive o fuorvianti della disposizione incentivante, il decreto ha poi previsto la necessità, ai fini del conseguimento dei benefici, che il programma di rete fosse appositamente asseverato da soggetti a ciò deputati da parte del Ministero dell'economia e delle Finanze¹¹¹¹.

stessa. Si può concordare sulla circostanza, infatti, che l'assunzione di un dipendente, se può portare alla condivisione del costo, con la codatorialità implica anche una contestuale assunzione di responsabilità significativa per entrambi i soggetti retisti che impieghino in concreto il lavoratore.

¹¹⁰⁸ Si può in questo forse leggere la diffidenza di fondo con la quale comunque lo strumento giuridico veniva visto dal legislatore, quale possibile veicolo di sistemi distorsivi per il mercato del lavoro. Invero la creazione di entità giuridiche autonome che possano assumere lavoratori poi utilizzati da altri enti giuridici che non si assumono responsabilità conseguenti rispetto ai lavoratori può essenzialmente essere vista come una formula di sviamento della disciplina di tutela del contraente debole – ossia il lavoratore.

¹¹⁰⁹ Sul punto, ancora, cfr. AA.VV., *Fare rete tra imprese*, *op. cit.*

¹¹¹⁰ Ovvero nel periodo di esercizio in cui viene meno l'adesione al contratto stesso.

¹¹¹¹ Giova peraltro rimarcare che, onde dare attuazione alla riforma in parola, sia stato emanato il d.m. 25 febbraio 2011 da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, avente come finalità l'*Individuazione dei requisiti degli organismi espressione dell'associazionismo imprenditoriale che asseverano il programma comune di rete, ai sensi del comma 2-quater dell'articolo 42 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78*. Gli organismi deputati all'asseverazione dei Contratti di Rete al fine di garantire le agevolazioni fiscali sono stati

L'impatto fiscale delle agevolazioni, tuttavia, è stato significativamente depotenziato dal tetto massimo all'interno del quale l'operazione era ammessa, pari cioè ad un milione di euro. Se questa cifra per realtà imprenditoriali più grandi potrebbe apparire di modesta entità, tuttavia, così non è per gli enti del terzo settore, specie per quelli che rivestano dimensioni medio piccole – ovverosia la maggior parte degli stessi¹¹¹².

Semmai potrebbe apparire più significativo limite¹¹¹³ agli stanziamenti di bilancio per il finanziamento della misura, pari a venti milioni per il 2011 e quattordici milioni per gli anni 2012 e 2013¹¹¹⁴.

Forse consapevole di come un utilizzo limitato di risorse incentivanti potesse in definitiva depotenziare in maniera assai significativa l'utilità del contratto di rete, il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica, con delibera 1 maggio 2016 ha approvato il programma nazionale per la ricerca 2015-2020 stabilendo, seppur solo in via programmatica, nuove misure di incentivazione delle reti. Sebbene il programma taccia sulle cifre dell'incentivo coinvolte, è previsto “*un aumento del limite massimo di utili accantonabili a 2 milioni*”¹¹¹⁵. Sebbene questo aumento in prospettiva possa risultare utile per gli ETS di maggiori dimensioni, resta il fatto che l'incertezza della legislazione incentivante, con specifico riferimento ai relativi stanziamenti, rischi di depotenziare

quindi le “*confederazioni di rappresentanza datoriale rappresentative a livello nazionale presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro ai sensi della legge 30 dicembre 1986, n. 836, espressioni di interessi generali di una pluralità di categorie e territori*” (art. 3, comma I).

¹¹¹² Considerata quindi la dimensione media degli enti del terzo settore, quindi, le formule di incentivo fiscale cui si avrebbe accesso attraverso lo strumento in parola potrebbero essere oltremodo significative.

¹¹¹³ Per vero, F. MAZZOLA – D. MUSOLINO – V. PROVENZANO (a cura di), *reti, nuovi settori e sostenibilità. Prospettive per l'analisi delle politiche regionali*, Milano, 2014, pag. 35, sostiene che le disposizioni incentivanti potrebbero in definitiva venire a subire significative limitazioni in ragione del fatto che si inseriscono in un quadro strutturale composito e per la circostanza di rivolgersi in maniera indifferenziata a tutti i contratti di rete, senza distinzione effettiva circa il valore e la qualità dei progetti che gli stessi veicolano.

¹¹¹⁴ Proprio per ovviare a ad una limitazione così significativa delle misure incentivanti alla stipula del contratto di rete, il Programma Nazionale di Riforma – PNR per il 2014 aveva previsto il sostanzioso rifinanziamento delle agevolazioni fiscali per una cifra di 200 milioni di euro. Non risulta, tuttavia, che questa misura abbia mai trovato una applicazione concreta.

¹¹¹⁵ Cfr. <http://www.politicheeuropee.it/attivita/19812/programma-nazionale-di-riforma-2016>.

notevolmente la leva fiscale che costituiva uno degli strumenti di maggiore efficacia nello sviluppo dei contratti di rete.

Non è inutile rimarcare come proprio la leva fiscale finisca per essere uno strumento comune tanto del contratto di rete quanto degli enti del terzo settore. L'incentivazione tributaria è infatti vista come veicolo per ausiliare l'utilizzo di strumenti alternativi nel raggiungimento di finalità di interesse generale, siano esse riferibili alla progressione economica quanto piuttosto all'erogazione di un servizio pubblico da parte di soggetti privati¹¹¹⁶.

¹¹¹⁶ Al netto del fatto come, specie in tempi recenti, la leva fiscale è stata sempre più spesso vista dal legislatore quale veicolo principe per indirizzare l'azione dei privati sul mercato. In questo caso le disposizioni possono allora essere lette come un tentativo di indirizzare l'attività degli operatori giuridici commerciali verso formule di aggregazione e progressiva convergenza verso asse critiche che sono più capaci di fare fronte alle sfide del mercato globalizzato – stante pure il congenito sottodimensionamento delle realtà produttive italiane.

.X. Il contratto di rete e la sua differenza rispetto ai raggruppamenti temporanei di imprese ed ai consorzi. Profili problematici con riferimento agli enti del terzo settore

Vi sono altri strumenti giuridici predisposti dal legislatore con la finalità di accomunare le forze per migliorare l'offerta di servizi predisposta da diversi soggetti giuridici che coordinino insieme la propria attività, specie ove questa faccia riferimento al conferimento di contratti pubblici di appalto¹¹¹⁷. Due di queste potrebbero financo apparire simili all'istituto giuridico del contratto di rete: i consorzi e le Associazioni Temporanee di Imprese – ATI (anche note come Raggruppamenti Temporanei di Imprese – RTI). Già di primo acchito appare tuttavia evidente che la finalità di queste due figure non sia quella – invece fondamentale per il contratto di rete – di coordinare in via generalizzata le proprie azioni in vista di un obiettivo di utilità comune. Il fine, per così dire, delle stesse non è creare una operazione in coordinamento di diversi soggetti, quanto piuttosto, alternativamente, l'esercizio di attività economica in comune ovvero la partecipazione ad un appalto pubblico.

Quanto al consorzio, come si anticipava, questa è una formula di associazionismo tra figure imprenditoriali che esercitano in comune tra di loro una attività di rilevanza economica condividendone a valle i relativi benefici (art. 2602 c.c.)¹¹¹⁸. In dottrina¹¹¹⁹ si suole distinguere i consorzi a seconda delle finalità in concreto perseguite. Vi sono così consorzi c.d. anticoncorrenziali, preordinati a sterilizzare la reciproca interferenza economica ed operativa da parte di diversi imprenditori; consorzi c.d. di coordinamento, istituiti con la finalità di minimizzare i costi gestori dei relativi partecipanti; e consorzi c.d.

¹¹¹⁷ P. CHIRULLI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Milano, 2010, ove l'Autore afferma espressamente di come la disciplina comunitaria in tema di pubblici intenda un particolare “*favor per tutte le forme di aggregazione tra operatori economici che favoriscono la partecipazione più ampia alle procedure selettive*”.

¹¹¹⁸ Con riferimento ad uno scorcio introduttivo sulla tematica delle società consortili di notevole puntualità cfr. E. CUSA, *Le società consortili con personalità giuridica: fattispecie e frammenti di disciplina*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, II, pag. 373 e ss., nonché C. IBBA, *La disciplina codicistica dei consorzi e la sua integrazione*, in *Studium iuris*, 2001, pag. 131 e ss.

¹¹¹⁹ P. CENDON, *Commentario al Codice civile. Artt. 2959-2642*, Milano, 2009, pag. 180, distingue espressamente in categorie i consorzi con attività esterna.

fidi, istituiti al fine di agevolare l'accesso creditizio dei soggetti che vi fanno parte¹¹²⁰. A differenza del contratto di rete, tuttavia, la specifica finalità del contratto consortile non deve essere specificata all'interno del contratto, non costituendone elemento dovuto e legalmente tipico¹¹²¹.

Dal punto di vista eminentemente operativo – oltre che giuridico – il Codice civile prevede una distinzione a seconda che l'attività del consorzio abbia o meno rilevanza verso l'esterno¹¹²². Solo nel secondo caso, infatti, è prevista la possibilità di costituire un fondo patrimoniale destinato al soddisfacimento in via esclusiva dei creditori nascenti dall'attività espressa verso l'esterno dall'ente¹¹²³. Quanto invece alle obbligazioni assunte dal soggetto consortile in favore dei propri associati¹¹²⁴, il fondo risponde solo in via solidale rispetto al patrimonio dei singoli consorziati¹¹²⁵. Il patrimonio vincolato, peraltro, al pari di quanto avviene per il contratto di rete, va soggetto a registrazione presso le C.C.I.A.A. a fini di pubblicità notizia.

Infine, a distinguere ulteriormente il contratto consortile dal contratto di rete vi è la possibilità che venga istituita una vera e propria società consortile i cui soci sono gli imprenditori consorziati¹¹²⁶. Diversamente da quanto avviene con la creazione di un fondo

¹¹²⁰ La distinzione in parola risulta compiutamente esemplificata ed articolata da parte di A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (a cura di F. Anelli e C. Granelli), XXII ed., Milano, 2015, pag. 1019 e ss.

¹¹²¹ Sebbene l'oggetto non manchi quale specifico elemento che deve essere inserito nel contratto, oltre che in adempimento delle disposizioni generali anche ai sensi dell'art. 2603, comma II, n. 1.

¹¹²² Con ciò intendendosi non la mera autoproduzione di servizi in favore degli associati bensì pure l'erogazione di prestazioni economicamente rilevanti verso soggetti terzi.

¹¹²³ In ragione della circostanza per cui non vi è necessità di assunzione di obbligazioni e limitazione di responsabilità in caso contrario, poiché si verte nella diversa ipotesi della disciplina di rapporti diretti tra consorziati, P. CENDON, *Commentario al Codice civile, Artt. 2959-2642, op. cit.*

¹¹²⁴ Tipico l'esempio che avviene nei consorzi fidi, ove il consorzio si fa garante per le obbligazioni patrimoniali assunte con gli enti creditizi da parte dei propri partecipanti.

¹¹²⁵ Cfr. G. DORIA, *L'attività consortile tra interessi dei consorziati e danno ai creditori*, Napoli, 2012.

¹¹²⁶ Risulta dubbia in tale eventualità quale ne sia la disciplina giuridica, essendo alla fattispecie giuridica dedicato il solo art. 2615-ter. In tempi più recenti, sembrano ricavarsi indicazioni nella giurisprudenza che portano a ritenere doversi applicare in questo caso il modello giuridico prescelto per la società consortile con le deroghe dovute alle disposizioni intrinsecamente incompatibili con il tipo giuridico direttamente dettate

comune dotato di personalità giuridica¹¹²⁷, in questo caso si crea una società tipica, il cui assetto è compiutamente determinato a livello codicistico.

Già da questa breve ricapitolazione di quelli che sono gli elementi salienti dell'istituto in parola, appaiono più significative le similitudini rispetto alle differenze. Elemento distintivo, allora, permane quello teleologico. Se il consorzio è legislativamente preordinato alla definizione delle interferenze industriali secondo un principio maggiormente volto al non danneggiamento reciproco piuttosto che alla collaborazione¹¹²⁸, il contratto di rete si caratterizza per la realizzazione di un programma, ovverosia per la realizzazione di una collaborazione proattiva, alla ricerca di una reciproca interferenza che prima non c'era. Proprio per questo, nell'ambito degli enti del terzo settore, si dimostra l'importanza di questa figura giuridica che può divenire utile strumento per la creazione di sinergie nell'erogazione del servizio culturale, specie a livello locale, consentendo di mettere a rete competenze ed esperienze nel superiore interesse collettivo, codeterminando obiettivi e metodologie operative.

In definitiva, però, la differenza tra le figure giuridiche che si è andata rappresentando, si riverbera direttamente sulla relativa disciplina giuridica, sicuramente più puntuale e garantista per i consorzi, che vede puntualizzato l'oggetto contrattuale, le modalità di recesso, e gli assetti organizzativi, specie nel caso in cui il contratto stesso si produca in una attività esterna¹¹²⁹. Il contratto di rete appare invece nei propri contenuti normativi

dalla disciplina in tema di società consortili. Cfr. Corte di Cassazione, sezione tributaria, 17 giugno 2011, n. 13293. Cfr. A BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, Milano, 2018, la cui impostazione circa la distinzione funzionale tra le due figure permane per molti aspetti attuale nonostante il tempo trascorso.

¹¹²⁷ Invero, come si accennava, la circostanza che il fondo patrimoniale possa venire ad assumere personalità giuridica appare piuttosto orientato verso una maggiore tutela dei creditori sociali piuttosto che essere preordinato ad un migliore coordinamento dei soggetti giuridici riuniti in consorzio.

¹¹²⁸ Quando si faccia questione di un consorzio con funzione anticoncorrenziale. Viceversa in altri casi, ad eccezione per i consorzi fidi, si tratterà di una figura giuridica preordinata a rendere servizi agli affiliati e non, invece, all'attuazione di un programma comune con condivisione delle conoscenze operative a ciò necessarie.

¹¹²⁹ Con specifico riferimento alle modalità di gestione operativa e di organizzazione interna dei consorzi, cfr. G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle spa*, Milano, 2014.

maggiormente indeterminato, e questo, con tutta probabilità, proprio per garantire allo strumento una maggiore flessibilità consentendogli il raggiungimento di obiettivi che di volta in volta possono venire a modificarsi anche in corso d'opera¹¹³⁰. Proprio l'atipicità causale, afferente in via legislativa il compimento di un programma che però nei fatti può avere i contenuti più vari, fa conseguire che le cause di risoluzione siano a loro volta più flessibili, inerendo alla impossibilità di raggiungere gli obiettivi prefissati¹¹³¹. Ciò comporta, inoltre, una *governance* che, a sua volta, non può essere oggetto di predeterminazione normativa tipica, posto che diversi obiettivi implicano diverse necessità di assetto istituzionale dell'ente¹¹³².

Il secondo istituto giuridico che potrebbe venire ad interferire con il contratto di rete è costituito dall'associazione temporanea di imprese – ATI. Si tratta di una figura giuridica voluta dal legislatore con funzioni “antimonopolistiche”¹¹³³, in quanto preordinata a consentire una maggiore partecipazione possibile alle procedure di affidamento dei pubblici incanti, evitando che le imprese di maggiori dimensioni possano risultare affidatarie nel tempo in maniera predominante¹¹³⁴. In quest'ottica si produce un contratto

¹¹³⁰ Laddove, invece, la finalità del consorzio non muta al passare del tempo. Al limite possono cambiare le modalità concrete e puntuali con cui gli scopi prefissi *ab initio* vengono ad essere perseguiti, specie ove si faccia questione di consorzi con attività esterna. Un tanto è sottolineato da V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2013, specie pag. 163 e ss.

¹¹³¹ Intuiva come si potesse parlare di atipicità causale, con connessi riverberi in tema di annullabilità dei relativi contratti, R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

¹¹³² In questi termini, pertanto, la funzione tipica del contratto di rete è proprio quella di garantire uno strumento di governo della mutevolezza che risulti sufficientemente atipico quanto ai fini ed indeterminato nelle forme. Si denota allora la differenza concettuale rispetto al contratto consortile, sia che questo abbia rilevanza esterna sia che ne sia privo.

¹¹³³ Cfr. F. LAURIA, *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, 1991, pag. 30 e ss., cit.

¹¹³⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3188, in base al quale “*tali aggregazioni svolgono, sul piano economico, una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo un ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minore dimensione, o specializzate in particolari settori produttivi e tecnologici, fisiologicamente selezionate attraverso il confronto negoziale tra i prezzi offerti. Per realizzare adeguatamente gli scopi perseguiti, la normativa impone di assoggettare le ATI ad un trattamento tendenzialmente uguale a quello previsto, in generale, per gli altri soggetti ammessi alle gare, definendo omogenei requisiti soggettivi di partecipazione. In questa prospettiva, la disciplina di rango*

associativo¹¹³⁵ all'interno del quale l'impresa capogruppo diviene quindi *“il punto di riferimento unitario di una costituenda ATI e dal suo fondamento giuridico, costituito dall'essere dotata - la capogruppo - di uno speciale potere di rappresentanza conferitole dalle imprese raggruppande attraverso l'impegno a stipulare mandato collettivo speciale (art. 37, comma 8 codice appalti¹¹³⁶), inteso come preliminare di mandato sottoposto a condizione risolutiva in caso di mancata realizzazione dell'evento dell'aggiudicazione in favore del costituendo raggruppamento temporaneo”* (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2220).

Al pari del contratto di rete, anche l'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese viene posta in essere per via contrattuale, *“con un unico atto, (stipulato tra le parti a) mandato collettivo speciale con rappresentanza ad un(a) di ess(e), dett(a) mandatari(a)”¹¹³⁷*. Questo contratto di mandato si caratterizza per la gratuità e la irrevocabilità, salvo giusta causa debitamente motivata. Il legame che si viene a creare tra i singoli operatori economici, cionondimeno, *“non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali”¹¹³⁸*.

comunitario e nazionale si articola in un complesso di regole che realizza un ragionevole punto di equilibrio fra due diverse esigenze, potenzialmente contrapposte: a) la scelta del modulo associativo non deve comportare un trattamento indiscriminatamente deteriore rispetto a quello previsto, in generale, per tutti i concorrenti singoli; b) lo schema dell'ATI non deve tradursi in uno strumento elusivo delle regole dirette ad imporre alle imprese particolari requisiti minimi necessari per partecipare alla gara d'appalto”.

¹¹³⁵ Da intendersi nel senso non di creazione di un'associazione con rilevanza esterna come sarebbe quella istituita da un contratto sociale, bensì nel senso di un accordo di messa in comune della propria capacità commerciale per l'aumento del proprio *range* operativo.

¹¹³⁶ La disposizione al tempo di riferimento per la sentenza in parola era costituita dal d.lgs. n. 163/2006. L'articolo è oggi riprodotto senza variazioni significative all'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, ragione per cui le considerazioni espresse dalla sentenza in parola possono senz'altro ritenersi ad oggi ancora pienamente valide.

¹¹³⁷ Ai sensi dell'art. 49, comma XII, d.lgs. n. 50/2016.

¹¹³⁸ Art. 49, comma XVI, d.lgs. n. 50/2016.

La peculiarità risiede allora nella circostanza per cui il raggruppamento temporaneo non può assumere personalità giuridica¹¹³⁹ a sé stante, né costituire patrimoni destinati alla esecuzione del contratto di appalto. Anche l'oggetto è decisamente meno ampio, tanto con riferimento al contratto di rete, quanto con riferimento ai consorzi, risultando circoscritto alla esecuzione dell'incanto individualmente determinato. Quasi a dire che l'RTI sia una rete con un programma ristretto, ossia limitato alla esecuzione dell'appalto. Se si prescinde da questa chiosa, tuttavia, i legami tra le due figure giuridiche si limitano esclusivamente alla rappresentanza verso terzi, veicolata dal mandato e accomunata nella rete dall'organo all'uopo istituito, e la responsabilità solidale per le obbligazioni assunte nei confronti del raggruppamento o della rete stessa¹¹⁴⁰.

Proprio sulla base di questi comuni profili nella disciplina di settore afferente, si è allora stabilito, con riguardo ai raggruppamenti temporanei di imprese che partecipino a pubblici incanti che *“trovano applicazione, in quanto compatibili, alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ... queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile ... sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA”*¹¹⁴¹. Dalla lettura del dato normativo, pare allora derivare che il contratto di rete stesso possa partecipare a pubblici appalti, risultando quale forma legalmente prevista di aggregazione tra soggetti operativi che possono dare esecuzione agli incanti¹¹⁴². Tuttavia, il legislatore appariva a tal punto consapevole della

¹¹³⁹ Vi è, infatti, dottrina che sostiene come con il raggruppamento sorga una soggettività giuridica unitaria, priva di personalità giuridica autonoma, cfr. G. CARLOTTI – A. CLINI, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2014, pag. 229.

¹¹⁴⁰ Nel caso in cui si faccia questione di un raggruppamento temporaneo, è evidente che il terzo creditore verso il quale essere responsabili solidalmente sarà la pubblica amministrazione appaltante. Ciò a patto che non si tratti di un ATI di tipo verticale poiché in tal caso solo la mandante risponde solidalmente di tutte le obbligazioni del raggruppamento, mentre le mandatarie sono responsabili solo *pro quota*, per la porzione di lavoro loro incombente.

¹¹⁴¹ Art. 49, comma XIV, d.lgs. n. 50/2016

¹¹⁴² G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009.

notevole somiglianza tra gli istituti giuridici da ritenere in buona sostanza equivalente¹¹⁴³ la relativa disciplina, ai fini specifici del Codice dei contratti pubblici.

Che diversi soggetti del terzo settore possano associarsi tra loro – ovvero che possano associarsi con soggetti imprenditoriali – al fine di partecipare a pubblici incanti, invero, non è da escludere. Infatti, è ad esempio nel settore di interesse dei beni culturali, che gli ETS possano trovarsi nella necessità di accomunare sforzi anche creando un unico centro di imputazione giuridica per poter partecipare ad affidamenti riguardanti beni culturali¹¹⁴⁴. In questo caso, non essendo soggetti lucrativi, la relativa opera si proporrà nella erogazione del servizio o esecuzione del lavoro non per locupletazione bensì per il raggiungimento del fine istituzionale che questi soggetti si prefiggono.

Volendo trarre delle brevi conclusioni in punto, occorre allora rappresentare come la figura che più si avvicina al contratto di rete è il consorzio con attività esterna. La rete permane differenziata dal suo elemento teleologico distintivo¹¹⁴⁵, costituito dal coordinamento dell'attività con finalità esecutiva del programma posto a base della collaborazione tra gli operatori giuridici. Tuttavia, non si può dimenticare come la stipula di un contratto di rete comporti a sé anche dei notevoli vantaggi sul piano fiscale e giuslavoristico¹¹⁴⁶, che permangono inapplicabili se si volesse invece adoperare la formula consortile, evidentemente coniata dal legislatore avendo a riferimento un diverso panorama giuridico. A ciò si aggiunga, ma sul punto si tornerà poco oltre, come la rete paia poter più fruttuosamente essere sviluppata tra soggetti del terzo settore a differenza dei consorzi ed al raggruppamento temporaneo, che invece paiono decisamente preordinati all'implementazione tra soggetti imprenditoriali.

¹¹⁴³ Nel senso di ritenere legittima la partecipazione con queste formule di aggregazione in maniera indifferente rispetto al risultato finale quanto all'aggregazione di operatori giuridici.

¹¹⁴⁴ Si è ricordato, infatti, nei primi due capitoli come sia necessario sviluppare procedure ad evidenza pubblica per la concessione dei beni culturali. A tali procedure possono partecipare gli enti del terzo settore in forma aggregata tra loro o con soggetti commerciali per migliorare le proprie possibilità di vittoria.

¹¹⁴⁵ Parla espressamente di elemento teleologico quale caratteristica distintiva del contratto di rete, F. DURANTE, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti pubblici*, Torino, 2017, in specie pag. 108 e ss. ove si affronta il tema della comunanza di scopo tra le varie figure giuridiche.

¹¹⁴⁶ Elemento da tenere in particolare attenzione ove si vada a considerare pure la disciplina del volontariato che è specificamente afferente al terzo settore.

Ancora una volta, insomma, si dimostrano i vantaggi per gli ETS nello sviluppo del contratto di rete, che stabilizza, procedimentalizzandola, la cooperazione tra i diversi attori giuridici, garantendo uno strumentario flessibile che non crea obbligo di istituire soggetti aventi personalità giuridica autonoma al fine di poter conseguire i notevoli vantaggi che lo strumento giuridico in parola garantisce in via generalizzata.

.XI. Compatibilità del Contratto di rete con gli enti del terzo settore: l'esempio delle reti museali.

Si è visto quindi come il contratto di rete, pur presentando alcuni elementi che lo avvicinano a figure similari esistenti nel panorama giuridico, è caratterizzato da tante e tali peculiarità che ne fanno uno strumento di particolare interesse per l'erogazione del servizio pubblico culturale. Occorre quindi ora in concreto verificare la possibilità della sua conclusione tra enti del terzo settore¹¹⁴⁷.

I vantaggi conseguibili attraverso lo sviluppo di questa figura giuridica, infatti, possono essere moltiplicati se lo strumento giuridico viene ad essere predicato come utilizzabile anche da parte di enti che pur non essendo formalmente pubblici – ma anzi rivestendo una veste di diritto privato nel terzo settore – siano partecipati dalla pubblica amministrazione, divenendone *longa manus*.

Innanzitutto, nell'affrontare questo tema complesso, si deve partire dal presupposto che il disegno normativo afferente al contratto di rete disegni in definitiva una figura nuova rispetto alle tradizionali formule consortili, societarie ovvero di associazione temporanea di imprese, connotata da una elevata flessibilità tanto nei contenuti, quanto nelle modalità concrete di collaborazione che vengono attraverso lo stesso veicolate. Ora, partendo dal dato normativo, l'art. 3, comma IV-ter, d.l. n. 5/2009 predica la stipulabilità del contratto di rete appannaggio dell'"imprenditore". L'art. 2082 del Codice civile definisce tale soggetto come "*colui che esercita professionalmente un'attività economica finalizzata alla produzione e allo scambio di beni o servizi*". Nel tempo, la giurisprudenza ha eliminato, tuttavia, lo scopo di lucro quale requisito essenziale dell'imprenditorialità, venendo a richiedere solamente la produzione di entrate che potenzialmente possano andare a pareggiare le perdite all'interno di un periodo di tempo determinato¹¹⁴⁸. In altri termini, per avere attività imprenditoriale non conta tanto la lucratività dell'attività stessa, quanto piuttosto la produzione di beni e servizi che nel lungo periodo possano venire a coprire i

¹¹⁴⁷ A tale verifica positiva è invero sott'intesa la possibilità che poi il medesimo contratto possa venire ad essere stipulato tra enti del terzo settore e società commerciali.

¹¹⁴⁸ Tra le molte, ci si riferisce in particolare a pronunce come quella della Corte di Cassazione civile, sez. I, 24 marzo 2014, n. 6835.

costi di produzione¹¹⁴⁹. Come noto, peraltro, a seguito della modifica costituzionale all'art. 97 della carta fondamentale introdotto con la legge costituzionale n. 1 del 2012, il pareggio di bilancio è stato elevato a obiettivo minimo ma inderogabile per tutta l'azione amministrativa, estendendosi dallo stato agli enti locali fino alle amministrazioni locali e decentrate¹¹⁵⁰. A ciò si aggiunga la circostanza per cui, come si è visto, gli enti del terzo settore possono pure rivestire la qualifica di imprenditori commerciali, con conseguente iscrizione relativa presso la C.C.I.A.A.¹¹⁵¹.

Sotto il profilo eminentemente formale, pare allora che l'ETS quale ente produttore di beni e servizi¹¹⁵² che, se partecipato dalla P.A., deve puntare all'equilibrio tra entrate ed uscite, possa essere inquadrato al novero degli imprenditori anche in virtù del fatto che può risultare iscritto nei relativi registri. Sotto il profilo sostanziale, invece, non paiono sussistere preclusioni ostative alla stipula del contratto di rete tra enti del terzo settore, i quali si possono caratterizzare pure per una attività commercialmente rilevante, pur non essendo soggetti istituiti con scopo di lucro.

Ciò detto in punto di inquadramento generale della questione, si deve poi ricordare che l'erogazione del servizio pubblico culturale a rete non sia del tutto una novità, specie ove si ponga mente alle sperimentazioni che da tempo vengono svolte proprio in questo settore. Presupposto dal quale partire nell'inquadramento della problematica, quello per cui una

¹¹⁴⁹ Corte di Cassazione civile, sez. lavoro, 12 ottobre 1995, n. 10636. La vicenda calza peraltro rispetto al tema trattato, riferendosi ad un ente di tipo ecclesiastico che rendeva prestazioni di tipo sanitario a fronte della corresponsione di un corrispettivo idoneo al raggiungimento del pareggio di bilancio.

¹¹⁵⁰ Senza dimenticare la necessità del rispetto del patto di stabilità interno, che vincola a stringenti limiti di bilancio le amministrazioni locali. Cfr. per una introduzione sul tema ricca di spunti dal punto di vista pratico, C. VOLPE, *Il patto di stabilità e crescita: l'esperienza europea, italiana e trentina. Profili di diritto comunitario, costituzionale e regionale*, Trento, 2007.

¹¹⁵¹ Ciò, però, con conseguente esclusione dall'applicazione della disciplina riferentesi al terzo settore per la parte direttamente riguardante lo svolgimento dell'attività di carattere commerciale (salvo il commercio equo e solidale). In linea generale, però, l'ETS si caratterizza, come noto, invece per la diversa iscrizione al registro unico del terzo settore. I fini di questo tipo di pubblicità si sono detti. L'adempimento è in tal senso succedaneo effettivo rispetto all'iscrizione nel registro delle imprese posto che per molti versi i due incumbenti sono caratterizzati dalle medesime finalità.

¹¹⁵² Posto che quello di valorizzazione del patrimonio culturale è sicuramente un servizio ed anzi, un vero e proprio servizio pubblico.

delle caratteristiche del patrimonio culturale italiano è il presentarsi in forma diffusa, come appunto un museo a cielo aperto¹¹⁵³, che pertanto si presenta quale una vera e propria galassia all'interno della quale diversi attori territoriali propongono la propria azione. Per tale ragione, il legislatore ha dapprima predisposto lo strumento delle reti museali¹¹⁵⁴. Per venire a definire cosa sia una rete museale occorre innanzitutto avere conto della nozione di museo. Tale è la “*struttura permanente che acquisisce, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio*”¹¹⁵⁵. Una delle caratteristiche di queste

¹¹⁵³ Si esprime in tal senso L. CASINI, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, 3/2014, osservando che “*l'Italia e il suo patrimonio si caratterizzano per essere un museo diffuso, "a cielo aperto", in cui la funzione di tutela non può essere dissociata dalla gestione dei musei. Il legame con il territorio è così forte che, inevitabilmente, l'amministrazione dei beni culturali italiana si è sviluppata con uffici, le soprintendenze, competenti a tutelare e gestire quel patrimonio in modo unitario, assicurando un "sistema territoriale" di tutela. In sostanza, osservava Antonio Paolucci negli anni Novanta, "nell'ordinamento statale delle Soprintendenze il museo praticamente non esiste" ; e forse per questo lo stesso Paolucci da Ministro nel 1995 aveva presentato un disegno di legge per dare autonomia a quattro musei statali, con annessi altri istituti (Uffizi, Brera, Capodimonte e Galleria Borghese) ”.*

¹¹⁵⁴ Il riconoscimento di questa formula incentivante non ha mancato di convertirsi pure in una azione a livello locale, ad esempio con il riconoscimento delle reti museali di rilevanza regionale. Un esempio per tutti è quello della legge regionale 25 settembre 2015, n. 23 del Friuli Venezia Giulia (*Norme regionali in materia di beni culturali*). Il legislatore locale ha preordinato, in particolare, il riconoscimento della valenza locale delle reti museali onde dare accesso ai finanziamenti predisposti. Il chiaro intento di questa operazione normativa è quella di favorire le sinergie tra i singoli enti che approntano servizio su beni culturali per consentire un più efficace esborso di danaro pubblico, che viene convogliato attraverso iniziative mirate verso un sistema efficiente di gestione del patrimonio di rilevanza storico-artistica.

¹¹⁵⁵ Art. 101, d.lgs. n. 42/2004. Si è tuttavia osservato come “*lo spettro delle finalità degli istituti culturali è tuttavia più ampio, comprendendo nella mission anche la preservazione dell'istituzione museale nel tempo, la diffusione dei valori culturali, la tutela degli interessi della comunità, la qualità dell'offerta e l'economicità della gestione. La letteratura sul management degli istituti culturali, invero, riconosce la complessità dell'offerta del servizio erogato dai musei, secondo alcuni autori esprimibile attraverso tre dimensioni fondamentali: i servizi di divulgazione – finalizzati al supporto della conoscenza del progetto culturale del museo e della visita della struttura –, i servizi di accoglienza e i servizi complementari”.* T. PENCARELLI – S. SPLENDIANI, *Le reti museali come sistemi capaci di generare valore: verso un approccio manageriale e di marketing*, in *Il capitale culturale. Studies on the Value of cultural Heritage*, 2011. Gli Autori, nell'analizzare le peculiarità dello strumento museale e della sua declinazione in rete, fanno emergere come nella gestione del patrimonio culturale si vadano sempre più imponendo soluzioni anche di tipo

strutture è il legame bivalente che, da un lato lega al territorio con specifica valenza in materia di c.d. comunità culturale, e, dall'altro, quello che li vincola l'un l'altro, intersecando gli interessi. Un altro degli elementi che si debbono tenere in considerazione nell'esaminare gli istituti museali a rete con la finalità di trarre delle conclusioni rispetto allo sviluppo di uno strumento analogo per gli ETS è la considerazione che questi istituti sono il medio che unisce la domanda e l'offerta di cultura. Attraverso questi ultimi, infatti si consegue quella valorizzazione dinamica dei – e più in generale la gestione rispettosa del vincolo finalistico immanente che caratterizza i – beni culturali. Di qui la necessità di una impostazione strategica nella erogazione del servizio che impone la creazione di legami tra i diversi protagonisti che si trovino ad interfacciarsi con un bene così complesso e polimorfo da essere avulso da mere strategie di mercato pur avendo un indubbio risvolto di tipo mercantilistico nella propria fruizione. Emerge così da un lato, la necessità che l'istituto museale si faccia portatore di una serie di valori che lo vincolano alla specificità del luogo in cui è insediato. Dall'altro lato tuttavia proprio la natura immanente del patrimonio culturale impone ai soggetti che si interfaccino con la relativa gestione una naturale tendenza al porsi in rete, alla interrelazione, all'esigenza, insomma, di creare un sistema integrato che permetta di conseguire non soltanto delle economie di scala attraverso la condivisione di costi accessori o l'erogazione di servizi ausiliari rispetto al *core* che deve essere garantito, quanto piuttosto alla creazione di un servizio sinergico di filiera, volto ad garantire nel suo complesso l'attribuzione di un vero e proprio servizio

manageriale per fare fronte alle mutevoli esigenze della contemporaneità all'interno della quale gli operatori giuridici pubblici e privati si vedono costretti ad operare. Ed un tanto, si aggiunge, a maggior ragione dopo l'introduzione della clausola imperativa di pareggio del bilancio imposta a tutte le amministrazioni pubbliche a seguito della modifica dell'art. 97 della Costituzione. Il contributo, tuttavia, basa piuttosto il proprio ragionamento su di un presupposto inerente alla modalità stessa di fruizione del patrimonio culturale, definito come "*consumo postmoderno*" In quest'ottica manageriale vi sarebbe un servizio base (*core*) cui si accompagna una costellazione di servizi detti di facilitazione senza i quali quello base non sarebbe concretamente fruibile dal consumatore. In quest'ottica la creazione di reti museali ha ragioni di varia natura, quali la ricerca di economie di scala, la ricerca di varietà nell'offerta attraverso la condivisione di servizi comuni, lo sviluppo di economie di apprendimento e di nuove conoscenze, una maggiore capacità di farsi collettori di fondi e la intrinseca natura complementare delle risorse culturali.

pubblico¹¹⁵⁶. In questo ambito riveste una valenza essenziale la comprensione di concetto di distretto culturale, definito da autorevole dottrina come “*un sistema, territorialmente delimitato, di relazioni che integra il processo di valorizzazione delle dotazioni culturali, sia materiali che immateriali, con le infrastrutture e con gli altri settori produttivi che a quel processo sono connesse. La realizzazione di un distretto culturale ha l'obiettivo, da un lato, di rendere più efficiente ed efficace il processo di produzione di “cultura” e, dall'altro, di ottimizzare, a scala locale, i suoi impatti economici e sociali*”¹¹⁵⁷. In questi termini si avvalorava pure la nozione di comunità di cultura che si è andata delineando ai capitoli che precedono quale vincolo forte di territorialità del patrimonio culturale. La rete museale rappresenta così lo strumento più avanzato per l'inveramento sul territorio del distretto culturale, ove attività anche molto distanti tra loro vengano a costituire una entità di rilevanza giuridica attraverso la matrice sociale (e culturale) ad essa comune rispetto al territorio di riferimento¹¹⁵⁸. Le sinergie si creano così attraverso la messa in comune di esperienze anche molto diverse tra loro che consentono lo sviluppo dell'erogazione del servizio a favore della collettività indistinta ma con radicamento rispetto alla collettività

¹¹⁵⁶ Da tempo vi è, infatti, consapevolezza di come il patrimonio culturale possa rappresentare un viatico di sviluppo solo con una profonda rivisitazione delle metodologie operative con cui questo viene ad essere valorizzato e con la risistemazione concettuale della consapevolezza di fondo ad essa afferente. Così, G.P. BARBETTA – M. CAMMELLI – S. DELLA TORRE (a cura di), *Distretti culturali: dalla teoria alla pratica*, Bologna, 2013.

¹¹⁵⁷ P.A. VALENTINO, *I distretti culturali: nuove opportunità di sviluppo del territorio*, Roma, 2001. L'Autore specifica poi che l'obiettivo del distretto è “*da un lato, di rendere più efficiente ed efficace il processo di produzione di cultura e dall'altro di ottimizzare, a scala locale, i suoi impatti economici e sociali*”. In altri termini, si veicola così un sistema virtuoso che, proprio in ragione del peculiare legame che riconnette una comunità al proprio patrimonio culturale, assume in definitiva una produzione con esternalità positiva non solo in termini di autosostenibilità della risorsa primaria, ma anche di miglioramento della tutela e valorizzazione (anche non economica) della stessa, attraverso la sinergia dei vari operatori che con quest'ultima si interfaccino. Così l'*output* del distretto si misura pure in riferimento al miglioramento della qualità ambientale e sociale cui questo contribuisce.

¹¹⁵⁸ E ciò porta pure allo sviluppo economico e sociale dell'area nella quale si va ad intervenire, come acutamente osservato da S. CASSESE, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018.

culturale cui il distretto fa riferimento¹¹⁵⁹. In questi termini si apprezza come con la tipologia di relazioni in parola si venga a creare una vera e propria rete di valore plurisoggettiva¹¹⁶⁰ laddove vi è la compresenza simultanea sia di una comunanza o convergenza progressiva degli obiettivi da raggiungere che del ruolo di guida della pubblica amministrazione nell'aggregazione progressiva e, giocoforza, a contenuto variabile¹¹⁶¹ che si prospetta attraverso lo strumento di coordinamento. Si tratta così di considerare l'interazione con il cliente quale forma di creazione bifocale di valore. Da un lato vi è il valore creato per il fruitore nella erogazione *uti singuli* del servizio pubblico culturale. Dall'altro vi è invece vi è lo stesso patrimonio culturale, che si è visto accrescere

¹¹⁵⁹ Cfr. P.L. SACCO – G. FERILLI – G. TAVANO BLESSI (a cura di), *Cultura e sviluppo locale: verso il distretto culturale evoluto*, Bologna, 2015. La tesi degli Autori, in questo caso, è come nell'attuale congiuntura giuridico-economica, sia necessaria l'integrazione tra diverse filiere. Il modello del distretto industriale di filiera verticale, infatti, non è più in grado di rispondere alle mutate esigenze del mercato. Per tale ragione il distretto culturale evoluto necessita dell'azione complementare, di tipo orizzontale, di attori pubblici e privati, di operatori culturali e della società civile, sconfinando anche nell'azione che le università debbono porre in essere quali soggetti effettivamente produttori di cultura. La capacità innovativa del distretto, in questo ambito operativo liquido si misura nella capacità di progettualità unitaria e di composizione delle diverse istanze tutte paritariamente rilevanti – non ponendosi come si è detto i rapporti in questo settore nell'ottica di una sovraordinazione-sottordinazione – verso obiettivi comuni che possano dare una sintesi della vita sociale dei soggetti che si vedono operare all'interno del distretto. La misura ottimale del quale, all'evidenza, mutua in termini di efficienza complessiva del sistema, raggiungendo la dimensione massima che può essere approntata senza la perdita delle utilità significative conseguite dallo strumento.

¹¹⁶⁰ In questi termini E. RULLANI, *Modernità sostenibile. Idee, filiere e servizi per uscire dalla crisi*, Venezia, 2010. L'Autore sottolinea in particolare come il soggetto capofila nella rete debba in ogni caso avere la forza per mobilitare le risorse necessarie al perseguimento degli obiettivi prefissati. In questi termini, allora, risulta evidente come l'apporto della pubblica amministrazione territorialmente più importante, ovvero di quella che risulti dotata di una maggiore importanza rispetto al patrimonio storico-artistico posseduto, avrà un ruolo trainante all'interno della rete istituenda tra soggetti del terzo settore.

¹¹⁶¹ C. BARBATI *L'impresa museale: la prospettiva giuridica*, in *Aedon*, 1/2010, sottolinea come nella creazione di un percorso di gestione del patrimonio culturale vengano in rilievo significative variabili, tanto interne quanto esterne al sistema museale, che impongono la creazione di soluzioni non predeterminate in maniera immutabile ma modellabili a seconda degli eventi. E, tra queste, rientra a buon titolo la rete tra istituzioni museali. Sulla stessa linea di pensiero W. SANTAGATA, *La fabbrica della cultura. Ritrovare la creatività per aiutare lo sviluppo del paese*, Bologna, 2007, che sottolinea il ruolo propulsivo dei luoghi di cultura.

in valore proprio attraverso la sempre maggiore fruizione che può e deve essere garantita quale scopo preciso della sua missione nell'ambito dell'ordinamento costituzionale¹¹⁶². La rete, infatti, consente alle strutture museali di creare prodotti ad elevato valore sociale, proprio attraverso l'interrelazione sistematica dei diversi attori che si trovano a governare il fenomeno culturale. L'interrelazione cui è preordinato il contratto di rete, così come in apice la rete museale, è dunque anzitutto conoscitiva, poiché tratta di condividere risorse immateriali ad alto tasso di valore aggiunto convergendo gli sforzi per una complessiva opera di valorizzazione degli assets a disposizione dei vari soggetti istituzionali coinvolti. Notevole rilievo ha, in questa ottica di erogazione del servizio, il ruolo ricoperto dal c.d. *marketing* relazionale¹¹⁶³ e di *branding* che possono efficacemente fidelizzare il cliente finale e valorizzare ulteriormente il polo museale retista attraverso la creazione di un valore aggiunto specificamente costituito dal *brand* che identifica quello specifico territorio e quella determinata offerta di servizio culturale individualmente determinata secondo criteri spazio-temporali. Al contempo, l'accrescimento del valore del marchio territoriale genera extra gettito nella misura in cui favorisce l'apprezzamento economico del patrimonio culturale¹¹⁶⁴. Il che, portando nuove risorse, contribuisce indirettamente a quel processo di tutela e valorizzazione che vuole preservato innanzitutto il patrimonio anzidetto nella sua integrità ma che, per dirsi veramente efficace, non può prescindere da una sempre maggiore fruibilità garantita a strati quanto mai latenti della popolazione. Non

¹¹⁶² G. BOSI, *Valore culturale e marketing dei beni creativi: prospettive di disciplina giuridica*, in *Aedon*, 1/2016, ove, proprio con riferimento alla funzione culturale intrinseca del patrimonio storico-artistico, sottolinea che “è ben possibile che la reazione di una molteplicità di destinatari dell'offerta creativa sia negativa e, tuttavia, non dovremmo per questo necessariamente concludere che, anche nel rispetto delle leggi di mercato, tale offerta non vada in qualche modo garantita”. A dire che la sussistenza di un valore intrinseco nell'opera di accessibilità al pubblico dei beni culturali è predicato diretto del relativo statuto giuridico. A prescindere dalla possibile diseconomicità della stessa. Ben evidente, tuttavia, come l'istituzione museale a rete sia preordinata a garantire – il più possibile – il sistema da possibili fallimenti di mercato.

¹¹⁶³ In tema cfr. C. GRÖNROOS, *Service Management and Marketing. A customer relationship management approach*, 2000, nella traduzione italiana come *Management e marketing dei servizi. Un approccio al management dei rapporti con la clientela*, Torino, 2006.

¹¹⁶⁴ Sottolinea in particolare questi aspetti significativi A. LABOR, *Nuove sinergie per la gestione museale*, in *Aedon*, 3/2017.

si deve infatti pensare la rete come soggetto chiuso agli stimoli esterni, quanto piuttosto quale interrelazione che abbraccia attori tra loro anche molto diversi per finalità e veste istituzionale¹¹⁶⁵.

In questo concetto di rete afferente al patrimonio culturale muta anche la concezione del fruitore del patrimonio stesso. Non più soggetto passivo di una offerta a carattere più o meno marcatamente economica, bensì “*soggetto attivo e fortemente coinvolto nel processo di produzione e consumo del prodotto culturale e turistico e, per questa via, creare valore per sé stesso e per gli stakeholder, territoriali*”¹¹⁶⁶.

Un ulteriore elemento da tenere in debita considerazione quando si vanno ad analizzare le reti museali è costituito dall’attrattività¹¹⁶⁷ rispetto al contesto di finanziamento della relativa attività da parte dei soggetti istituzionali. Questo a maggior ragione nel caso in cui si tratti di finanziamenti europei, che trovano la propria misura ottimale nei soggetti aggregati capaci di attrarre un numero maggiore di turisti¹¹⁶⁸. Le sovvenzioni, in questa dimensione intermedia dei soggetti ricettori, vengono a costituire una delle ragioni più significative del fare sistema per conseguire utilità sistemiche tra i soggetti retisti¹¹⁶⁹. La

¹¹⁶⁵ Basti pensare alla possibilità di includere all’interno di un pacchetto di vista turistica museale anche un tour enogastronomico delle realtà presenti sul territorio, che potrebbe essere garantito dai produttori locali. Ossia da soggetti interamente privati ed anche caratterizzati da un precipuo scopo lucrativo.

¹¹⁶⁶ T. PENCARELLI – S. SPLENDIANI, *op. cit.*, pag. 236, cit. Gli Autori, peraltro, sottolineano come in questa ottica la creazione di valore sia vitale per la sopravvivenza del sistema attraverso una compartecipazione attiva degli strati sociali nella gestione e fruizione del patrimonio culturale. Nella formulazione di questa teoria di sistema, peraltro, gli Autori si rifanno alla teoria formulata da S. BARILE, *Il management sistemico vitale*, Torino, 2009.

¹¹⁶⁷ Da tempo, infatti, si propongono analisi economiche del fenomeno dell’attrazione del patrimonio culturale quale indice di valutazione dell’appetibilità del relativo finanziamento. Ai fini di una analisi economica del fenomeno, cfr. D. THROSBY, *The Production and Consumption of the Arts: A View of Cultural Economics*, in *Journal of Economic Literature*, XXXII, 1994.

¹¹⁶⁸ F. BENHAMOU, *L’economia della cultura*, Bologna, 2011.

¹¹⁶⁹ Uno degli esempi di come questo sistema di finanziamento abbia concretamente funzionato è la rete dei musei piceni, fondata nel 2003 e fruitore di sovvenzioni sia in relazione alle misure interne per far fronte al sistema che ha colpito le Marche nel 1997 sia a livello europeo con i fondi nell’ambito dell’area Obiettivo 2. In questo caso la rete è costituita dai sindaci dei comuni appartenenti al territorio interessato in quanto i musei delle singole città sono di proprietà comunale. Si dimostra anche in questo caso la peculiare flessibilità

rete, insomma appare utile per fare fronte alla congenita limitatezza delle risorse afferenti alle piccole realtà museali, contribuendo a creare valore economico e sociale attraverso l'interazione reciproca e con il consumatore finale. Come si è sottolineato in dottrina¹¹⁷⁰, tuttavia, la sfida delle reti in materia culturale consiste nella possibilità concreta di dotarsi di strutture organizzative in grado di fornire servizi sempre più professionalizzati e specialistici, favorendo una risposta del servizio pubblico culturale che si mantenga in linea con la domanda in continua evoluzione del mercato, che appare oggi quantomai dinamica e liquida. Così è sempre più importante riuscire a creare collegamenti strategici – delle vere e proprie reti nelle reti¹¹⁷¹ – che consentano l'interscambio conoscitivo. Al contempo, però, non si può non sottolineare che anche il ruolo rivestito dal forte legame territoriale che unisce le reti all'area nella quale si trovano ad operare risulti di capitale importanza. Concetto, quest'ultimo, che si riconnette alla nozione di comunità culturale, posto che la risorsa limitata esistente sul territorio si collega con un singolare legame biunivoco rispetto al tessuto socio-economico che caratterizza l'area geografica nella quale la risorsa culturale stessa si innesta. Così, la rete si astraie rispetto alla semplice interrelazione funzionale tra i singoli musei per abbracciare un contesto sovraordinato di sistema, all'apice del quale non possono che esserci gli enti locali territorialmente competenti che in una ottica organica di promozione della cultura a livello locale si fanno soggetti capofila delle interrelazioni funzionali veicolate dalla rete. Questo comprova, per altra via, come lo strumento in parola non possa essere considerato in via esclusiva dal punto di vista meramente privatistico come un patto sussistente tra più soggetti privati

dello strumento, che si cala anche in realtà diverse da quella museale strettamente intesa. In questo caso si rimarca come la messa a rete delle strutture abbia portato con sé una maggiore capacità attrattiva ed una migliore credibilità del sistema nei confronti dei finanziatori. Oltre a questo, le ulteriori iniziative della rete sono state quelle del sito *web* unificato, del catalogo unificato, dei biglietti validi per l'intero polo museale.

¹¹⁷⁰ Ancora, il riferimento corre a T. PENCARELLI – S. SPLENDIANI, *op. cit.*

¹¹⁷¹ Si pensa ad esempio alle reti delle cineteche pubbliche, di cui tratta A. SAU, *La legge n. 220 del 2016: quale spazio per le autonomie locali?*, in *Aedon*, 1/2018, che sottolinea in particolare il ruolo della Cineteca nazionale quale ente coordinatore delle attività delle varie cineteche pubbliche. Con il che si dimostra anche in questo particolare settore, la necessità di coordinamento tra gli attori dell'erogazione del servizio pubblico culturale.

individualmente intesi, bensì impone un ripensamento complessivo della problematica in una ottica di diritto pubblico.

In definitiva, nel silenzio della legge e, soprattutto, in assenza di uno specifico divieto in tal senso, il dato normativo del riferimento all'imprenditorialità non appare preclusivo rispetto alla stipula del contratto di rete tra enti del terzo settore. Ciò avviene già con scopi analoghi per le reti museali, tra enti che imprenditori in senso stretto non sono¹¹⁷². Allora pare non vi sia ragione alcuna per precludere agli enti del terzo settore la possibilità di costituire una rete tra loro. Ciò, ovviamente, a patto che questa tipologia contrattuale non assuma finalità elusive della disciplina concorrenziale e, più in generale, della normativa di diritto amministrativo che governa questi tipi sociali in deroga alle regole civilistiche.¹¹⁷³ Come si vedrà il fatto che l'ETS risulti partecipato da soggetti pubblici apre pure la via ad uno strumentario che, con specifico riferimento ai beni culturali sarà significativamente sviluppato nell'ambito del diritto amministrativo.

¹¹⁷² Ne sottolinea anzi le peculiari caratteristiche G. GOLINELLI, *op. cit.* e da D. JALLÀ, *Il museo contemporaneo, introduzione al nuovo sistema museale italiano*, Torino, 2003.

¹¹⁷³ Disciplina amministrativa che viene in rilievo in quanto si tratta della erogazione di un servizio pubblico attraverso soggetti privati partecipati.

.XII. La stipula del contratto di rete attraverso l'accordo di programma.

Anche con la finalità di evitare l'alterazione dell'assetto concorrenziale ma, soprattutto, con l'obiettivo di garantire il massimo rispetto dei principi di tutela e valorizzazioni connaturati a quel connotato di pubblicità per fruizione dei beni culturali, è necessario individuare quale sia lo strumento giuridico più adatto per la stipula del contratto di rete tra enti del terzo settore partecipati da pubbliche amministrazioni.

Invero, avvicinandosi ad una prima lettura delle disposizioni inerenti al contratto di rete, parrebbe spontaneo definirlo come pare fare la norma, ossia un contratto di diritto privato, con tutto ciò che consegue questa dizione¹¹⁷⁴. Le implicazioni sono tuttavia di non poco momento, poiché, come si è visto, il contratto di rete disciplina diritti ed obblighi costituiti tra diversi soggetti che coordinano la propria azione. Tuttavia, se si tratta di soggetti pubblici quali gli enti del terzo settore che erogano il servizio pubblico culturale, ciò significherebbe disciplinare obblighi di servizio pubblico in via diretta ed unilaterale attraverso previsioni esclusivamente dettate dal diritto civile.

Un tanto desta alcune perplessità, ove si rammenti come l'organo comune, se istituito, viene in concreto a disciplinare situazioni giuridiche il cui soddisfacimento è presidiato da interessi pubblici qualificati. Come ha avuto modo di puntualizzare la dottrina, invero, *“mediante l'assunzione e la programmazione del servizio pubblico ... l'amministrazione assume il dovere di garantire il servizio. Assunzione e programmazione sono atti preordinati a conferire diritti a singoli (utenti), aventi ad oggetto la prestazione che costituisce il servizio pubblico”*¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁴ Non hanno dubbi, in tal senso, ad esempio F. CAFAGGI – P. IAMICELI, *Prime riflessioni sul contratto di rete*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009. Ed in senso sostanzialmente conforme pure A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato, op. cit.*, in specie pag. 945 e ss.

¹¹⁷⁵ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, pag. 682, cit. Con riferimento alla necessità di garantire agli utenti finali il riferimento corre a G. ALPA, *I contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giurisprudenza civile*, II, 1986, pag. 107 e ss., la cui ricostruzione teorica, in punto di diritto civile circa i diritti perfetti vantati dall'utilizzatore finale risultano tutt'oggi valide pure con riferimento alla tematica ora analizzata; sia, inoltre, consentito il rinvio a G. FALCON, voce *Obbligazione – obbligazioni pubbliche*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988. Come si ha avuto modo di rappresentare nel secondo capitolo, quanto alla ricostruzione circa il tema dei servizi pubblici corre a quanto perfezionato da G. CAIA, *I servizi pubblici, op. cit.* e, per un aggiornamento sul tema, dello stesso Autore, *Le nuove discipline dei*

Una scelta che normativamente si è visto non essere preclusa dalla legge, come la conclusione di un contratto di rete tra enti del terzo settore partecipati da pubbliche amministrazioni, potrebbe allora apparire inidonea al perseguimento di interessi giuridici ammantati dalla pubblicità sotto il profilo sostanziale della questione.

Dal contemperamento di istanze tra loro apparentemente inconciliabili emerge allora la necessità che la rete sia dotata di quelle guarentigie proprie del diritto amministrativo nella misura in cui viene a garantire il soddisfacimento di interessi della collettività. Tra gli strumenti di diritto pubblico attraverso i quali si può veicolare l'accordo comune a più amministrazioni che codisciplinano lo svolgimento coordinato delle relative potestà vi è l'accordo di programma¹¹⁷⁶.

Detto accordo, per espresso disposto normativo, infatti, consente il coordinamento dell'azione amministrativa fissando tempi ed obblighi a carico di ciascuno degli enti

servizi pubblici, in *Libro dell'Anno 2013*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana – Treccani, 2013 e *Problematiche giuridiche, gestionali e fiscali di imprese e società strumentali delle fondazioni*, in *Le società strumentali: strumento gestionale per le attività istituzionali delle fondazioni*, Bologna, 2011, pag. 73 e ss.

¹¹⁷⁶ Questa, ad esempio, la formula adottata dalla rete museale “Musei Partecipati” delle Marche, ove sono stati riuniti soggetti pubblici e privati per l'erogazione di servizi comuni ed il conseguimento di economie di scala e di apprendimento partecipativo. Il ruolo *leader* all'interno della rete è, in questo caso, appannaggio dei soggetti pubblici che individualmente partecipano all'accordo, nella veste di promotori delle iniziative comuni, seppur questo accordo non costituisca di per sé una forma di aggregazione particolarmente intensa, lasciando ai singoli partecipanti larga parte del potere di iniziativa rispetto agli eventi culturali che si vanno a promuovere all'interno della rete. In questo caso, infatti, la rete è stata istituita principalmente per garantire l'accesso a fondi comunitari e statali: è infatti previsto il ruolo del capofila solo al momento in cui si debba dare partecipazione ai bandi per il sovvenzionamento delle strutture, che mantengono le une rispetto alle altre una larga parte di autonomia. In questo caso, in dottrina, T. PENCARELLI – S. SPLENDIANI, *op. cit.*, sottolinea come i principali lacune manageriali che emergono si riferiscono alla mancanza di un approccio strategico al *marketing* di sistema della rete, alla debole attenzione dedicata alle politiche di *marketing mix* e alla mancanza di approcci strumentali e manageriali. Fattori positivi della soluzione adottata, invece, l'espansione dell'offerta di servizi e l'apertura della rete al territorio ed a attori che offrano servizi che si pongono in rapporto di stretta accessoria rispetto al servizio museale che viene offerto, sviluppando significative *partnership* con soggetti radicati sul territorio, siano essi produttori di servizi turistici ovvero fornitori di servizi di carattere enogastronomico locale tipico. Con ciò dimostrando che effettivamente la rete, creata attraverso l'accordo di programma, costituisce un significativo passo avanti verso il sincretismo nella erogazione del servizio pubblico culturale.

pubblici coinvolti nel perseguimento di scopi predeterminati¹¹⁷⁷ ma che non possono essere raggiunti se non con l'azione congiunta di diversi attori. Ciò consente di individuare i singoli passaggi e le modalità con le quali andare a dare attuazione al disposto pattuito. Infatti, ancorché di controversa natura, si è piuttosto concordi nel ritenere l'accordo annoverabile tra gli strumenti di diritto pubblico¹¹⁷⁸. Esso è infatti un istituto giuridico di cosiddetta di programmazione negoziata volta all'erogazione condivisa di servizi pubblici, ovvero la costruzione di infrastrutture di pubblica utilità, nell'ambito dei quali l'azione amministrativa non può essere monoliticamente considerata come l'attuatrice di un modello astratto la cui definizione avviene in via unilaterale dal soggetto che detiene la competenza prevalente. Bensì è in questi casi necessaria la convergenza di azioni amministrative diverse siccome diversi sono i titolari degli interessi coinvolti nella realizzazione dell'opera o nella erogazione del servizio¹¹⁷⁹. Gli interessi convergenti,

¹¹⁷⁷ Ed a volte pure indipendenti gli uni dagli altri.

¹¹⁷⁸ Da un lato, infatti, vi è chi ne sostiene la natura negoziale, come V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, relazione al XLVII Convegno di studi amministrativi "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Varenna, 20-22 settembre 2001, e *Qualche riflessione su "accordi" e "contratti di diritto pubblico"*, in G. BARBAGALLO – E. FOLLIERI – G. VETTORI, (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, pag. 77 ss. nonché F. MANGANARO, *Il coordinamento degli interessi pubblici nell'accordo di programma*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, IV, 1994 (con tesi poi parzialmente rivista, cfr. F. MANGANARO – G. VIZZARI, *Accordi tra amministrazioni, situazioni giuridiche soggettive e nuovo rito sul silenzio della p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, pag. 447 e ss.). Per altra parte della dottrina, probabilmente oggi maggioritaria, ci si trova innanzi ad un istituto giuridico *sui generis*, come tale non direttamente inquadrabile in nessuna delle categorie del diritto pubblico o privato, cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, R. FERRARA, *Gli accordi di programma: potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993, (l'Autore aveva già espresso una ricostruzione giuridica che negava la natura privatistica degli accordi in *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985), nonché G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, relazione al XLVII Convegno di studi amministrativi "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Varenna, 20-22 settembre 2001. Per una panoramica, A. TRAVI (a cura di), *G. Pericu, Scritti scelti*, Milano, 2009, pag. 691 e ss.

¹¹⁷⁹ Seppur in diversa materia, A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, sottolinea nell'introduzione come spetti all'amministrazione, in forza del principio democratico, *«il compito di bilanciare i diversi diritti ed interessi coinvolti nell'erogazione dei servizi sociali e decidere le priorità che devono essere osservate nella allocazione delle risorse»*. Così

insomma, debbono comporsi in una unica programmazione e gestione d'ambito in maniera tale da garantire il soddisfacimento dei bisogni della popolazione e l'economicità stessa del servizio. Insomma, al pari del contratto di rete, pure l'accordo di programma è uno strumento di coordinamento tra soggetti giuridici i cui interessi sono contermini pur senza essere sovrapposti. Con la differenza che il secondo è specificamente pensato per gli attori pubblici¹¹⁸⁰ che possono congiuntamente promuovere, programmare ed infine attuare opere come servizi di innovazione e miglioramento degli *standard* qualitativi specie in settori ritenuti dal legislatore particolarmente rilevanti (ad esempio, quello ambientale, del servizio pubblico culturale, della gestione integrata del ciclo dei rifiuti: tutti ambiti nei quali è necessario un sempre maggiore coordinamento degli sforzi nell'attuazione congiunta della volontà normativa)¹¹⁸¹. Anche l'accordo di programma, insomma, alla stregua della conferenza di servizi¹¹⁸², è preordinato come detto, al coordinamento tra

avviene, infatti, anche nel diritto dei beni culturali, dove è necessario un raccordo di diritto pubblico nella selezione dei diversi ambiti di competenza di vari plessi amministrativi al fine di stabilite le relative priorità.

¹¹⁸⁰ Sebbene per prassi possano poi esservi coinvolti, vincolandosi giuridicamente, anche soggetti privati esecutori o portatori di interessi qualificati attraverso un atto unilaterale d'obbligo.

¹¹⁸¹ Si può dire, allora, che le amministrazioni pubbliche ricorrono all'accordo di programma ogniqualvolta sussista tra le stesse una convergenza di interessi perseguiti, o anche solo la necessità di coordinare il perseguimento di posizioni di interesse che possono inerire l'una con l'altra correndo tra loro in parallelo. È allora che con lo strumento in parole si pongono un obiettivo in comune definendo mezzi e modalità per la sua realizzazione.

¹¹⁸² Art. 14 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241. Peraltro, le recenti modifiche che l'istituto giuridico in parola ha subito a seguito dell'entrata in vigore della c.d. riforma Madia non ne hanno modificato la finalità ultima né le ragioni che ne hanno costituito i motivi di implementazione nel nostro sistema giuridico. Cfr. per una introduzione sul tema, M. SANTINI, *La nuova conferenza di servizi dopo la riforma Madia. Dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, al D.lgs. 30 giugno 2016*, Milano, 2016, nonché L. CARBONARA, *La nuova conferenza di servizi: la complessa ricerca della semplificazione, tra composizione degli interessi e celerità decisionale*, in *Giustamm, Rivista di Diritto Amministrativo*, X, 2016. Per un raffronto tra lo strumento giuridico in parola e l'accordo di programma, invece si rinvia a L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, VII, 1997, pp. 675 e ss. nonché le utili nozioni introduttive su questo tipo di disposizioni legislative di semplificazione di F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Diritto amministrativo*, 1993.

plessi competenziali diversi, alla luce del principio di buon andamento della pubblica amministrazione sancito dall'art. 97 della Costituzione.

Partendo nuovamente dal dato normativo, la disciplina dell'accordo di programma si rinviene all'art. 34¹¹⁸³ d.lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali – T.U.E.L.)¹¹⁸⁴. In giurisprudenza, il referente legislativo corre tuttavia pure all'art. 15 della l. n. 241/1990 che disciplina in linea generale gli accordi tra pubbliche amministrazioni, rispetto ai quali l'istituto giuridico in esame è considerato una specificazione¹¹⁸⁵. È stato infatti rilevato come l'accordo di programma presenti un ambito di applicazione ristretto dall'oggetto che il legislatore gli ha voluto predicare, improntandolo alla definizione ed all'attuazione di opere pubbliche, interventi o programmi¹¹⁸⁶. In questo ambito il patto in parola può considerare sia la fase progettuale ed esecutiva afferente alla messa in cantiere di una o più opere pubbliche, sia lo sviluppo di interventi alle stesse strumentali sia, infine e per quanto di interesse in questa sede, attività programmatoria ed erogativa di servizi pubblici, anche prescindendo dalla necessità di realizzare in riferimento agli stessi una vera e propria infrastruttura. Infatti, l'accordo di programma è da tempo stato ritenuto un *“duttile di azione amministrativa preordinato, senza rigidi caratteri di specificità, alla rapida conclusione di molteplici procedimenti tutte le volte in cui il loro ordinario svolgimento richiederebbe l'espletamento di più sub procedimenti, indispensabili per la ponderazione di interessi pubblici concorrenti”*¹¹⁸⁷.

¹¹⁸³ La disposizione, peraltro, ricalca quanto in precedenza stabilito all'art. 27 della l. n. 142/1990 e come modificata dalla l. n. 127/1997.

¹¹⁸⁴ Il contenuto normativo dell'articolo 34, peraltro, è stato oggetto di specificazione a mano di molte regioni italiane. A mero titolo di esempio si ricordano gli artt. 19 e 20 l.r. Friuli Venezia Giulia n. 7/2000 ovvero l'art. 32 l.r. Veneto n. 35/2001.

¹¹⁸⁵ La norma consente infatti *“Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, ... (di ndr) concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”*

¹¹⁸⁶ G.M. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999, sottolineava già in periodo oramai risalente proprio come, nonostante l'ambito applicativo più limitato, l'accordo di programma possa costituire un vero *modus operandi* per la moderna amministrazione pubblica

¹¹⁸⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182, cit. Per vero la pronuncia in parola ha quale referente normativo l'art. 27 della l. n. 142/1990 che oggi è stato in toto sostituito dall'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000. Successivamente la giurisprudenza ha specificato che i propri arresti che si riferivano alla normativa del 1990 permangono validi nella impostazione ed inquadramento giuridico dell'accordo di programma anche con

Proprio dalla duttilità dello strumento giuridico si può acquisire la possibilità che, attraverso lo stesso, enti del terzo settore deputati all'erogazione del servizio pubblico culturale operino una programmazione concertata della propria attività, stabilendo appunto un programma condiviso¹¹⁸⁸ e le relative modalità attuative nel comune obiettivo di garantire il servizio del quale sono tributari. Di converso, infatti, la circostanza che tanto l'art. 15 l. n. 241/1990 quanto la sua specificazione contenuta nell'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000 non prevedano la stipula di un contratto di rete attraverso l'accordo di programma non significa che da ciò possa ricavarsene un divieto da parte della legge.

Preme invero evidenziare come, innanzitutto, lo stesso istituto giuridico, introdotto nel 2009, non fosse presente nel panorama giuridico al momento della previsione del 1990 e del T.U.E.L. ad essa successivo.

A ciò si aggiunga come la terminologia utilizzata nell'art. 34 dal T.U.E.L. e, ancor più, quella specificata in tempo anteriore nell'art. 15 l. n. 241/1990, diano adito a sviluppare il contenuto contrattuale più vario nei patti che vengono ad essere conclusi invocando le relative disposizioni normative. E, allora, se l'accordo di programma consente di irreggimentare diversi interessi superindividuali coordinandoli tra di loro, pare questo la sede migliore per contenere un contratto di rete tra enti del terzo settore a partecipazione pubblica che erogano il servizio pubblico culturale. Invero tale è il luogo di elezione per il temperamento degli interessi pubblici e dei procedimenti amministrativi, al pari di quanto avviene con la conferenza di servizi¹¹⁸⁹. E ciò pure tenendo in considerazione la

riferimento al T.U.E.L. successivamente emanato. In punto cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 2 marzo 2011, n. 1339 punto 2 del diritto e giurisprudenza ivi richiamata.

¹¹⁸⁸ G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, II, riferisce proprio dell'accordo quale formula di concertazione programmatica.

¹¹⁸⁹ Appare, invero, utile considerare come in questo senso la strutturazione di un accordo di programma venga pure a rendere effettivi quei principi di sussidiarietà che, specie in materia di beni culturali, si sono visti essere cardine della relativa gestione. Sul punto N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007. L'Autore, in particolare, sottolinea la flessibilità dei modelli operazionali con i quali si viene a definire in concreto l'interesse pubblico perseguito, quasi adombrando una fungibilità degli stessi rispetto al provvedimento amministrativo.

circostanza per cui gli ETS a partecipazione pubblica, pur formalmente soggetti alle regole del diritto privato, sono teleologicamente orientati in tutta la propria attività quand'anche di rilevanza economica¹¹⁹⁰.

Poi, precisato come detto lo scopo comune ad entrambi gli strumenti ovverosia, il consentire il migliore coordinamento di diversi soggetti pubblici, occorre ricordare che l'accordo di programma è tuttavia maggiormente orientato, trattandosi di strumento di diritto pubblico, alla garanzia della migliore realizzazione finale dell'intervento, programma o servizio che si disciplina tramite lo stesso¹¹⁹¹. Dal suo canto, invece l'erogazione a rete del servizio è preordinata all'ottimizzazione della *performance* gestionale di tutti i *partners* coinvolti nell'operazione¹¹⁹². Obiettivi che, specie alla luce del d.lgs. n. 117/2017, non possono che andare a di pari passo tra loro.

Volendo quindi trarre le somme, si può dire che il contratto di rete sarà contenuto nell'accordo di programma, che può essere stipulato in questo modo tenendo conto della circostanza per cui i paciscenti sono soggetti del terzo settore partecipati da pubbliche amministrazioni. Il contratto di rete specificherà a sua volta, tramite il proprio programma, la concertazione operativa e procedimentale degli interessi coinvolti.

¹¹⁹⁰ Donde la stipula dell'accordo di programma è funzionale a mantenere il duplice vincolo di carattere pubblico, da un lato afferente alla destinazione puntuale dei beni culturali al servizio della collettività, dall'altro degli enti del terzo settore al perseguimento dell'utilità generale.

¹¹⁹¹ Occorre peraltro rammentare la lettura data dalla giurisprudenza al disposto normativo, che non è limitato solo alla realizzazione di opere. Infatti, l'articolo "*non sta ad indicare una limitazione dell'estensione di tale disciplina, ma sta a significare l'adozione di uno strumento che rende più spedita ed efficiente l'azione amministrativa*" complessivamente considerata, e ciò nelle varie accezioni che questo può venire ad indicare (sul punto, sia consentito di nuovo il rinvio a, Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182, cit.). L'assunto ha trovato peraltro conferma in tempi più recenti anche sulla base del nuovo disposto normativo, sulla scorta della circostanza per cui "*l'accordo di programma costituisce un modulo procedimentale che può assumere valore e contenuto diversificati in relazione alla concreta funzione perseguita. Esso, ad esempio, può consistere nell'approvazione di un progetto di opere pubbliche la cui realizzazione richieda il consenso ed il concorso di diverse amministrazioni pubbliche, ovvero nell'approvazione di un programma avente valore di piano urbanistico esecutivo*" (cfr. T.A.R. Lombardia, II, 23 dicembre 2000, n. 9172, cit.).

¹¹⁹² D'altronde ciò è coerente con il diverso sedime concettuale all'interno del quale i due strumenti sono maturati, uno imprenditoriale l'altro di diritto pubblico. Ciò non preclude, nondimeno, che si possano creare significative sinergie dall'uso incrociato di questi due strumenti giuridici.

Il veicolo all'interno del quale la rete risulta istituita è peraltro rispettoso delle relative finalità e, in definitiva, pure della relativa disciplina. Ciò è chiaro avendo a mente come l'art. 15 della legge fondamentale sul procedimento amministrativo esegua un rinvio interno al proprio articolo 11¹¹⁹³, il quale, a sua volta opera un rinvio dinamico ai “*principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*”¹¹⁹⁴. Ad un tanto va poi accompagnata la circostanza che la stessa disciplina del contratto di rete, per quanto come si diceva oltremodo scarna, contenuta nel d.l. n. 5/2009, non fa alcuna menzione delle norme applicabili in via succedanea rispetto a quanto non direttamente stabilito. Con la conseguenza che dovrà ritenersi applicabile la disciplina generale in tema di contratti, per quanto non derogata dal combinato disposto della disciplina pubblicistica e dal precitato d.l. Pare così possibile ottenere una figura che si ponga a mezza via tra il diritto pubblico e il diritto privato, proponendo una ibridazione funzionale¹¹⁹⁵ delle figure giuridiche che possa valersi della flessibilità del modello privatistico ma con le garanzie di perseguimento della finalità di diritto pubblico propria dello strumento amministrativo.

¹¹⁹³ Così, sottolinea il legame tra le due disposizioni P. Bilancia (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale: profili teorici e applicativi*, Milano, 2011, specie pag. 75. L'Autore, oltretutto, si pone nella stessa linea di pensiero qui proposta andando a sottolineare come l'accordo di programma sia uno strumento di innovativa cogestione del federalismo territoriale

¹¹⁹⁴ Art. 11, comma III, l. n. 241/1990.

¹¹⁹⁵ Quello dell'ibridazione funzionale è, peraltro, fenomeno da tempo noto con riferimento ai moduli di diritto privato che l'amministrazione viene a concretizzare ad esempio quando adotta sistemi gestionali di tipo imprenditoriale. Cfr. L. Anselmi, *Percorsi aziendali per le pubbliche amministrazioni*, Torino, 2014.

.XIII. Conseguenze sul riparto di giurisdizione dell'inserimento del contratto di rete all'interno dell'accordo di programma.

Una conseguenza diretta dello strumento prescelto per la stipula del contratto di rete è il riparto di giurisdizione allo stesso afferente. Lo scivolamento giurisdizionale verso il plesso amministrativo che ne consegue, tuttavia, non deve essere letto come una forzatura o distorsione di uno strumento civilistico. Non bisogna infatti dimenticare che attraverso il contratto di rete si detta una disciplina di coordinamento per l'erogazione di un servizio pubblico.

Ora, l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2)¹¹⁹⁶, stabilisce sussista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riguardo agli “*accordi fra pubbliche amministrazioni*”. Alla luce della latenza del disposto normativo, che nulla di più dispone quanto all'ampiezza del potere cognitorio riconosciuto in capo a T.A.R. e Consiglio di Stato, si deve considerare che questi ultimi abbiano potere decisionale su tutti gli accordi che siano diversi dai meri contratti di diritto privato stipulati dalla pubblica amministrazione¹¹⁹⁷. Da un tanto consegue che, una volta concluso il contratto di rete attraverso lo strumento dell'accordo di programma, la cognizione relativa sull'atto si sposterà dal giudice civile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Un tanto, è bene precisarlo, non può comportare una *deminutio* degli strumenti di tutela, né è veicolo per una trasposizione della materia del contratto di rete al di fuori della giurisdizione sua propria. Innanzitutto, infatti, si deve rammentare come nel processo amministrativo i poteri di assunzione probatoria, così come la struttura stessa della

¹¹⁹⁶ Il commento sull'articolo nella sua sistematica processuale è proposto, ad esempio da A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo, Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, ove gli Autori pongono in particolare in rilievo il legame che si innesta tra l'art. 7 e l'art. 133 del Codice, riuniti insieme con la necessità che il processo amministrativo consenta una tutela piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive inerenti al cittadino e tutelate da T.A.R. e Consiglio di Stato. Cfr. Anche A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013.

¹¹⁹⁷ Così si è espressa, Cassazione civile, Sezioni Unite, ordinanza 14 giugno 2005 n. 12725, recentemente ripresa e confermata nei contenuti essenziali dalle stesse Sezioni Unite con sentenza 7 gennaio 2016, n. 64. Tipico esempio di contratto escluso dalla cognizione amministrativa è quello concluso a valle di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 – Codice dei contratti pubblici.

cognizione giurisdizionale siano nel tempo evoluti da un processo di diritto oggettivo sugli atti caratterizzato da una forte venatura acquisitiva verso un processo di diritto soggettivo caratterizzato come tale da un impulso di parte¹¹⁹⁸. In secondo luogo, si deve poi ricordare che la sede del contemperamento degli interessi pubblici, per quanto adottata con formule che possano apparire consensuali, non è quella del contratto, bensì quella amministrativa di codeterminazione delle relative scelte, sia essa con accordi o con formule procedimentali come la conferenza di servizi. Si tratta infatti, come detto, non di volontà che convergono in un unico punto, ma che vanno piuttosto a braccetto l'una con l'altra. Non si tratta, allora, come si è detto più volte di rapporti paritetici¹¹⁹⁹, per questo ai rapporti derivati si

¹¹⁹⁸ La dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo fatto oggetto la questione di vivo dibattito. Un punto che si può mantenere fermo, tuttavia, è quello per il quale l'iscrizione di una situazione giuridica soggettiva al plesso giurisdizionale amministrativo non può avere l'effetto di per sé solo di modificare la consistenza o la tutela: in termini V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pag. 196 e ss. Semmai, proprio in ragione della diversità di oggetto della cognizione che può essere sottoposto al giudice amministrativo, quest'ultimo può venire ad articolare diversamente il proprio potere giurisdizionale a seconda della *res in iudicio deducta*, come autorevolmente argomentato e con felice intuizione da F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961. Peraltro, occorre rammentare che l'unica ragione ritenuta costituzionalmente valida per la concentrazione delle tutele di situazioni giuridiche soggettive tra loro diverse innanzi al giudice amministrativo è rinvenuta nel loro essere unite da un "inestricabile nodo gordiano" (formula ripresa dalla celebre sentenza Corte costituzionale 5 luglio 2004, n. 204, punto 2.1 dei *considerata in diritto*). Nondimeno, autorevole dottrina, M. S. GIANNINI – A. PIRAS, *op. cit.*, ha sostenuto che le ragioni della giurisdizione esclusiva fossero più pragmatiche, dovendosi con la stessa rispondere ad esigenze di concentrazione processuale. Anche dal punto di vista eminentemente normativo gli ultimi vent'anni (d.lgs. n. 80/1998, d.lgs. n. 205/2000, d.lgs. n. 104/2010) hanno visto la costruzione di un giudizio nel quale i T.A.R. ed il Consiglio di Stato godono ora dei medesimi poteri istruttori, se si eccettua il giuramento decisorio, che sono riconosciuti appannaggio del giudice ordinario (art. 63 c.p.a.). In sintesi, pertanto, il riconoscimento costituzionale (art. 24, 103 e 113.) di due diverse posizioni giuridiche soggettive non va più inteso come garanzia superlegislativa della loro distinzione, bensì come presidio generalizzato di una tutela giurisdizionale che non può in ogni caso che essere piena ed effettiva. Cfr. sul punto A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G. P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2014, pag. 143, cit.

¹¹⁹⁹ Sebbene in senso contrario si sia a volte espressa la dottrina come G. VETTORI, *Accordi amministrativi e contratto*, in *Contratto e impresa*, 1993, si può dire che la tesi risulti oggi superata posto che in via maggioritaria si riconosce la natura pubblicistica degli accordi o, quantomeno, li si designa quali fattispecie *sui generis*. Per un approfondimento sul punto, cfr. P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione*

applicano le norme del Codice civile solamente in quanto compatibili, non trattandosi di un contratto che genera vere obbligazioni perfette tra le parti. Diversamente opinando, infatti, si consentirebbe la creazione di posizioni di diritto e soggezione tra loro perfette, ma che sono incompatibili con l'affidamento di un *munus* di perseguimento dell'interesse collettivo¹²⁰⁰.

Da questa impostazione giuridica derivano peculiari regole quanto alle azioni predisposte in caso di inadempimento e di violazione del disposto dell'accordo di programma: gli strumenti di tutela saranno quelli più propriamente afferenti alle situazioni di interesse legittimo¹²⁰¹. Ciò implica che, laddove un ente del terzo settore che ha stipulato il *pactum* vi volesse recedere, dovrebbe dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti legalmente dovuti sulla base dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990¹²⁰². D'altronde poi, lo stesso atto di recesso, essendo afferente ad un accordo amministrativo, pare dover essere ascritto al plesso giurisdizionale amministrativo.

Occorre poi rammentare come la scelta del plesso giurisdizionale veicoli pure ben precise conseguenze in ordine alla conoscibilità della legittimità dell'azione dell'ETS – ad esempio da parte di altri enti che operano nel terzo settore per l'erogazione del servizio pubblico culturale. Invero, se da un lato il Codice civile postula il principio della relatività dei contratti¹²⁰³, che non possono, ai sensi dell'art. 1372, comma II,¹²⁰⁴ produrre di regola effetti verso coloro che ne sono estranei, molto difficilmente un accordo tra soggetti partecipati da enti pubblici è veramente impermeabile quanto alle sue conseguenze sulla

con i privati, Milano, 2007, ove si articolano le due tesi contrapposte per poi formulare una proposta della terza via.

¹²⁰⁰ Il gerente dell'interesse come noto, infatti, risponde in termini di sottordinazione solo con il titolare dell'interesse stesso, non verso altri portatori di interessi.

¹²⁰¹ Come si diceva, un tanto è diretta conseguenza della circostanza per cui non ci si trova innanzi ad un atto che genera posizioni perfette di diritto soggettivo, bensì ad uno strumento di diritto amministrativo che non può di per sé solo alterare la consistenza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

¹²⁰² Salvo che la causa di recesso non sia direttamente prevista all'interno dell'accordo, come si è ipotizzato possa avvenire qualora sopraggiunga l'impossibilità di realizzare il programma dedotto a suo oggetto. Cfr. F. CAFAGGI, *op. cit.*

¹²⁰³ Petizione di principio peraltro riportata pure al comma I dell'art. 11, l. n. 241/1990.

¹²⁰⁴ M. FRANZONI, *Commentario al Codice civile – Degli effetti del contratto*, Milano 1998.

posizione di consociati che non ne abbiano preso parte, specie ove si faccia questione della disciplina di un servizio pubblico¹²⁰⁵. E se vi sono ulteriori interessi che contrastano rispetto al contenuto del patto stretto tra P.A. in senso sostanziale, di converso saranno presenti ulteriori soggetti che saranno legittimati alla relativa contestazione¹²⁰⁶.

Un tanto dimostra, per altra via, che la natura dei soggetti del terzo settore partecipati da pubbliche amministrazioni non può essere propriamente privatistica, specie qualora questi ultimi risultino affidatari di un servizio pubblico come quello culturale, e che su tale servizio sono chiamati a rispondere in punto di legittimità formale e opportunità sostanziale¹²⁰⁷.

In sintesi, pertanto, risulta evidente che la scelta dello strumento giuridico attraverso il quale istituire la rete tra ETS riverberi i propri effetti tanto sul piano del riparto giurisdizionale quanto sulla platea dei soggetti legittimati alla contestazione dello stesso¹²⁰⁸. Queste conseguenze, però, possono dirsi fisiologiche proprio sulla base degli

¹²⁰⁵ Anzi, a ben vedere, inerendo direttamente alle modalità con le quali si dà esecuzione materiale alle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal legislatore in favore dei consociati, si può dire che l'accordo di programma incide direttamente sugli interessi pubblici che vuole andare a perseguire attraverso l'azione di erogazione del servizio pubblico inerente al patrimonio culturale.

¹²⁰⁶ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2011, pag. 411, cit. La problematica è pure svolta con particolare attenzione da G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, pagg. 230 e ss.

¹²⁰⁷ Sulle valutazioni di opportunità delle quali si è detto M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione ...*, op. cit.

¹²⁰⁸ La tematica della tutela degli interessi diffusi è nota da tempo, specie con riferimento alle questioni ambientali e culturali. Ciò che conta, secondo autorevole dottrina che, sebbene risalente, appare valida tutt'oggi, è che l'interesse, per quanto diffuso, debba fare capo ad un ente esponenziale rappresentativo e non occasionale, come tale autonomamente individuabile ai fini della sua collocazione quale parte in giudizio. Cfr. V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979. Come tale, l'interesse collettivo assume la consistenza di un vero e proprio interesse legittimo, autonomamente azionabile e financo risarcibile, come sostenuto in tempi recenti dalla giurisprudenza, come Consiglio di Stato, sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6050. Invero, già in data anteriore il Consiglio di Stato aveva preso posizione sostenendo che gli abitanti di un'area individualmente incisa da provvedimenti che andavano ad intaccarne i valori ambientali fossero di per sé legittimati, se dal punto di vista concreto vi fosse stata una lesione nei loro confronti di una posizione giuridica autonomamente tutelabile, cfr. Adunanza Plenaria., 19 ottobre 1979, n. 24. Già allora si parlava di garanzia del godimento delle bellezze ambientali. Non si può oggi mancare di riconoscere allora, la legittimazione diffusa in tema di godimento dei beni culturali. In questo

interessi affidati alla gestione dell'ente del terzo settore partecipato dalla pubblica amministrazione. Anzi, proprio in ragione delle posizioni giuridiche coinvolte, si può dire che sia doveroso il controllo di legittimità diffuso¹²⁰⁹ sugli atti di programmazione e gestione del servizio pubblico culturale, attraverso un sindacato pieno che possa verificare in concreto la corrispondenza dell'azione pubblica rispetto a quegli interessi di tutela e valorizzazione che ineriscono direttamente i beni coinvolti¹²¹⁰. In definitiva, insomma, l'accordo di programma è uno strumento di garanzia non solo nei confronti dei soggetti direttamente coinvolti – gli ETS e le amministrazioni conferenti negli stessi – quanto piuttosto anche rispetto ai terzi preservando peraltro agli enti del terzo settore partecipati

caso, la nozione di comunità culturale che ha trovato riconoscimento con la convenzione di Faro, può aiutare nella delimitazione funzionale dei soggetti legittimati all'impugnazione. Più difficile, altrimenti, il riconoscimento di una legittimazione individuale se si elimina il radicamento nel territorio del soggetto che contesta il contegno amministrativo. Tematica ancora diversa quella afferente alla possibile legittimazione processuale delle associazioni esponenziali di categoria. Nel diritto ambientale, come noto, la problematica è stata risolta dalla legge 8 luglio 1986 n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, che ha affidato alle associazioni di protezione ambientale di rilevanza nazionale ovvero presenti in almeno tre regioni la legittimazione all'azione processuale per annullamento degli atti illegittimi e la facoltà di intervento nei giudizi per danno ambientale. Successivamente l'art. 310 del D.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 ha poi confermato la legittimazione “*ad agere, secondo i principi generali, per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti*”. Trattandosi tuttavia di ipotesi eccezionali, non pare potersi dare adito ad estensione analogica. Sul punto cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 18 novembre 2013 n. 5451. Permane quindi oggi il problema, traslato nell'ambito dei beni culturali, di definire un assetto di impugnabilità a rappresentazione diffusa per gli atti direttamente inerenti alla gestione del servizio pubblico culturale. Quanto agli utenti finali, specie ove collocati nell'area di interesse della rete culturale, pare doversi dare accesso alla legittimazione all'azione nei confronti dell'accordo di programma. Più complessa la questione invece con riferimento alle associazioni di categoria, per le quali indubbiamente la tematica rimane aperta.

¹²⁰⁹ Si usa il termine per riferirsi alla possibilità di contestazione dell'accordo di programma da parte di tutti i soggetti legittimati. Ciò sempre a non voler ammettere forme di legittimazione diffusa che potrebbero essere coerenti con il riconoscimento in capo al singolo cittadino di una posizione giuridica soggettiva di carattere sostanziale alla fruizione del patrimonio culturale. Si dovrebbe ricondurre la posizione sostanziale ad una legittimazione processuale, in tal caso.

¹²¹⁰ Seppur, ancora una volta, trattandosi di cognizione non estesa al merito, la ponderazione discrezionale degli enti del terzo settore non potrà essere ripercorsa nella sua interezza, bensì solo nei limiti della macroscopica irrazionalità o irragionevolezza.

dalla pubblica amministrazione al proprio giudice naturale precostituito per legge. Ed un tanto, come si è visto, non soltanto sulla base del mero dato formale della partecipazione pubblica nel soggetto giuridico, bensì anche sotto il profilo sostanziale della natura del servizio svolto.¹²¹¹

¹²¹¹ Come noto questa è la tesi perfezionata in particolare da U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, primo a sviluppare nel panorama dottrinario la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo.

.XIV. Spunti problematici tra accordo di programma e contratto di rete.

Non si nega che la combinazione di diversi istituti giuridici possa portare ad alcune ambiguità e tematiche sostanzialmente inedite, che però sono a dirsi congenite nell'affrontare lo sviluppo di strumenti al di fuori degli ambiti applicativi per cui questi ultimi sono stati pensati.

Una prima tematica che è d'uopo affrontare, perché come si è visto nemmeno a livello di legislazione civile del contratto di rete viene compiutamente risolta, è quella del regime dei vizi nei quali può incorrere l'accordo di programma che lo veicola. Si è visto di come il d.l. n. 5/2009 introduca dei ben precisi requisiti contenutistici al contratto di rete. Si può dedurre, *ex inverso* e sebbene nel silenzio sul punto della legge, che qualora il patto che si vada concludendo sia privo di tali requisiti, non possa considerarsi valido¹²¹².

Ora, dal momento che questi requisiti contenutistici stabiliti a livello normativo permangono anche in caso di contratto di rete stipulato a mezzo accordo di programma¹²¹³, vi è questione nello stabilire che tipo di illegittimità eventuale possa affliggere lo strumento pubblicistico a monte per una mancanza contenutistica che a valle riguarda quello privato. Innanzitutto, quindi, si deve tenere presente che l'art. 34 T.U.E.L. costituisce un ambito più ristretto di applicazione dell'art. 15 l. n. 241/1990¹²¹⁴. Il quale contiene un richiamo interno all'art. 11 della medesima legge. Che, a sua volta, rende

¹²¹² *De minimis*, una tale invalidità ne inficia quantomeno gli effetti a valere sugli incentivi di tipo giuslavoristico e fiscale che si sono rammostrati. Tuttavia, preme ribadire come anche in caso si faccia questione più in generale della validità del contratto di rete in sé considerato, si dovrebbe considerare quest'ultimo privo dei requisiti legislativi minimi per essere considerato valido. Si tratterebbe, tuttavia, di una ipotesi di invalidità silente, in quanto non espressamente sanzionata a livello normativo

¹²¹³ Con il che si può giungere ad affermare che la sinergia tra i due istituti porti ad una sommatoria dei requisiti individualmente previsti per gli stessi quanto alla relativa validità.

¹²¹⁴ Peraltro, per l'analisi di un esempio concreto di sua implementazione vale il rinvio a B. ACCETTURA, *L'accordo di programma tra il ministero per i Beni e le Attività culturali e la regione Campania*, in *Aedon*, 3/2009, ove si analizza la gestione multilivello del patrimonio culturale attuata tramite accordo di programma. Per concludere come la formula sia consentita non soltanto dalla normativa del T.U.E.L., bensì pure dalla normativa specificamente afferente alla gestione del patrimonio storico-artistico. Stesso ordine di inquadramento concettuale quello proposto tra gli altri da L. ZANETTI, *Gli accordi di programma quadro in materia di beni e attività culturali*, in *Aedon*, n. 3/2000; S. FOÀ, *L'accordo di programma quadro tra il ministero per i Beni e le Attività culturali e la regione Piemonte*, in *Aedon*, n. 2/2001

applicabili agli accordi tra pubbliche amministrazioni i principi e le norme del Codice civile in quanto compatibili e non derogati dalla disciplina pubblicistica¹²¹⁵. Se il richiamo è ristretto alla sola disciplina codicistica, allora, parrebbe da escludersi che all'accordo di programma possa estendersi la norma contenutistica di cui al d.l. n. 5/2009. Nondimeno, si deve ricordare che l'art. 1325 del Codice civile¹²¹⁶ stabilisce quali elementi essenziali del contratto pure la causa e l'oggetto. Si è però detto come la causa del contratto di rete sia legislativamente tipica, così come ne è tipico l'oggetto, costituito dalla attuazione di un programma predeterminato. Dal che la mancanza di uno di questi elementi, ossia la mancata circoscrizione degli obiettivi di coordinamento strategico dell'azione o una formulazione generica del programma, determina una carenza degli elementi essenziali dell'accordo di programma che sia preordinato alla stipulazione di un contratto di rete. Mancanza, quest'ultima, espressamente sanzionata ai sensi dell'art. 21-septies l. n. 241/1990 con la nullità dell'atto amministrativo¹²¹⁷. La soluzione prospettata, come si

¹²¹⁵ Utile per comprendere il discorso in parola quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. VI, 3 dicembre 2015, n. 5492, sostenendo che “l'art. 11 l. n. 241/1990 non rende applicabili agli accordi della pubblica le norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i “principi”, con ciò stesso presupponendo una non immediata adattabilità – sia ad accordi non aventi natura contrattuale, sia a convenzioni/contratto – delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata, ma richiedendo la verifica della applicabilità, in ragione della specifica natura dell'atto bilaterale sottoposto a giudizio, dei “principi” (e di quanto da essi desumibile) in tema di obbligazioni e contratti, senza per ciò stesso escludere la stessa applicazione di nome in tema di obbligazioni e contratti, nei casi in cui agli accordi possa riconoscersi una natura prettamente contrattuale”.

¹²¹⁶ Pare questa trattarsi di norma sicuramente applicabile agli accordi della pubblica amministrazione. Addirittura, vi è dottrina che ritiene di applicare il contenuto minimo di cui all'articolo citato pure al provvedimento amministrativo, seppur con le dovute differenze. Per un approfondimento sul punto, cfr. F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pag. 287 e ss.

¹²¹⁷ Peraltro, una volta che si ammetta come l'accordo tra pubbliche amministrazioni, nella specie dell'accordo di programma, non sia un atto privato bensì un atto pubblico *sui generis*, risulta allo stesso applicabile la disciplina in tema di nullità del provvedimento amministrativo. Cfr. M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, nonché R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pag. 373 e ss. ove si distingue, in particolare, le ipotesi di nullità dalla annullabilità e pag. 393 ove si affronta compiutamente il tema della nullità per carenza degli elementi essenziali

vede, non appare dissimile a quella che si potrebbe raggiungere dando applicazione esclusiva alle regole proprie del diritto privato¹²¹⁸.

Altro profilo, direttamente inerente alla natura ibrida del contratto di rete stipulato a mezzo dell'accordo di programma, consiste nella sua eterointegrazione quanto ai requisiti essenziali dovuta all'applicazione della normativa in tema di provvedimenti concordati¹²¹⁹ adottati dalla pubblica amministrazione¹²²⁰. Si riconduce anzi al tema della nullità di diritto civile la questione precipuamente afferente alla necessità di motivazione dell'atto. Nel caso di specie, infatti, la veste giuridica assunta dall'accordo fa sì che i paciscenti, in quanto soggetti partecipati dalla pubblica amministrazione, debbano estrinsecare puntualmente le ragioni che li hanno determinati a concludere tra loro un accordo nei termini assunti dal patto concretamente stipulato¹²²¹. Non pare infatti dubitabile che allo strumento di cui all'art. 34 T.U.E.L. si trovi applicato l'art. 11 l. n. 241/1990¹²²² che impone alle amministrazioni di motivare il raggiungimento di un accordo che sostituisca l'adozione di provvedimenti puntuali¹²²³, e si deve ricordare che pure il relativo art. 3 impone un obbligo

¹²¹⁸ La comminatoria di nullità, più severa delle sanzioni predisposte all'interno del diritto amministrativo, è tuttavia coerenziata con la tipologia di interessi che si vanno concretamente a tutelare attraverso l'accordo di programma quale contenitore del contratto di rete

¹²¹⁹ Tuttavia, si ricorda che F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, qualifica l'"accordo sostitutivo quale "atto amministrativo non provvedimentale"', pag. 168, cit.

¹²²⁰ Requisiti ai quali si aggiungeranno, caso per caso, quelli ulteriori eventualmente richiesti *ratione materiae*.

¹²²¹ Si occupa specificamente di questo aspetto P. GRAUSO, *op. cit.* sostenendo un onere motivo equivalente al provvedimento sostituito nel caso di accordo della pubblica amministrazione. In particolare, si dovrebbe ritenere che oltre al contenuto motivo proprio della scelta effettuata quanto al contenuto dell'accordo, si dovrà dare conto pure delle ragioni che hanno spinto alla relativa stipula in luogo dell'esercizio del potere autoritativo attraverso attività provvedimentale tipica.

¹²²² Rileva la pregnante importanza dell'applicazione delle norme di diritto civile al procedimento oggetto dell'accordo C. SGUBIN, *Crisi industriali complesse e accordi di programma*, Torino, 2013.

¹²²³ Obbligo quest'ultimo precipuamente indicato anche da parte della dottrina, cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003. In giurisprudenza, utile il richiamo alla sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, secondo la quale l'accordo deve essere preceduto da una fase di scelta che dia conto in maniera analitica dei diversi interessi coinvolti dal procedimento

generalizzato in capo all'amministrazione di dare conto del proprio operato nelle diverse forme che questo può venire ad assumere in concreto. Obbligo che trova la propria specificazione proprio nell'art. 11 che specifica come l'accordo debba essere preceduto dalla deliberazione dell'ufficio che sarebbe stato responsabile dell'emanazione dell'atto¹²²⁴.

Ulteriore elemento da tenere in considerazione nell'analisi della figura giuridica ibrida all'attenzione, è costituito dalla possibilità che attraverso l'accordo di programma venga ad essere costituito un organo comune, ulteriore rispetto all'organizzazione degli enti del terzo settore, con il precipuo fine di dare esecuzione al contratto di rete. Il profilo critico che in questo caso potrebbe venire a rilevarsi è quello afferente alla possibile traslazione di competenze veicolata dall'accordo tra le parti. Vi è, in altre parole, il rischio che riconoscendo la possibilità che le amministrazioni coinvolte creino un organo ulteriore, sia quest'ultimo ad assumere il potere gestionale effettivo rispetto al servizio pubblico reso dalle singole entità partecipanti. Con conseguente cessione di competenza non già esecutiva ma pure decisoria. A fronte di questo possibile rilievo, si deve tuttavia rimarcare che il contratto di rete serve a sviluppare pratiche virtuose che favoriscono in definitiva il cittadino-utente. Si tratta allora di una modalità operativa – *rectius* una operazione amministrativa – e non di alterazione dell'assetto competenziale preordinata allo sviamento del potere dai propri fini istituzionali¹²²⁵. Secondariamente, poi, si deve rilevare che il metodo migliore per evitare qualsivoglia forma di sviamento è la redazione rigorosa del

specificando in maniera puntuale le ragioni che abbiano determinato la selezione del modello paritetico in luogo dell'adozione di un provvedimento autoritativo.

¹²²⁴ AA.VV., *L'atto amministrativo*, Milano, 2019, per una indicazione sulla più recente giurisprudenza sul tema, nonché M.A. SANDULLI, *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, Milano, 2006, che analizza l'evoluzione della legge fondamentale del processo amministrativo, ed in particolare degli accordi sostitutivi del provvedimento, a seguito della l. n. 15/2005, ponendo particolare rilievo agli oneri motivazionali definibili come rafforzati che sono stati introdotti in sede di riforma.

¹²²⁵ Ciò in analogia a quanto avviene ad esempio nel caso della conferenza di servizi, ove si ha un modulo procedimentale che concentra diverse potestà decisionali per definire un comune assetto di interessi che esita nel provvedimento finale assunto dall'amministrazione procedente. Cui l'atto finale resta tuttavia individualmente imputato con contestuale assunzione della relativa responsabilità. Cfr. D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.

contratto di rete – o meglio dell'accordo di programma che lo contiene. Stabilendo con precisione quali siano gli obiettivi e quali le modalità operative per raggiungerli si evita di fraintendere la natura del contratto così stipulato, che non crea posizioni perfette di diritto-obbligo, ma soltanto il coordinamento tra diversi soggetti giuridici autonomi tra di loro¹²²⁶. Senza che in tal modo si dia luogo a modifiche dell'assetto delle competenze, che permangono in capo a ciascun soggetto partecipante¹²²⁷. L'organo comune, ove istituito, risulta allora il mero esecutore della lettera del contratto e della volontà di chi lo ha stipulato. Conseguenza ne è che, in caso di sviamento di potere, stante la natura pubblicistica pure dell'organo comune¹²²⁸ istituito per accordo di programma, residuerebbe comunque la possibilità di impugnarne i relativi atti ovvero di recedere *in toto* dal contratto ai sensi dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990¹²²⁹. Anche in questo caso, allora, si consentirebbe eventualmente al giudice amministrativo di vagliare la legittimità dell'operato dei soggetti erogatori del pubblico servizio culturale attraverso la cognizione piena della giurisdizione esclusiva¹²³⁰.

¹²²⁶ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, in specie pag. 128 e ss.

¹²²⁷ questione diversa, invero, quella della imputabilità dei relativi atti. Si deve ritenere che l'organo comune non costituisca un autonomo centro di imputazione giuridica. Di qui l'ascrivibilità dei relativi atti deve essere ricondotta ai singoli enti che partecipano al contratto di rete. Diversamente opinando si creerebbe un ufficio vero e proprio, dotato di un *munus* autonomo di gestione della cosa pubblica che risulterebbe in definitiva incompatibile con quel divieto generalizzato di traslazione delle competenze ascritte *ex lege*.

¹²²⁸ Si deve infatti ritenere che anche l'organo comune, al pari degli enti del terzo settore che risultino partecipati dalla pubblica amministrazione sia un soggetto che pur rivestendo dal punto di vista formale una veste di tipo privatistico, risulti a sua volta da considerarsi quale pubblica amministrazione dal punto di vista sostanziale.

¹²²⁹ Legittimati passivi di una tale impugnazione sarebbero tuttavia i singoli enti partecipanti, cui gli effetti giuridici dei provvedimenti adottati sono imputabili secondo le regole del mandato.

¹²³⁰ Si deve rimarcare che, qualora si accedesse ad una stipula del tutto privatistica del contratto di rete, residuerebbe la possibilità di recesso riconosciuta a livello generale dall'art. 21-*sexies* della legge fondamentale sul procedimento amministrativo. La norma però appare piuttosto scarna e per ciò stesso di difficile applicazione, posto che rimette alla determinazione delle parti le cause di recesso, stante la lacuna di cui si è riferito quanto alla disciplina civilistica del contratto di rete. Inoltre, il riconoscimento della natura privatistica del contratto di rete spoglia l'atto di quelle garanzie che invece si vengono a riconoscere garantendone il sindacato sulla base della disciplina amministrativa e del riconoscimento della giurisdizione sullo stesso da parte di T.A.R. e Consiglio di Stato.

Un altro elemento da tenere in considerazione nell'analizzare il contratto di rete concluso tramite accordo di programma è costituito dai poteri direttamente riferibili al collegio di vigilanza, quale forma di ulteriore garanzia di rispondenza dell'azione nell'ambito dell'accordo stesso rispetto alle finalità di interesse generale cui questo è preposto. L'art. 34 T.U.E.L. più volte citato reca infatti la possibilità di delegare ad un collegio appositamente costituito il ruolo di vigilare sulla esecuzione del patto, ascrivendogli pure poteri sostitutivi in caso di inerzia di una delle parti¹²³¹. Pare invero che questi poteri possano in concreto finire con il sovrapporsi a quanto stabilito dal d.l. n. 5/2009 in tema di organo esecutivo del contratto di rete, il quale, come noto, cura l'attuazione del disposto delle parti vedendosi all'uopo conferiti adeguati poteri. Nondimeno, proprio sulla base del disposto normativo, emerge che l'organo cui si riferisce il decreto legge del 2009 ha funzioni eminentemente operative, essendo preordinato nel suo complesso alla gestione organizzativa del contratto, in maniera tale da dargli esecuzione secondo la volontà delle parti. Il collegio del d.lgs. n. 267/2000 ha invece funzioni di vigilanza, con poteri operativi solo in seconda battuta presenti in caso di inerzia¹²³². Quindi questo si pone in posizione di garanzia anche rispetto all'operato dell'organo di gestione, vagliandone l'operato ed agendo in surrogatoria in caso quest'ultimo non venga a perseguire adeguatamente le finalità prestabilite nel contratto di rete. Quanto ai soggetti cui assegnare il potere di vigilanza nei termini che ora si sono rappresentati, la soluzione preferibile pare essere quella di designare in seno allo stesso membri degli enti pubblici conferenti all'interno degli enti del terzo settore che hanno stipulato l'accordo. Questi ultimi sono infatti i gerenti dell'interesse pubblico che si viene tutelando attraverso lo strumento giuridico in parola¹²³³. Dalla sinergia di questi due organi si crea un sistema gestionale che può

¹²³¹ *“Presieduto dal presidente della regione o dal presidente della provincia o dal sindaco e composto da rappresentanti degli enti locali interessati, nonché dal commissario del Governo nella regione o dal prefetto nella provincia interessata se all'accordo partecipano amministrazioni statali o enti pubblici nazionali T.U.E.L.”.*

¹²³² Essendo peraltro costituito da rappresentanti delle amministrazioni conferenti che potrebbero non avere quelle capacità eminentemente operative che debbono invece essere una caratteristica dell'ufficio deputato all'attuazione del programma di rete.

¹²³³ Donde maggiormente deputati a vagliare il grado di soddisfacimento relativo attuato mediante l'azione del contratto di rete.

apparire per certi versi simile al sistema c.d. dualistico, che prevede il governo aziendale affidato al consiglio di gestione, mentre la vigilanza residua appannaggio ad un consiglio di sorveglianza (art. 2409 *octies* c.c.)¹²³⁴. Così intesi, i poteri dell'organo di vigilanza, come detto, non interferiscono direttamente con quelli esecutivi posto che la veste di tale organo è quella di garanzia e valutazione in prima battuta che può pure convertirsi in gestione commissariale nel sopperire alle eventuali inerzie¹²³⁵. Un tanto consente peraltro di ricondurre a coerenza l'assetto di competenze rispetto all'accordo di programma, che si è detto non poter avere effetti distorsivi rispetto ad un plesso di poteri la cui titolarità non muta ma viene solo coordinata a livello di equiordinazione tra soggetti diversi. Si può in tal modo dare contemperamento ad un sistema di operatività del contratto di rete legislativamente prefissato¹²³⁶, ove vi è la monocraticità dell'organo esecutivo¹²³⁷, con la richiesta di verifica circa la corrispondenza dell'azione amministrativa ai canoni di legalità

¹²³⁴ La dottrina, peraltro, ha da tempo approfondito la tematica G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, Padova, 2013 anche approfondendo le possibili interferenze che si possono generare tra i due diversi organi che, pur separati per funzioni, risultano intimamente riconnessi nella gestione aziendale, cfr. C. GARILLI, *Il consiglio di sorveglianza della società per azioni. Funzioni e competenze*. Torino, 2012. Quest'ultima Autrice, peraltro, viene a definire come particolarmente pervasivi, quantomeno su di un piano potenziale, i poteri di controllo che la legge riconosce in capo all'organo di sorveglianza rispetto a quello di gestione. Il che, in definitiva, è proprio quanto può avvenire nel caso in esame, dove gli affidatari in via primaria dell'interesse collettivo tutelato dall'accordo di programma possono garantire un controllo pervasivo di rispondenza all'interesse collettivo di tutta l'azione dell'organo esecutivo nominato con il contratto di rete.

¹²³⁵ Sebbene si possa ritenere che l'azione sussidiaria dell'organo di vigilanza possa essere legittimata anche qualora non si proceda correttamente a dare attuazione all'accordo di programma. Residua, in tal caso, il dubbio sul regime giuridico di tali atti, che vengono imputati ad un organo terzo rispetto al comitato esecutivo. Non pare potersi negare la relativa natura amministrativa, tuttavia ne risulta problematica l'ascrizione presso una entità priva di soggettività giuridica legalmente riconosciuta. Deve allora ritenersi che gli atti restino imputati presso il soggetto giuridico cui è ascritta la competenza che vi sarebbe in prima battuta se non fosse posta in essere l'azione sussidiaria del comitato di vigilanza.

¹²³⁶ Il che ha la propria base direttamente all'art. 34 d.lgs. n. 267/2000. Stanti i rilevanti interessi pubblici coinvolti, è rilevante avere sempre attenzione alla copertura normativa dell'istituto giuridico in parola, onde non rimettere all'arbitrio delle parti la struttura dell'accordo di programma nella propria interezza.

¹²³⁷ La disciplina civilista del contratto di rete non prevede, per vero, la monocraticità dell'organo esecutivo. Tuttavia, per ragioni di speditezza procedurale, nella maggior parte dei casi deve ritenersi che sarà costituito da un unico soggetto.

dell'interesse pubblico che inerisce invece direttamente l'erogazione del servizio pubblico culturale.

Un ulteriore profilo che merita attenzione quando si guarda alla disciplina del contratto di rete è quello giuslavoristico. Come noto, vi è la possibilità per i soggetti retisti di essere codatori di lavoro e distaccare tra loro i propri dipendenti, vigendosi in una ipotesi in cui è la legge stessa a definire un interesse attuale alla movimentazione interna dei lavoratori. In una fase in cui il sistema giuridico vede una forte rigidità del mercato del lavoro¹²³⁸, specie con riferimento al lavoro nella pubblica amministrazione, strumenti di flessibilizzazione ed esternalizzazione delle maestranze non possono che essere visti con favore dall'operatore del diritto, divenendo nel tempo essi stessi fonte di benefici di scala. Peraltro, la natura degli enti del terzo settore partecipati quali amministrazioni in senso sostanziale non pare essere d'ostacolo per il riconoscimento dei vantaggi che la disciplina giuslavoristica ha previsto per il contratto di rete¹²³⁹. Restano ferme ed immutate le regole afferenti al lavoro nella pubblica amministrazione, a partire dalla necessità dell'espletazione di un pubblico concorso ai fini dell'assunzione. E questo, anche nel caso uno degli enti del terzo settore in rete sia soggetto a partecipazione pubblica minoritaria che sarà il caso consentito dalla norma codicistica. Si deve, infatti, prioritariamente garantire che la rete non divenga strumento distorsivo sia con riferimento al mercato del lavoro sia, come detto con riferimento al mercato concorrenziale nell'affidamento dei contratti d'appalto.

Proprio alla luce di questa considerazione di ordine generale si possono trarre le fila del discorso, cercando di stabilire se la rete possa concretare una vera opportunità di sviluppo nell'erogazione del servizio pubblico culturale da parte degli enti del terzo settore o se debba restare relegata agli imprenditori privati. Una risposta, quest'ultima, che appare affatto scontata specie a seguito della dell'introduzione del Codice del terzo settore.

¹²³⁸ M ESPOSITO – V. LUCIANI – L. ZOPPOLI – A. ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia, Torino, 2018, nonché AA.VV. Gli istituti di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione e nelle autonomie locali, in Arannnewsletter, 2003.*

¹²³⁹ Specie in tema di volontariato.

Permea le riflessioni innanzitutto la necessità di equilibrio di bilancio della pubblica amministrazione, oggi costituzionalizzata a mente degli art. 81 e 97 Cost.¹²⁴⁰. La sfida, se si vuole erogare un servizio che afferisce a bisogni essenziali del cittadino costituendo rispetto allo stesso una vera e propria posizione di diritto, è la razionalizzazione delle spese. Che può essere conseguita attraverso la compartecipazione ai costi da parte di soggetti privati che, non avendo ruolo eminentemente lucrativo, possono coadiuvare l'azione pubblica nella gestione dei beni culturali senza che per questo si determini un incremento diretto quanto esponenziale del costo di accesso alla risorsa per l'utente finale. La sfida, in altre parole, è adattare l'esistente al contingente.

Alla luce della situazione sistemica dell'amministrazione italiana, pare allora che il contratto di rete, se veicolato attraverso l'accordo di programma stipulato tra enti del terzo settore partecipati da pubbliche amministrazioni, possa porsi proprio nella direzione dello sviluppo di uno strumentario nuovo di partecipazione pubblico privata in tempi di erogazione del servizio pubblico in pareggio tra entrate ed uscite. Questa operazione è a costo zero per le casse pubbliche e consente, anche in via sperimentale, di coordinare l'azione dei vari soggetti deputati, in un ambito territoriale limitato, alla gestione del patrimonio culturale in maniera tale da rispettare i vincoli di tipo finalistico che la titolarità di questi beni giuridici comporta. Al contempo, una volta stanziati i fondi previsti dal Piano Nazionale di Riforma, lo strumento potrà farsi forza della leva fiscale, oltre che godere, nell'immediato dei benefici giuslavoristici riconosciuti dalle norme.

Come si è visto, lo strumento nasce dalla combinazione sincretica di due registri lessicali, il diritto privato da un lato e il diritto amministrativo dall'altro. E si innesta negli enti del terzo settore che, a loro volta, si pongono a cavallo tra diritto civile e diritto pubblico. E ciò, in definitiva, non fa che ampliare le possibilità concrete di sviluppo dell'accordo di programma e del contratto di rete.

¹²⁴⁰ Sull'importanza del rispetto dei vincoli di bilancio, per tutti, D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, ove si articola un percorso che, partendo dal dato costituzionale si sviluppa verso considerazioni di politica del diritto.

Conclusioni

Visti quali possono essere gli sviluppi dell'implementazione di un modello di gestione del patrimonio culturale a rete attraverso gli enti del terzo settore di carattere fondativo, si possono trarre le conclusioni del percorso che si è intrapreso. Non lo si nega fin da subito, le intuizioni proposte comportano a volte dei salti in avanti, facendo viaggiare il giurista verso orizzonti non ancora ben conosciuti dalla dottrina e calcati dalla giurisprudenza. Si fa un tanto, però con l'ambizione di predisporre un modello che sia in grado di superare alcune delle diverse criticità che si sono spesso riscontrate qualora si sia fatta questione di gestire il patrimonio culturale con tutta la sua complessità. Il modello proposto, proprio per questo, ha vorrebbe cogliere l'occasione per concepire istituti in maniera innovativa, nella misura in cui apre la via a nuove forme di partenariato pubblico privato che possano in potenza rendere risposte efficaci verso le problematiche già da tempo enumerate che il legislatore, con alterne fortune, ha cercato di affrontare. Lo studio vorrebbe quindi porre le basi per procedere con ulteriori passi in avanti di queste metodologie operative, sviluppandole in pratica e mettendole alla prova dei fatti.

Per arrivare ricostruire il modello dell'ente del terzo settore a partecipazione mista pubblico-privata che potesse produrre la propria azione nell'ambito dei beni culturali, si è allora, innanzitutto, avuto bisogno di definire le caratteristiche fondamentali di questi stessi beni sui quali si voleva andare ad operare. Le caratteristiche precipue individuate nell'analisi della grammatura giuridica di questa categoria di oggetti sono state l'immaterialità e la pubblicità. La prima si riferisce alla circostanza per cui il valore culturale, ossia quel farsi testimonianza immanente avente valore di civiltà¹²⁴¹, non sia inerente alla materialità del bene che ne forma oggetto, bensì attenga al piano metagiuridico. Si supera così la concezione estetizzante che per oltre un secolo era invalsa con riferimento alla materia *de qua*¹²⁴². Un altro elemento da tenere poi in considerazione è

¹²⁴¹ Le parole sono riprese dalla definizione che è emersa all'esito dei lavori della Commissione Franceschini ma che, già da tempo, erano giunte alla consapevolezza della migliore dottrina.

¹²⁴² La lucida analisi di come il concetto sia nel tempo evoluto è di D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, *op. cit.*

quello della pubblicità, ovverosia dell'essere il bene culturale pubblico quanto a fruizione¹²⁴³. Con questa terminologia, seguendo la fortunata intuizione del Maestro Giannini, si è dato conto della circostanza per cui il patrimonio di rilievo storico-artistico imprime sugli oggetti che lo compongono una peculiare destinazione, che li rende strumenti per la crescita morale e spirituale della collettività. Proprio per questa ragione i referenti costituzionali sul tema impongono che i beni culturali vengano adeguatamente tutelati e valorizzati. Se con il primo obbligo si intende in via massimamente generica che il bene deve essere protetto da fattori interni o esterni che ne minaccino le caratteristiche tramandandolo intatto alle generazioni future, con il secondo si intende invece l'esternalizzazione e massimizzazione della diffusione di quel valore di testimonianza che gli è predicato. Elementi, questi ultimi, che non possono dirsi antitetici l'uno con l'altro, bensì che si implicano a vicenda. Come si è visto da una analisi in negativo circa cosa non può essere fatto sugli oggetti di interesse storico-artistico, ossia adibirli a usi che ledano il vincolo immanente di testimonianza pubblica che a loro afferisce, non può esservi tutela del valore culturale se non valorizzando adeguatamente le sue manifestazioni. E, viceversa, non è vera valorizzazione quella che danneggi l'oggetto verso il quale è predicata.

Complessivamente, si è dunque venuta definendo la nozione di gestione del bene culturale, quale attività direttamente connaturata alle relative caratteristiche ed allo statuto costituzionale per come quest'ultimo è andato dinamicamente ad evolvere nel sistema giuridico. È parso così che nella sistematica normativa attuale vengano a crearsi delle posizioni giuridicamente rilevanti direttamente attinenti al patrimonio culturale. Il riconoscimento della necessità di tutelare e valorizzare in favore dei cittadini il patrimonio di interesse storico artistico porta con sé il riconoscimento di una posizione di legittima pretesa nei confronti dei pubblici poteri che ha un doppio piano d'azione. È pretesa negativa, nella misura in cui preordinata a contrastare usi impropri della risorsa. È invece di pretesa positiva in quanto richiesta di fruire della stessa. Anche in questo caso la situazione giuridica così ricostruita è dunque polimorfa, riconnettendo due aspetti come si è visto tra loro non scindibili¹²⁴⁴.

¹²⁴³ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, op. cit.

¹²⁴⁴ In questa ricostruzione è stato peraltro utile l'esame comparato della nozione a livello sovranazionale, in particolare andando ad analizzare le significative novità contenute all'interno della convenzione di Faro del

Il piano di indagine è allora passato verso le modalità con le quali i pubblici poteri inverano sul piano materiale le posizioni giuridiche soggettive riconosciute in astratto a livello normativo. Ossia il servizio pubblico. La nozione è stata ricostruita innanzitutto avendo considerazione al diritto amministrativo generale, nelle due diverse accezioni - soggettiva e oggettiva¹²⁴⁵ - che si sono andate declinando nel corso degli anni. Ne è emersa, anche attraverso la lettura delle disposizioni sovranazionali di matrice europea, una visione che supera i canoni tradizionali all'interno dei quali per lungo tempo il dibattito sul tema è stato concentrato. Se pareva essere invalsa una prevalenza della nozione oggettiva, oggi si rinvergono nella dottrina più autorevole¹²⁴⁶ delle mitigazioni soggettive, ove l'iscrizione al plesso pubblicistico è forma di garanzia attraverso una organizzazione strutturata per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei cittadini verso i quali il servizio viene ad essere erogato. Avendo dunque presente questa caratteristica, si sono fatte proprie le notevoli intuizioni che in dottrina si sono proposte, anche a livello estero (ci si riferisce alla nozione del *service public culturel* di stampo francese ed al *kulturstaat* tedesco, combinate poi all'elaborazione concettuale di capitale importanza che sul tema ha avuto quale precursore M.S. Giannini; tutte e tre poi compendiate tra loro nell'opera di M. Vaquer Caballeria¹²⁴⁷). Ulteriore referente è stato poi trovato nelle recenti disposizioni che hanno

2005. L'atto adottato dal Consiglio d'Europa ed oggi in attesa di ratifica da parte del parlamento italiano definisce infatti per la prima volta il concetto di comunità di cultura. Con ciò identificando una identità che lega indissolubilmente il bene culturale con la società localmente individuabile all'interno della quale il bene è stato prodotto ovvero ove viene ad essere collocato. Questa nozione dà nuovo impulso alle ricerche in tema di servizi pubblici di carattere locale legati all'erogazione dei benefit afferenti al patrimonio di interesse storico-artistico. Emerge infatti anche a livello normativo con chiarezza la consapevolezza che il valore culturale è percepibile, tutelabile e valorizzabile solo se legato a quella collettività all'interno della quale il valore stesso è stato prodotto.

¹²⁴⁵ Volendo massimamente sintetizzare, la teoria soggettiva pone l'accento sull'iscrizione del servizio ad una pubblica amministrazione per qualificarlo come pubblico, laddove la ricostruzione in termini oggettivi ritiene che il servizio pubblico sia da così da qualificarsi in quanto tale, per le sue caratteristiche appunto obbiettive di soddisfacimento delle esigenze della collettività di riferimento.

¹²⁴⁶ G. CAIA, *I servizi pubblici*, op cit.

¹²⁴⁷ *La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell'unione europea: dall'eccezione alla diversità culturale*, in *Le nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e per l'arte*, in *Arte e critica*, XXI, supplemento al n. 80/81.

individuato quello museale come un vero e proprio servizio essenziale, come tale implicante delle ben precise guarentigie.

Da questa somma di dati si è allora ricostruito come la necessità di gestione dei beni culturali, a maggior ragione ove si tratti di beni conservati all'interno di poli museali, si possa a pieno titolo definire un servizio pubblico che deve essere garantito dallo Stato nelle sue varie articolazioni. Ed un tanto proprio inferendo dalla peculiare natura della comunità di cultura una relazione di tipo bivalente atta a creare un legame giuridicamente rilevante che riconnette alla comunità di riferimento appunto non solo il valore generato e connesso alla creazione del bene culturale, bensì ulteriormente la pretesa alla fruizione dello stesso. In questi termini, allora, si è ricostruita la nozione di servizio pubblico culturale quale procedimento coordinato tra i vari enti che detengono il potere sui beni culturali preordinato alla gestione degli stessi secondo la natura loro propria.

Fatta questa premessa quanto alla erogazione del servizio pubblico culturale, si è poi raggiunta la consapevolezza di come lo stesso, se si eccettuano i grandi poli museali di rilevanza nazionale, si presenta come inferente a realtà nella maggior parte dei casi medio piccole. E che non hanno la possibilità di dotarsi di mezzi giuridici e materiali per affrontare compiutamente l'erogazione di un pubblico servizio – in molti casi di carattere – locale se non andando a disporre delle risorse pubbliche in perdita o, comunque, difficilmente raggiungendo l'autosostentamento. Il dato che si ha avuto ben presente nel formulare la proposta, infatti, è il vincolo generalizzato imposto all'azione della pubblica amministrazione oggi consacrato nel primo comma dell'articolo 97 della Costituzione. Ovverosia che tutta l'attività della pubblica amministrazione deve essere naturalmente preordinata al raggiungimento dell'equilibrio tra entrate ed uscite. Il che pone con evidenza l'operatore giuridico che si affacci alla gestione del bene culturale innanzi a sfide inedite. Se la risposta più semplice alla questione può essere quella dell'aumento del costo di accesso alla risorsa, questa metodologia operativa non tiene conto di due problemi, uno giuridico, connaturato alla natura del bene culturale, l'altro tecnico, di tipo economico e strettamente collegato al primo. Infatti, il patrimonio storico artistico, come si è detto è pubblico per fruizione a prescindere dal regime proprietario. Donde deve essere debitamente valorizzato consentendo a tutte le fasce di popolazione di poterne fruire. Costituire una barriera all'accesso agli stessi, allora, andrebbe contro allo statuto giuridico

che si è visto caratterizzante di questa peculiare categoria di beni. Connesso a questo ostacolo ve ne è uno di matrice economica. L'aumento del costo di accesso giocoforza restringe la domanda. Il che, se da un lato ha effetti anche sul piano strettamente giuridico andando contro a quelle esigenze di democrazia culturale che il legislatore costituzionale aveva fatto proprie nel redigere la carta fondamentale, implica anche una contrazione inevitabile delle entrate, che saranno sì più alte, ma che arriveranno in minore entità complessiva. Con il che si produrrebbe un effetto boomerang che invece di fare fronte concretamente al problema in maniera definitiva, finisce con l'aggravarlo.

Queste essendo le premesse di fatto che si davano per presupposte allo sviluppo di una ricerca che volesse individuare quale potesse essere uno strumento innovativo per dare risposte alla questione della gestione dei beni culturali con soddisfazione delle situazioni giuridiche soggettive agli stessi riconnesse, si ha avuto consapevolezza della necessità di coinvolgere i privati nel servizio pubblico così delineato. Tale coinvolgimento, tuttavia, voleva andare oltre a formule di partenariato -come quelle previste nel codice degli appalti- che non hanno raggiunto i risultati voluti dal legislatore. Si è allora individuato un nuovo ambito nel quale l'azione del privato può dare nuovo impulso alla gestione condivisa di interessi collettivi, ovverosia il terzo settore. Nella rinnovata disciplina degli enti che in tale ambito della vita sociale prestino la propria attività, il legislatore ha infatti espressamente stabilito che le azioni poste in essere dagli ETS perseguano interessi generali¹²⁴⁸. E tra questi interessi vi sono quelli specificamente inerenti ai beni culturali. Se all'interno della missione istituzionale degli enti del terzo settore si può annoverare tutela e valorizzazione del patrimonio di rilievo storico-artistico, donde la gestione dello stesso secondo la ricostruzione che si è andata proponendo, risulta evidente come questi possano divenire degli attori fondamentali nell'erogazione del servizio pubblico culturale. Per superare tuttavia gli schemi tradizionali di esternalizzazione gestionale, previsti tanto al d.lgs. n. 42/2004 quanto nel d.lgs. n. 50/2016, si è proposta allora la partecipazione della pubblica amministrazione direttamente nell'ente del terzo settore, attraverso il conferimento nello stesso dei beni culturali che si andavano a gestire, ovvero delle conoscenze amministrative che siano necessaria ad operare l'erogazione del servizio

¹²⁴⁸ È in tale ottica che si è ricostruita la gestione di privata di interessi pubblici, partendo dalla nozione che risultava sedimentata nella dottrina nel tempo risalente.

pubblico. Proprio in ragione della diversità di tipologia di partecipazione, il legame con l'amministrazione verrà ad essere declinato diversamente, ma sostanzialmente il privato apporterà conoscenze e fondi altrimenti non reperibili dalla P.A., la quale manterrà comunque una posizione di garanzia rispetto ai beni sui quali viene ad essere operata la gestione. L'esclusione dalla qualificazione come ETS delle amministrazioni di cui al d.lgs. n. 165/2001, infatti, non preclude di per sé che queste possano partecipare negli enti del terzo settore. Né che questi ultimi, una volta divenuti conferitari, possano conseguire la qualificazione di pubblica amministrazione in senso sostanziale.

Con tale premessa, si è potuto analizzare l'ETS che più di tutti -nella prassi come nella pratica legislativa- riveste una formula garantistica rispetto al patrimonio conferito: la fondazione. Nelle varie disposizioni attraverso le quali si articola la disciplina ad essa relativa del Codice del terzo settore, emerge infatti la peculiare attenzione con la quale si è dato rilievo al vincolo teleologico impresso ai beni conferiti verso lo scopo di interesse generale che ammantava l'intera vita sociale dell'ente del terzo settore in parola. Qualora lo stesso sia deputato alla gestione dei beni culturali, si crea allora un duplice vincolo, poiché all'impronta normativa articolata nella forma assunta dall'ente si somma il vincolo gestionale che è inscindibilmente legato al patrimonio culturale che deve essere indefettibilmente tutelato e valorizzato in favore dei consociati. Le disposizioni sul funzionamento della fondazione, in altre parole, fanno sì che l'amministrazione che vi partecipi possa vedere garantito il migliore soddisfacimento dell'interesse generale cui è tributaria in relazione ai beni di interesse storico artistico.

Se questo è quanto emerso dallo studio della disciplina del Codice del terzo settore, si è poi voluta porre attenzione alle modalità di funzionamento concreto delle fondazioni. In particolare, si è riscontrato nella pratica come gli enti che gestiscano il patrimonio culturale che si trovano in maggiore difficoltà nel rendere il pubblico servizio cui sono tributari sono innanzitutto di dimensioni la maggior parte delle volte piccole o piccolissime. Pertanto, questi debbono porsi in sinergia reciproca onde consentire una limitazione dei costi che non vada comunque ad intaccare la risorsa primaria ovvero la sua valorizzazione, garantendo l'effettività in atto di quelle posizioni giuridiche riconosciute in potenza a livello normativo. Si è dunque andato ad indagare quali fossero gli strumenti giuridici che potessero mettere a rete tra di loro i diversi enti del terzo settore che proponessero la

propria azione all'interno del servizio pubblico culturale. Analogamente a quanto avviene per le reti museali, si è appunto analizzato lo strumento del contratto di rete. Pensato originariamente per enti di tipo commerciale -quali possono essere in via strumentale anche gli ETS- per mettere in comune conoscenze e organizzazioni operative in vista di obiettivi comuni, lo strumento nato nel diritto civile può creare significative sinergie anche nell'ambito del terzo settore culturale. Con esso, infatti, diversi enti possono definire attraverso il programma di rete le linee di un'azione comune che, contemperando le diverse posizioni di interesse ad ognuno di questi riconosciuta, garantisca il migliore raggiungimento delle finalità di interesse collettivo cui questi sono *ex lege* preposti. Significativi gli strumenti operativi che il veicolo contrattuale mette a disposizione, quali la creazione di un organo comune e financo l'istituzione di patrimoni dedicati. Tuttavia, la costruzione di questo strumento di raccordo o, per meglio dire, di coordinamento¹²⁴⁹ tra soggetti non poteva venire a eludere le garanzie che l'erogazione di un servizio pubblico, seppur mediata dall'interposizione di un soggetto formalmente privato quale l'ente del terzo settore, deve comunque rispettare. Per tale ragione, si è ritenuto di inscrivere il contratto di rete all'interno del contenitore costituito dall'accordo di programma. A dare accesso all'accordo stesso, la partecipazione della pubblica amministrazione all'interno dell'ente del terzo settore. Quanto allo strumento, si considera che il patto, riconducibile all'alveo dell'art. 15 l. n. 241/1990 ancorché disciplinato all'art. 34 d.lgs. n. 267/2000, sia lo strumento principe attraverso il quale diverse pubbliche amministrazioni, i cui interessi tutelati viaggiano in parallelo, possano coordinare la propria azione nel superiore interesse pubblico cui la P.A. è tributaria nella sua interezza. Si tratta di un veicolo flessibile all'interno del quale far convergere diverse posizioni giuridiche tutelate, che la giurisprudenza ha precisato poter essere utilizzato anche per venire a disciplinare un servizio pubblico locale. Con l'accordo di programma e le relative garanzie di diritto pubblico paiono invece poter essere recuperate quelle tutele verso il perseguimento del pubblico interesse che potrebbero venire ad essere diluite nel momento in cui la gestione del bene culturale viene affidata al privato a mezzo di un soggetto partecipato, specie se in

¹²⁴⁹ Il sedime concettuale all'interno del quale si è ritenuto di inscrivere lo sviluppo dello strumento in parola è quello dell'operazione amministrativa, come innovativamente analizzata da D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, op. cit.

via minoritaria, dalla pubblica amministrazione. In specie ci si riferisce, oltre alla struttura di controllo che può venire ad essere istituita per garantire la correttezza nell'espletamento del servizio, pure ai risvolti che si dovrebbero avere in punto di giurisdizione sull'atto. Che essendo un accordo di natura amministrativa, è devoluto alla cognizione di T.A.R. e Consiglio di Stato. Ed un tanto pare dirsi in coerenza, in effetti, tra l'esercizio del potere giurisdizionale sulla gestione di un servizio pubblico, con quello che ne consegue -o, per meglio dire visto quanto si è rappresentato, che gli è presupposto- con riguardo alle posizioni giuridiche soggettive direttamente inerenti al cittadino con riferimento al patrimonio culturale. Con la costituzione di un ente del terzo settore di carattere fondativo che gestisca un patrimonio culturale erogando il relativo servizio pubblico, ove la gestione da puntiforme si faccia reticolare attraverso un contratto stipulato con la veste giuridica di un accordo di programma ecco che l'assommarsi di diversi strumenti giuridici riporta il bene nella propria sede naturale, ossia quella del diritto amministrativo, tanto dal punto di vista sostanziale quanto dal punto di vista giurisdizionale.

Volendo dunque sintetizzare gli esiti della ricerca, pare che quale nuovo strumento di erogazione del servizio pubblico culturale a compartecipazione pubblico-privata possa essere designato l'ente del terzo settore a partecipazione pubblica, al quale affidare la gestione del bene culturale attraverso strumenti anche di matrice pubblicistica. E, tra questi, l'accordo di programma che si faccia contenitore garantista del pubblico interesse di un contratto di rete attraverso cui mettere in comune mezzi, esperienze e professionalità per affrontare le sfide che vengono ad imporsi nel complesso interfacciarsi con il patrimonio di rilievo storico-artistico.

Insomma, ciò che emerge dalla ricerca che si è voluta proporre è innanzitutto la polimorficità dell'oggetto principe dell'analisi, i beni culturali. Morfismo che inerisce certo l'apparenza esteriore, ma anche, più intimamente, la loro stessa natura. Proprio per tale ragione risulta spesso difficile, in tempi di progressiva contrazione della spesa, far loro raggiungere strati più possibile ampi della popolazione garantendo al contempo che la risorsa venga tutelata e valorizzata adeguatamente secondo il fine suo proprio. Fine che, come si è detto, è pubblico e rimane tale anche qualora il bene sia affidato in gestione al privato. Anzi, è proprio nel rispetto dell'impronta teleologica immanente impressa sul patrimonio culturale, che si ricostruisce il servizio pubblico ad esso afferente quale

missione istituzionale della pubblica amministrazione che ne sia tributaria. Interesse pubblico, quello afferente ai beni di interesse storico-artistico, che può venire ad essere condiviso anche con i privati, specie ove questi abbiano finalità analoghe alla pubblica amministrazione, come gli enti del terzo settore di natura fondativa. Il che, di converso, porta a ricercare strumenti a cavallo tra il diritto privato e il diritto amministrativo che possano garantire il vincolo funzionale che permea, transcendendo gli schematismi giuridici, l'intera attività di chi si interfaccia con i beni culturali.

BIBLIOGRAFIA

- B. ACCETTURA, *L'accordo di programma tra il ministero per i Beni e le Attività culturali e la regione Campania*, in *Aedon*, 3/2009
- M. AINIS, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991
- M. AINIS – M. FIORILLO, *Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2008
- A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007
- G. ALBENZIO, *La natura degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate secondo la l. n. 800/1967* (nota a Corte di Cassazione 2 marzo 1987, n. 2185), in *Foro italiano*, 1987
- G. ALPA, *I contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 1986
- G. ALPA (a cura di), *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988
- S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007
- A. AMORTH, *Una nuova sistematica per la giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1943
- S. AMOROSINO, *Massimo Severo Giannini e la fondazione, in Italia, del diritto urbanistico, del paesaggio e dei beni culturali*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, IV, 2000
- G. ANDREANI – M. CHIAPPETTA – G. DI STASIO, *I patrimoni destinati a uno specifico affare: profili giuridici ed economici*, Bologna, 2017
- S. ANGELONI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare. Finalità economico-aziendali. Disciplina civilistica. Modelli di rappresentazione contabile e bilancio. Regime fiscale*, Torino, 2006
- A. ANGIULI – V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005

- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 2008
- A. ANZON, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra le competenze statali e regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986
- G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005
- G. AULETTA – N. SALANITRO, *Elementi di diritto commerciale*, Milano, 2006
- R. BALBONI – P.G. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Le regioni*. V, 2006
- C.E. BALDI, *Disciplina comunitaria degli aiuti di stato e politica culturale europea. Le incoerenze di un sistema fortemente burocratizzato*, in *Aedon*, 3/2014.
- R. BALZANI, *Per le antichità e le belle arti. La legge n. 364 del 1909 e l'Italia giolittiana. Dibattiti storici in Parlamento*, Bologna, 2003
- F. BANDIERAMONTE, *Enti no profit, fondazioni e patrimoni destinati allo scopo non lucrativo*, Milano, 2011
- A. BARBA – S. PAGLIANTINI (a cura di), *Commentario del codice civile. Delle persone, art. 11-73*, Milano, 2014
- C. BARBATI, *Governo del territorio, beni culturali e autonome: luci e ombre di un rapporto*, in *Aedon*, 2/2009
- C. BARBATI *L'impresa museale: la prospettiva giuridica*, in *Aedon*, 1/2010
- C. BARBATI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo la riforma del Titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2003
- C. BARBATI – M. CAMMELLI – G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011
- C. BARBATI – M. CAMMELLI – L. CASINI – G. PIPERATA – G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017

- G.P. BARBETTA – M. CAMMELLI – S. DELLA TORRE (a cura di), *Distretti culturali: dalla teoria alla pratica*, Bologna, 2013
- G. BARONE, voce *Discrezionalità – Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1989
- A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon*, 1/2014
- M. BASILE, *Le persone giuridiche*, Torino, 2014
- M. BASILE – A. FALZEA, voce *Persona giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1983
- E. BASSI, *Contributo allo studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica*, in *Studi in memoria di G. Zanobini*, I, Milano, 1965
- N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007
- E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in E. BATTELLI – B. CORTESE – A. GEMMA – A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017
- P. BAUBY, *L'européanisation des services publics*, Parigi 2011, nonché AA.VV., *Les services sociaux et de santé d'intérêt général: droits fondamentaux versus marché intérieur?* Bruxelles, 2006
- L. BECCHETTI – L. PAGANETTO, *Finanza etica. Commercio equo e solidale. La rivoluzione silenziosa della responsabilità sociale*, Roma, 2003
- R. BELLEZZA – F. FLORIAN, *Fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006
- E. BELLEZZA – F. FLORIAN, *Le fondazioni del terzo millennio*, Firenze, 1998
- P. BELLONI PERESSUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1910
- F. BENHAMOU, *L'economia della cultura*, Bologna, 2011
- W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino, 2011

- F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza e giurisdizione)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961
- F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana – Linee positive e prospettive*, Padova
- F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Padova, 1994
- F. BENVENUTI, *La politica istituzionale*, in *Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell'Europa degli anni '90*, Milano, 1991
- G. BERTI, *Commento all'art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Roma, 1975
- S. BERTUZZI – P. BORIONI – G. COTTARELLI, *Appalti pubblici e beni culturali*, Milano, 2007
- M. BESSONE (a cura di), *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2013
- L. BIAMONTI, *Natura del diritto dei privati sulle cose di pregio artistico e storico*, in *Il Foro italiano*, 1913
- M. BIANCA, *Oggetto sociale ed esercizio dell'impresa nelle società di capitali*, Milano, 2008
- A. BIANCHI, *Le responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo. Società di capitali e società di persone*, Milano, 2009
- R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006
- R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2007
- N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino, 1955
- L. BOCCACIN, *Terzo settore: i molti volti del caso italiano*, Milano, 1997
- F. BOCCHINI – E. QUADRIO (a cura di), *Diritto privato*, Torino, 2014
- M. BOMBARDELLI, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi: nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016

- E. BONACINI, *Nuove tecnologie per la fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale*, Roma, 2011
- A. BORGIOLI, *Consorzi e società consortili*, Milano, 2018
- U. BORSI, voce *Musei*, in *Il digesto italiano*, Torino, 1904-1911
- C. BORZAGA – A. IANES, *L'economia della solidarietà: storia e prospettive della cooperazione sociale*, Roma, 2006
- G. BOSI, *Lo statuto giuridico dell'impresa culturale italiana*, in *Aedon*, 3/2014
- G. BOSI, *Valore culturale e marketing dei beni creativi: prospettive di disciplina giuridica*, in *Aedon*, 1/2016
- G. BOSSI, *L'impresa culturale*, Bologna, 2017
- P. BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009
- G. BOTTINO, *La cognizione dei beni culturali*, in *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e per l'arte*, Milano, 2015
- A. BOVA – D. ROSATI, *Il terzo settore e l'impresa sociale: sostegni o sfide per il welfare state*, Roma, 2009
- G. BRAIBANT – B. STRIN, *Le droit administratif français*, Parigi, 2002
- G. BRANCA, *Commentario della costituzione. Principi fondamentali art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975
- M. BROCCA, *La disciplina d'uso dei beni culturali*, in *Aedon*, 2/2006
- B. BRONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1953
- V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2013
- N. BURATTI – C. FERRARI, *La valorizzazione del patrimonio di prossimità tra fragilità e sviluppo locale*, Milano
- M.A. CABIDDU – N. GRASSO, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2008

M.A. CABIDDU, *I servizi pubblici tra organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in L. AMMANNATI – M.A. CABIDDU – P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001

F. CAFAGGI, *Il contratto di rete: commentario*, Bologna, 2009

F. CAFAGGI – P. IAMICELI, *Prime riflessioni sul contratto di rete*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009

F. CAFAGGI – P. IAMICELI – G.D. MOSCO (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano 2012

G. CAIA, *I servizi pubblici* in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO TASSONE – F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005

G. CAIA, *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell'Anno 2013*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana – Treccani, 2013

G. CAIA, *Problematiche giuridiche, gestionali e fiscali di imprese e società strumentali delle fondazioni*, in *Le società strumentali: strumento gestionale per le attività istituzionali delle fondazioni*, Bologna, 2011

G. CAIA, *Le società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra comuni (nota a Consiglio di Stato sez. V, 6 maggio 2002, n. 2418)*, in *Foro Amministrativo – Consiglio di Stato*, 2002

P. CALAMANDREI – A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950

P. CALAMANDREI, *Immobili per destinazione artistica*, in *Il Foro italiano*, 1933

P. CALANDRA, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1978

S. CALDARELLI, *La "riserva" di amministrazione nella gestione del debito pubblico (dello Stato) e i conseguenti limiti al sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti*, in *Federalismi*, 21 novembre 2018

- G. CALDERONI, *Funzione pubblica e uso individuale dei beni culturali*, in G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Milano, 2000
- L. CAMIRIERO, *Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque*, in *Urbanistica e appalti*, 2007
- M. CAMMELLI, *Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali nel settore dei beni e delle attività culturali – Le società strumentali nelle Fondazioni: note introduttive*, in *Aedon*, I, 2009
- M. CAMMELLI, *Il diritto del patrimonio culturale: sfide aperte, risposte possibili*, in *Aedon*, 3/2017
- M. CAMMELLI, *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, in *Aedon*, 3/2017
- M. CAMMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali: commento al Testo Unico approvato con decreto legislativo 29 ottobre 1999*, Bologna, 2000
- M. CAMMELLI, *Qualche appunto in tema di imprese culturali*, in *Aedon*, 2/2017
- C. CAMORSINO, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 1/2013
- M. CAMPANELLI, *Guida al nuovo codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2004
- F.A. CANCELLA, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, 2009
- A. CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, 2014
- G. CANZIO – L.D. CERQUA – L. LUPARÀ (a cura di), *Diritto penale delle società*, Milano, 2014
- L. CARBONARA, *La nuova conferenza di servizi: la complessa ricerca della semplificazione, tra composizione degli interessi e celerità decisionale*, in *Giustamm, Rivista di Diritto Amministrativo*, 2016

- M. CARCIONE, *Dal riconoscimento dei diritti culturali nell'ordinamento italiano alla fruizione del patrimonio culturale come diritto fondamentale*, in *Aedon*, 2/2013
- M. CARCIONE, *Ong internazionali e volontariato: sussidiarietà e partecipazione, per la salvaguardia e la sicurezza del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 1-2/2012
- E. CARDI – A NIGRO (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Bologna 1994
- F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro italiano*, 1996
- G. CARLOTTI – A CLINI, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2014
- C. CARMOSINO, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 1/2013
- A. CARPENTIERI, *Commento all'art. 101*, in R. TRAMIOZZO (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005
- P. CARPENTIERI, *Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali*, in *Aedon*, 3/2018
- P. CARPENTIERI, *Gli indirizzi di politica del diritto nei più recenti interventi normativi sui beni culturali*, in *Giustizia amministrativa*, 2/2018
- G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002
- G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018
- E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010
- L. CASINI, *Beni culutrali (diritto amministrativo)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016
- L. CASINI, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, 3/2014

- L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001
- L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, in C. BARBATI – M. CAMMELLI – L. CASINI – G. PIPERATA – G. SCIULLO (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017
- S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962
- S. CASSESE, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018
- S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976
- S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1988
- S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983
- S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012
- S. CASSESE, *L'amministrazione nel nuovo titolo quinto della costituzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001
- S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000
- S. CASSESE, *Marco Cammelli e i beni culturali*, su www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/Cammelli-e-i-beni-cultutrali-Bologna.pdf
- A. CATELANI – S. CATTANEO – P. STELLA RICHTER (a cura di), *I beni e le attività culturali*, Padova, 2002
- S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, 1990

- C. CATURANI, *La disciplina giuridica dei beni culturali in Italia: strumenti dinamici di tutela e valorizzazione*, in L. MEZZETTI (a cura di), *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti*, Padova, 1995
- E. CAVALIERI, *La tutela dei beni culturali. Una proposta di Giovanni Urbani*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2011
- P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova, 2003
- M.C. CAVALLARO, *I beni culturali tra tutela e valorizzazione economica*, in *Aedon*, 3/2018
- G. CAVALLARO, *La rete e i patrimoni destinati*, in AA.VV. *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012
- R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale* in *Foro amministrativo*, 1 dicembre 2016
- R. CAVALLO PERIN – A. POLICE – F. SAITTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016
- P. CELLA, *Il Terzo Settore: inquadramento economico aziendale e problematiche applicative*, in G. ZIZZO (a cura di), *La fiscalità del Terzo Settore*, Milano, 2011
- P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 1-142*, Milano, 2009
- P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile. Artt. 2421-2451*, Milano, 2010
- P. CENDON, *Commentario al Codice civile. Artt. 2959-2642*, Milano, 2009
- S. CERATO – U. CIGNOLI – M. BANA, *Reti d'impresa*, Milano, 2011.
- V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali e Diritti Collettivi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988
- V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1987
- V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988

- V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, relazione al XLVII Convegno di studi amministrativi “*Autorità e consenso nell’attività amministrativa*”, Varenna, 20-22 settembre 2001
- V. CERULLI IRELLI, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, 3/2012
- V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2011
- V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984
- V. CERULLI IRELLI, *Qualche riflessione su “accordi” e “contratti di diritto pubblico”*, in G. BARBAGALLO – E. FOLLIERI – G. VETTORI, (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995
- V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004
- G. CESSA, *Il sistema giuridico dei beni culturali*, in *Sudi in memoria di Franco Piga*, II, Milano, 1992
- L. CESSARI – A.L. D’AGATA (a cura di), *Città, siti, musei. La ricerca scientifica e l’innovazione tecnologica per lo sviluppo del territorio*, Roma 2011
- P. CHAMBAT, *Services publics et néo libérisme*, in *Annales, Economier, sociétés, civilisations*, 1990
- L. CHIELFI – G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione fra attuazione ed ipotesi di ulteriore revisione*, Torino, 2004
- R. CHIEPPA, *Erogazioni liberali e sponsorizzazioni: quali modalità di intervento delle Fondazioni nel settore pubblico*, in *Aedon*, 1/2010
- P. CHIRULLI, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Milano, 2010
- M.P. CHITI *Il Partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009

- M.P. CHITI, *La nuova nozione di beni culturali nel d.lgs. n. 112/1998: prime note esegetiche*, in *Aedon*, 1/1998
- M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, Torino, 2015
- G.P. CIRILLO, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *Atti del LXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero 22-23-24 settembre 2016*, Milano, 2017
- V. CIRÒ CANDIANO, *L'azienda pubblica. Gestione, Rilevazione, Programmazione, Controllo*, Soveria Mannelli, 2004
- M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005
- M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010
- M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giuridico*, 2007
- M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Diritto pubblico*, 1998
- M. CLARICH – A. PISANESCHI, *Le fondazioni bancarie: dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Torino, 2001
- O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012
- G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di Diritto Amministrativo per il corso specialistico*, Napoli, 2012
- G. COFRANCESCO – G. ALGERI, *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, Roma, 1996
- G. COFRANCESCO – F. BORASI, *Le figure della discrezionalità amministrativa*, Torino, 2012
- G.M. COLOMBO – M. POLETTO, *Enti non profit in pratica*, Milano, 2011
- I. COLOZZI, *L'attuazione del principio di sussidiarietà nei servizi alla persona: problemi e prospettive*, in *Politiche sociali e servizi*, XVII, 2015

- C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012
- P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, Bologna, 2018
- M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012
- E. CORALI, *Federalismo fiscale e costituzione. Essere e dover essere in tema di autonomia di entrata e di spesa di regioni e d enti locali*, Milano, 2010
- G. CORSO, *Commento all'art. 106*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007
- G. CORSO – V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006
- F. COSSU, *L'indipendenza del collegio sindacale e del revisore contabile*, Milano, 2006
- L. COVATTA, *I beni culturali tra tutela, mercato e territorio*, Passigli, 2012
- L. COVATTA, *Il cavallo e la soma*, in *Aedon*, 3/2014
- A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon*, 2/2018
- F. CRESPI – S. CARAVELLA, *La leva fiscale come strumento prevalente di politica industriale in Italia*, in <https://www.eticaeconomia.it/la-leva-fiscale-come-strumento-prevalente-di-politica-industriale-in-italia/>
- A. CRISMANI, *ART-BONUS: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico*, in *Federalismi.it*, 2014
- A. CRISMANI, *La gestione museale tra vecchi e nuovi problemi. "I musei tra l'immaginario collettivo e la realtà giuridica e gestionale"*, in *Aedon*, 2/2013
- A. CROSETTI, *Tutela dei beni culturali attraverso vincoli di destinazione: problemi e prospettive*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, IV, 2002
- C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008

- V. CUFFARO, *Contratto di rete di imprese*, Milano, 2016
- M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007
- M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013
- R. D'AMICO (a cura di) *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, I, *La pubblica amministrazione e la sua scienza*, Milano, 2006
- D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002
- D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005
- D. D'ORSOGNA, *Diritti culturali per lo sviluppo umano*, in D. D'ORSOGNA – P.L. SACCO – M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in *Arte e critica*, XXI, supplemento al n. 80/81
- D. D'ORSOGNA, *Le relazioni organizzative*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014
- M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004
- A. DAMATO, *L'azione del Consiglio d'Europa a tutela del patrimonio culturale europeo*, in A. CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Bari, 2014
- C. DE BONI, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento. Parte prima: da inizio secolo alla seconda guerra mondiale*, Firenze, 2009
- S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011
- A. DE LAUBADÈRE, *La notion et regime juridique des service publics sociaux en droit administratif français*, in *Dir. Soc.*, 1959
- A.T. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Commentario Schlesinger – Businelli*, Milano, 2011
- R. DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urbanistica e appalti*, 2005

- R. DE NICTOLIS – L. CAMERIERO, *L società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008
- T. DE MAURO, *Qualche premessa teoria alla nozione di cultura e bene culturale*, in *Il Comune democratico*, XXXIII, 1978
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995
- D. DE PRETIS, voce *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006
- A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa (dopo le innovazioni disposte dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15)*, Torino, 2005
- A. DE VALLES, *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano, 1930
- L. DEGRASSI, *La fruizione dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, in L. DEGRASSI (a cura di), *Cultura e istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici*, Milano, 2008
- M. DI LULLO, *Soggetti privati «pubbliche amministrazioni» ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, XII, 2013
- A. DI MAJO, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977
- R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006
- G. DORIA, *L'attività consortile tra interessi dei consorziati e danno ai creditori*, Napoli, 2012
- M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e dei mercati*, in G. DELLA CANANEA – M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006
- M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità sociale*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2007

- M. DUGATO, *Funzione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e come servizio privato di pubblica utilità*, in *Aedon*, 2/2007
- M. DUGATO *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002
- F. DURANTE, *Associazioni temporanee di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti pubblici*, Torino, 2017
- G. ENDRICI, *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, *Aedon*, 1/2001
- G.M. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999
- M. ESPOSITO – V. LUCIANI – L. ZOPPOLI – A. ZOPPOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Torino, 2018
- C. FABRICATORE – A. SCARPA, *La circolazione dei beni culturali*, Milano, 1998
- G. FAMIGLIETTI – N. PIGNATELLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Roma, 2015
- A. FANIZZA, *Commento all'art. 101*, in A. ANGIULI – V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali*, Torino, 2004
- A. FANTIN, *I beni culturali di proprietà pubblica: aspetti pubblicistici*, Padova, 2008
- A. FANTIN, *La concessione in uso dei beni culturali nel Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Aedon*, 2/2010
- M. FERRANTE, *Enti religiosi/ecclesiastici e riforma del terzo settore*, Torino, 2019
- R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985
- R. FERRARA, *Gli accordi di programma: potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993
- A. FERRETTI, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, 2016

- P. FERRI, *I beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, II, Torino, 1987
- P. FERRI – M. PACINI (a cura di), *La nuova tutela dei beni culturali e ambientali*, Lavis-Milano, 2001
- J.G. FICHTE, *Discorsi alla nazione tedesca*, nella traduzione italiana a cura di G. Rametta, Bari, 2005
- E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon*, 3/2018
- G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 1/2012
- F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014
- F. FIMMANÒ, *Patrimonio destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008
- F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giustizia civile*, 201
- F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016
- G. FIORENTINI – F. CALÒ, *Impresa sociale & innovazione sociale. Imprenditorialità nel terzo settore e nell'economia sociale: il modello IS&IS*, Milano, 2013
- S. FOÀ, *Gestione e alienazione dei beni culturali*, in *Diritto amministrativo*, 2004
- S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto XXIV*, Milano, 1974
- E. FOLLIERI, *Le azioni di mero accertamento*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017

- F. FORTE – M. MANTOVANI, *Manuale di economia e politica dei beni culturali*, Soveria Mannelli, 2004
- M.M. FRACANZANI, *Analoga ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003
- M.M. FRACANZANI, *L'identità. Diritti fondamentali fra Corti europee e Pubblica amministrazione*, Bologna, 2016
- F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998
- G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul disegno di gestire i servizi culturali tramite associazioni e fondazioni*, in *Aedon*, 3/2000
- G. FRANCHI SCARSELLI, *La gestione dei servizi culturali tramite le fondazioni*, in *Aedon*, 1/2002
- C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003
- M. FRANZONI, *Commentario al Codice civile – Degli effetti del contratto*, Milano 1998
- F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004
- S. GALLERINI, *L'evoluzione del volontariato e terzo settore nella funzione di advocacy*, in A. BARTOLINI – A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016
- C. GARILLI, *Il consiglio di sorveglianza della società per azioni. Funzioni e competenze*. Torino, 2012
- G. GASPARE, *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, Milano, 2005

- I. GEMESSI, *Le modifiche all'articolo 118 della Costituzione*, in A. APOSTOLI – M. GORLANI – S. TROLLO (a cura di), *La Costituzione in movimento: La riforma costituzionale tra speranze e timori*, Torino, 2016
- F. GENTILONI SILVERI, *Patrimoni destinati con prevalente apporto di terzi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2016
- E. GERETTO - F. ZANIN, *Aggregazione e reti di imprese. Teoria metodi e strumenti per la strategia, la valutazione della performance e il rating assignment*, Torino, 2017
- M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1977
- M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1989
- M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976
- M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939
- M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, 1959
- M.S. GIANNINI, *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Scritti*, Milano, 2000
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950
- M.S. GIANNINI – A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970
- F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di «servizio pubblico»*, in *Foro Amministrativo*, 1998
- G. GILIBERTI, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, 2012
- M. GIORELLO, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2004
- R. GIOVAGNOLI, *È servizio pubblico solo l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2006

- F. GIUDANELLA (a cura di), *Le società per azioni a partecipazione pubblica, profili sostanziali e processuali*, Milano, 2005
- A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale*, Milano, 2008
- C.M. GOLINELLI, *Cultura, impresa e territorio. La valorizzazione del patrimonio culturale: verso la definizione di un modello di governance*, Milano, 2008
- G. GOLINELLI, *Le necessità del sistema museale*, in *Aedon*, 2/2008
- D. GRANARA, *Il principio autonomistico nella costituzione*, Torino, 2013
- P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007
- G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo. Parte generale. I lineamenti essenziali del sistema*, Milano, 2010
- G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, 2013
- G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2014
- G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, relazione al XLVII Convegno di studi amministrativi “*Autorità e consenso nell’attività amministrativa*”, Varenna, 20-22 settembre 2001
- G. GRECO, *La destinazione d’uso degli immobili e il relativo mutamento*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 1986
- M. GRISOLIA, *Arte (profili costituzionali e organizzazione amministrativa)*, Milano, 1958
- M. GRISOLIA, *La tutela delle cose d’arte*, Roma, 1952
- C. GRÖNROOS, *Service Management and Marketing. A customer relationship management approach*, 2000, nella traduzione italiana come *Management e marketing dei servizi. Un approccio al management dei rapporti con la clientela*, Torino, 2006
- R. GROSSI, *L’esperienza delle istituzioni per la gestione dei servizi culturali degli enti locali*, in *Aedon*, 2/1998

- A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 1/2019
- G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcuni considerazioni generali*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1988
- G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia, La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992
- G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle spa*, Milano, 2014
- A. GUIZZI, *Il mutamento della destinazione d'uso*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1994
- G. GUZZETTA – F.S. MARINI, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2014
- P. HÄBERLE, *Kulturverfassungsrecht im Bundestaats*, Vienna, 1980, nonché *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlino, 1982
- E.R. HUBER, *Zur Problematik des Kulturstaats*, Tubinga, 1958
- A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, Napoli, 2017
- C. IAIONE, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto organizzazione e auto produzione degli enti locali*, Napoli, 2007
- C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'idea di un servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005
- G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, 2010
- F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione Europea*, Milano, 2007
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003
- N. IRTI, *Risoluzione del contratto nullo*, in *Foro padovano*, 1971
- V. ITALIA (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010

- D. JALLÀ, *Il museo contemporaneo, introduzione al nuovo sistema museale italiano*, Torino, 2003
- A. LA TORRE, *Il bene «duale» nella teoria delle cose*, in *Giustizia civile*, V, 2008
- A. LABOR, *Nuove sinergie per la gestione museale*, in *Aedon*, 3/2017
- G.M. LABRIOLA, *La codificazione del diritto fra storia, tecnica e tendenza*, Napoli, 2012
- A. LALLI, *I beni pubblici*, Napoli, 2015
- F. LAURIA, *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, 1991
- C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, Cagliari, 1953
- P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in M. CAFAGNO – F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016
- C. LENARDINI – G. ROSSI (a cura di), *Fondazioni bancarie, arte e cultura. Ruolo, risultati e prospettive alla luce di un'analisi territoriale*, Milano, 2010
- P. LEON, *Tavola rotonda sul regolamento di organizzazione del ministero per i Beni e le Attività culturali (Roma, 9 marzo 2000)*, in *Aedon*, 2/2000
- G. LEONE – A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006
- F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, in *Federalismi.it*, 1/2018
- B. LILLA BOSCHETTI, *La valorizzazione*, in M.A. CABIDDU – M. GRASSO (a cura di), *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2004
- N. LIPARI – P. RESCIGNO, *Diritto civile*, Milano, 2009
- S. LOCARATOLO, *Il contratto di rete. Struttura e funzione*, Padova, 2015
- F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2018

- R. LOMBARDI, *Le reti d'impresa in economia aziendale: Profili critici e interpretativi*, Torino, 2015
- M. LONGONI (a cura di), *La riforma del Terzo Settore: il nuovo codice del no profit*, Milano, 2018
- L. LORELLO, *Diritto di sciopero e servizi pubblici essenziali*, Torino, 2015
- A. LUPO, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *Aedon*, 2/2019
- D. MAGGI, *Il bilancio di missione delle aziende non profit. Modelli di rendicontazione sociale: profili teorici ed evidenze empiriche*, Milano, 2008
- A. MALTONI, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, 2002
- P. MANES F. PASQUARIELLO, *Patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario Scajola – Bianca – Galgano*, Bologna-Roma, 2013
- F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Diritto amministrativo*, I-II, 2014
- S. MABELLINI, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, 2016
- S. MANCUSO, *Per una metodologia della valorizzazione dei beni archeologici: analisi e prospettive in Calabria*, Soveria Mannelli, 2004
- G. MANFREDI, *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon*, 2/2014
- F. MANGANARO, *Il coordinamento degli interessi pubblici nell'accordo di programma*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, IV, 1994
- F. MANGANARO – G. VIZZARI, *Accordi tra amministrazioni, situazioni giuridiche soggettive e nuovo rito sul silenzio della p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 2010
- G. MANGANARO FAVARETTO, *Popolo, nazione e democrazia tra Ottocento e Novecento: studi in onore di Arduino Agnelli*, Trieste, 2005

- F.S. MARINI *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano, 2002
- T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956
- G. MARTINI, *Sussidiarietà e... spesa pubblica - Rapporto sulla sussidiarietà 2014/2015*, Milano, 2015
- C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionali*, Milano, 1985
- C. MARZUOLI, *Il paesaggio nel nuovo codice dei beni culturali*, in *Aedon*, 3/2007
- C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982
- A. MASIA – M. MORCELLINI (a cura di), *L'università al futuro: sistema, progetto, innovazione*, Milano, 2009
- G. MASSETANI, *Considerazioni schematiche sulle impugnative contrattuali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1992
- F. MASTRAGOSTINO (a cura di). *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017
- 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
- B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003
- B.G. MATTARELLA, *La codificazione del diritto dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005
- A. MAURA, *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci. Nuovi problemi e questioni controverse alla luce della riforma civile e penale della riforma del diritto societario*, Milano, 2007

- M. MAUTONE – B. DELLE DONNE – S. PALMENTIERI, *Il Parco Nazionale del Vesuvio: natura e cultura per la gestione “sostenibile dello sviluppo”*, in *Geotema*, 2001
- M. MAUTONE – M. RONZA, *Il patrimonio culturale e paesaggio, un approccio di filiera per progettualità territoriale*, Roma, 2016
- M. MAZZANTI, *Metodi e strumenti di analisi per la valutazione economica del patrimonio culturale*, Milano, 2003
- F. MAZZOLA – D. MUSOLINO – V. PROVENZANO (a cura di), *reti, nuovi settori e sostenibilità. Prospettive per l’analisi delle politiche regionali*, Milano, 2014
- A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del terzo settore. Profili civilistici e tributari*, Torino, 2017
- A. MAZZULLO, *Diritto dell’imprenditoria sociale. Dall’impresa sociale all’impact investing*, Torino, 2019
- V. MELANDRI – A. MASACCI, *Fund raising per le organizzazioni non profit. Etica e pratica della raccolta fondi per il terzo settore*, Milano, 2004
- L. MELICA, *Il processo di integrazione europea tra ordinamento statale incompiuto e costituzione «incerta»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005
- G. MELIS, *Storia e apparati statali dall’unità dell’amministrazione italiana*, Bologna, 1996
- F. MERUSI, *Articolo 9*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975
- F. MERUSI, *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990
- F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Diritto amministrativo*, 1993
- F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Novissimo digesto*, Torino, 1970
- F. MERUSI – M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2011
- P. MICHIARA, *Considerazioni sulla nozione di valorizzazione dei beni culturali* (nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 23 agosto 2006, n. 7373), in *Aedon*, 1/2007
- G. MIGNONE, *L’associazione in partecipazione. Artt. 2549-2554*, Milano, 2008

- A. MIGNOZZI, *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, Napoli, 2018
- M. MOCELLA, *Reti di imprese e rapporti di lavoro*, Napoli, 2018
- M. MONTELLA, *Museo e beni culturali. Verso un modello di governance*, Milano, 2005
- S. MONZANI, *Controllo analogo e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2008
- G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2008
- G. MORBIDELLI, *Disciplina urbanistico – edilizia delle destinazioni d'uso degli immobili*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1992
- G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni immateriali*, in *Aedon*, 1/2014
- G. MORBIDELLI, voce *L'iniziativa economica privata* in *Enciclopedia giuridica*, XVII, Roma, 1989
- G. MULAZZANI, *Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno*, in *Il diritto dell'economia*, 2017
- C. NAPOLI, *Le funzioni amministrative nel Titolo V della Costituzione: contributo allo studio dell'art. 118, primo e secondo comma*, Torino, 2011
- G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007
- G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine bancaria nell'"ordinamento civile": alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblicistica e autonomia privata*, in *Il Corriere Giuridico*, 12/2003
- G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015
- G. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una funzione sociale*, in *dirittifondamentali.it*
- G. NAPOLITANO, *Soggetti privati e enti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2003

- F. NIETZSCHE, *Über die Zukunft unserer Bildungsanstalten*, del 1872 nella traduzione inglese, *On the future of our educational institutions*, Brockley, 2004
- A. OCCHINO, *Volontariato, diritto ed enti del terzo settore*, Milano, 2019
- A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992
- B. PAGAMICI, *Impresa ibrida e terzo settore*, Milano, 2017
- M. PADELLARO, *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in house*, in *Rivista amministrativa degli appalti*, IV, 2005
- G. PADRONI, *Processi di valorizzazione e gestione del Patrimonio Culturale: alcune riflessioni negli scenari della complessità*, in *Impresa Progetto – Electronic journal of management*, 1/2012
- I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015
- G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2001
- A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, nota a Cassazione, 12 dicembre 2015, n. 26242, in *Foro italiano*, 2015
- M.C. PANGALLOZZI, *L’istituzione museale: effetti e prospettive di una conquistata autonomia* in *Aedon*, 1/2019
- N. PAOLANTONIO, *I beni culturali, beni paesaggistici e tutela dell’ambiente*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008
- S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008
- V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003
- L. PARPAGLIOLO, *Codice delle antichità e degli oggetti d’arte*, Roma, 1932-1935
- F. PASQUARIELLO, *Profili dei patrimoni destinati di s.p.a.*, Napoli, 2012

- L. PAVAN-WOOLFE – S. PINTON, *Il valore del patrimonio culturale per la società e le comunità. La Convenzione del Consiglio d'Europa tra teoria e prassi*, Padova, 2019
- T. PENCARELLI – S. SPLENDIANI, *Le reti museali come sistemi capaci di generare valore: verso un approccio manageriale e di marketing*, in *Il capitale culturale. Studies on the Value of cultural Heritage*, 2011
- R. PENSA, *L'uso dei beni pubblici e di interesse pubblico*, in *www.contabilita-pubblica.it*, 2005
- L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017
- L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001
- L. PERFETTI, *Servizi pubblici come funzione della fruizione dei diritti. Elaborazione del metodo e scelte metodologiche*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002
- G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F.A. ROVERSI MONACO – F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993
- F. PERSICO, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1890
- D.P. PETRALIA, *Il processo di risanamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche*, in *Aedon*, 2/2019
- M. PICCHI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Verso un progressivo accentramento delle competenze?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10/2017
- V. PIERGIGLI – A.L. MACCARI, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, 2006
- G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, 3/2003
- G. PIPERATA, *Sciopero e musei: una prima lettura del d.l. n. 146/2015* in *Aedon* 2015

- G. PIPERATA, *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni di beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in *Aedon*, 3/2008
- A. PIRRI VALENTINI, *Pagamento di imposte mediante la cessione di beni culturali: una normativa discontinua?*, in *Aedon*, 1/2019
- G. PIVA, voce *Cose d'arte*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, 1962
- F. PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforme dello Stato*, Torino, 1996
- M. POGGI, *La corte torna sui beni culturali (brevi osservazioni in margine alla sentenza n. 36/04)*, in *Federalismi.it*, 6/20104
- A. POGGI, *La difficile attuazione del titolo V: il caso dei beni culturali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*
- A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001
- A. POGGIA, *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Diritto amministrativo*, III, 2013
- A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G. P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2014
- A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, Atti del convegno di studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006*, Milano, 2008
- A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Diritto amministrativo*, 2007
- G. PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie come enti non profit: problemi e prospettive*, in G. SALA – G. MERUZZI (a cura di), *Le fondazioni di origine bancaria verso l'autoriforma*, Bologna, 2016
- D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017

- U. POTOTSHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964
- A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi peri il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Roma, 1969
- A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1969
- G. PRESTI (a cura di), *Società cooperative. Artt. 2511-2548*, Milano, 2006
- A. PROPERSI – G. ROSSI, *Gli enti non profit: associazioni, fondazioni, comitati, club, mutue, ONLUS, organizzazioni di volontariato, cooperative sociali, associazioni sportive dilettantistiche, associazioni di promozione sociale, la raccolta fondi, circoli aziendali, casi e quesiti*, Milano, 2001
- S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967
- A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo, Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011
- N. RAGNONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999
- A. RAGUSA, *Alle origini dello Stato contemporaneo. Politiche di gestione dei beni culturali e ambientali tra Ottocento e Novecento*, Milano, 2011
- M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Annuario AIPDA 2007*, Napoli, 2008
- R. RASCIO, *Gli enti del libro primo. Dalla moltitudine dei modelli speciali ai tipi del codice*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006
- M. RENNA, *Beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006
- M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004
- M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012
- G. RIOLFO, *Il sistema dualistico*, Padova, 2013

- S. RODOTÀ, *Articolo 42* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982
- G. ROLLA, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1983
- A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Diritto amministrativo*, 1994
- V. ROPPO, *Trattato del contratto*, Milano, 2006
- E. ROTELLI, *Costituzione e amministrazione dell'Italia unita*, Bologna, 1981
- N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2017
- F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, 1970
- E. RULLANI, *Modernità sostenibile. Idee, filiere e servizi per uscire dalla crisi*, Venezia, 2010
- G.E. RUSCONI – H.A. WINKLER, *L'eredità di Weimar*, Roma, 1999
- P.L. SACCO – G. FERILLI – G. TAVANO BLESSI (a cura di), *Cultura e sviluppo locale: verso il distretto culturale evoluto*, Bologna, 2015
- G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993
- G. SALA – G. MERUZZI (a cura di), *Le fondazioni di origine bancaria verso l'autoriforma*, Bologna, 2016
- V. SANASI D'ARPE, *La natura giuridica delle fondazioni di origine bancaria*, Bari, 2013
- A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013
- A.M. SANDULLI voce *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, Milano, 1959
- A.M. SANDULLI, *Collegamenti e consequenzialità tra diritti e interessi e relativa rilevanza ai fini delle competenze giurisdizionali*, in *Giustizia civile*, 1958
- A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1989

- A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984
- M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012
- M.A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013
- M.A. SANDULLI, *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo*, Milano, 2006
- W. SANTAGATA, *La fabbrica della cultura. Ritrovare la creatività per aiutare lo sviluppo del paese*, Bologna, 2007
- R. SANTAGATA DE CASTRO, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Commentario Schlesinger – Businelli*, Milano, 2014
- I. SANTANGELO SPOTO, *Opere d'arte*, Torino, 1904-1908
- F. SANTONASTASO, *Riorganizzazione legislativa delle fondazioni nel settore lirico-sinfonico e qualificazione pubblicistica. Verso una tecnica legislativa delle privatizzazioni non più affidata alla sola "magia delle parole"?* (commento a Corte costituzionale, 21 aprile 2011, n. 153), in *Giurisprudenza Costituzionale*, 4/2011
- A. SANTUARI, *Le organizzazioni non profit*, Padova, 2012
- A. SAU, *La legge n. 220 del 2016: quale spazio per le autonomie locali?*, in *Aedon*, 1/2018
- A. SAU, *Le erogazioni liberali delle fondazioni bancarie: definizione, tipologia e regime giuridico*, in *Aedon*, 3/2011
- F. SCAGLIONE, *Il contratto di rete quale nuovo strumento di collaborazione tra imprese*, in AA.VV. *L'impresa e la sfida del bene comune*, Milano, 2011
- G. SCARCHILLO, *Privatizzazione e settori strategici. L'equilibrio tra interessi statali e investimenti stranieri nel diritto comparato*, Torino, 2018
- P. SCHLESINGER, *Categorie dogmatiche e normative in tema di non-profit organization*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Gli enti non-profit in Italia*, Padova, 1994
- G. SCIULLO, *I beni culturali come risorsa collettiva,- Una spesa, un investimento in Aedon*, 3/2017

- G. SCIULLO, *La gestione dei servizi culturali tra Codice Urbani e Codice dei contratti pubblici*, in *Aedon*, 1/2018
- G. SCIULLO, *Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 2/2009
- G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lg. 156/2006?*, in *Aedon*, 2/2006
- G. SCIULLO, *I beni*, in C. BARBATI – M. CAMELLI – G. SCIULLO (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2003
- A. SCLUTER – V. THEN – P. WALLKENHORST, *Foundation in europe. Society management and law*, Londra, 2001
- F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014
- F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017
- F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1995
- F.G. COCA, *Interesse legittimo e diritto soggettivo nel riparto delle giurisdizioni*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1989
- F.G. COCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità* in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998
- E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003
- E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2005
- M. SERIO, *La legge di tutela delle cose di interesse artistico e storico*, in V. CAZZATO (a cura di) *Mibac, ufficio studi, Istituzioni e politiche culturali in Italia negli anni trenta*, Roma, 2001

- V.M. SESSA, *Gli enti privati di interesse generale*, Milano, 2007
- S. SETTIS, *Discendere alle cose. Giulio Carlo Argan e i beni culturali*, in *Belfagor*, 201
- G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015
- G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, parimenti in *Aedon*, 3/2015
- G. SEVERINI, *Musei pubblici e musei privati: un genere, due specie*, in *Aedon*, 2/2003
- C. SGUBIN, *Crisi industriali complesse e accordi di programma*, Torino, 2013
- B. SIBILIO – F. DONATO (a cura di), *Governare e gestire le aziende culturali*, Milano, 2015
- D. SICLARI, *Valore della bellezza e crisi della cultura. Sul valore dei beni culturali nell'epoca globale*, Reggio Calabria, 2014
- D. SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, 2001
- B. SORDI – L. MANNORI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2006
- P. SPAGNOLETTI, *Il recesso. Recesso, Revoca e Mutuo Consenso*, Milano, 2018
- M. SPERONI, *La tutela dei beni culturali negli Stati italiani preunitari*, Milano, 1988
- E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992
- G. STRAMPELLI, *Sistemi di controllo e indipendenza nelle società per azioni*, Milano, 2013
- P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Milano, 2010
- R. TAMIOZZO, *Centro storico: rilevanza giuridica positiva di un concetto descrittivo*, in *Rassegna dell'avvocatura di Stato*, 1978
- R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e ambientali*, Milano, 20007
- A.L. TARASCO, *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon*, 1/2018

- A.L. TARASCO, *Concessioni d'uso dei beni culturali: prevenzione della corruzione e tutela delle finanze pubbliche*, in M. ANNUNZIATA (a cura di), *Lezioni di anticorruzione*, Bari, 2017
- A.L. TARASCO, *Diritto e gestione del patrimonio culturale*, Bari, 2019
- A.L. TARASCO, *Il talento sotterrato. Il patrimonio culturale tra valorizzazione ed equilibrio dei bilanci pubblici*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, VI, dicembre 2018
- A.L. TARASCO, *La redditività del patrimonio culturale. Efficienza aziendale e promozione culturale*, Torino, 2006
- A.L. TARASCO, *La valorizzazione del patrimonio culturale tra "project financing" e gestione diretta: la difficile sussidiarietà orizzontale*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005
- A.L. TARASCO, *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017
- F. TERRUSI, *L'invalidità delle delibere assembleari dalla s.p.a.*, Milano, 2007
- D. THROSBY, *The Production and Consumption of the Arts: A View of Cultural Economics*, in *Journal of Economic Literature*, XXXII, 1994
- R. TOGNI – A. SASSANI, *Verso una gestione dei beni culturali come servizio pubblico*, Milano, 1978
- L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997
- A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015
- S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018
- S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Milano, 2007
- A. TRAVI (a cura di), *G. Pericu, Scritti scelti*, Milano, 2009

- T. TREU (a cura di), *Contratto di Rete: Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, Milano, 2015
- P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2009
- C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011
- G. URBANI, *Proposte di riforma della legge e degli organi di tutela*, in B. ZANARDI (a cura di), *Intorno al restauro*, Milano, 2000
- G. URBANI, *Restauro, conservazione e tutela del patrimonio artistico*, in B. ZANARDI, *Conservazione, restauro e tutela*, Milano, 1999
- P.A. VALENTINO, *I distretti culturali: nuove opportunità di sviluppo del territorio*, Roma, 2001
- M. VAQUER CABALLERÀ, *La relación entre cultura y mercado en el Derecho de la Unión Europea: de la excepción a la diversidad cultural*, in *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, 2013
- M. VAQUER CABALLERÀ, *La relazione tra cultura e mercato nel diritto dell'unione europea: dall'eccezione alla diversità culturale*, in D. D'ORSOGNA – P.L. SACCO – M. SCUDERI (a cura di), *Nuove alleanze. Diritto ed economia per la cultura e l'arte*, in *Arte e critica*, XXI, supplemento al n. 80/81
- G. VETTORI, *Accordi amministrativi e contratto*, in *Contratto e impresa*, 1993
- G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009
- V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979
- R. VILLATA, *Note in tema di discriminazione di competenze giurisdizionali e carenza in concreto di potere*, in *Temi XLVII*, 1971
- R. VILLATA, *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2003
- R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003
- R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006

- P. VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, Palermo, 1962
- C. VOLPE, *Articolo 12. Verifica dell'interesse culturale*, in G. LEONE – A.L. TARASCO (a cura di) *Commentario al codice dei beni culturali*, Padova, 2006
- C. VOLPE, *Il patto di stabilità e crescita: l'esperienza europea, italiana e trentina. Profili di diritto comunitario, costituzionale e regionale*, Trento, 2007
- L. ZAN, *La trasformazione delle organizzazioni culturali in fondazione: la prospettiva manageriale*, in *Aedon*, 2/2003
- B. ZANARDI, *La mancata tutela del patrimonio culturale in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, 2011
- E. ZANELLI, *Ancora su teoria e storia dei servizi pubblici*, in *Enciclopedia di diritto terziario*, 2007
- L. ZANETTI, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2001
- L. ZANNI – M. BELLAVISTA (a cura di), *Le reti d'impresa. Una guida operativa per l'avvio di partnership imprenditoriali*, Milano, 2012
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo. I mezzi dell'azione amministrativa*, Milano, 1945
- G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni pubbliche e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955
- P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975
- G. ZIZZO (a cura di), *La fiscalità nel terzo settore*, Milano, 2011
- C. ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale: il decreto legge 20 settembre 2015, n. 146 in tema di sciopero*, in *Aedon*, 3/2015
- A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995

A. ZOPPINI, *Relazione*, in D. CARUSI (a cura di), *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alle riforme annunciate. Atti del convegno di studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 2001

AA.VV., *Beni culturali, quale riforma?*, Roma, Atti del Convegno di Studi (Roma, 21 ottobre 1996) Bianchi Bandinelli, 1996

AA.VV., *Fare rete tra imprese. Manuale per costruire, governare e valutare le reti d'impresa*, Milano, 2012

AA.VV. *Gli istituti di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione e nelle autonomie locali*, in *Arannewsletter*, 2003

AA.VV. *Il bilancio sociale. La rendicontazione territoriale: le finalità il processo, gli indicatori*, Milano, 2011

AA.VV., *L'atto amministrativo*, Milano, 2019

AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008

AA.VV. *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio – Pavia 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976

AA.VV., *Reti di impresa. Alla ricerca di nuove fonti di vantaggio competitivo*, Milano, 2013

AA.VV. *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, Milano, 2011

AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988

AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Torino, 2006

AA.VV., *Testo unico dei beni culturali – Commento al d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490*, nella collana *Le nuove leggi amministrative*, diretta da V. Italia, Milano, 2000

AA.VV., *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018