amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2021

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gli strumenti di valorizzazione e promozione del patrimonio culturale tra disciplina di settore e codice dei contratti pubblici

di Luigi Ferrara
(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")
e
Francesco Rota
(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi del Sannio di Benevento)

Sommario

1. Ratio della disciplina dei contratti nel settore dei beni culturali e importanza dei privati per la valorizzazione e promozione del patrimonio culturale. 2. Gli Strumenti: le sponsorizzazioni. 3. Gli strumenti: le fondazioni museali.

Abstract

The regulation of procurement relating to cultural heritage is the result of the need to reconcile the need to preserve the underlying logic of the regulation of public contracts with that of adapting it to the peculiarities and complexity of the cultural heritage sector. The difficulty of providing a uniform discipline is however connected on the one hand to the needs of protection and conservation of cultural heritage and on the other to the different types of goods and the variety of interventions that may affect cultural heritage.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Ratio della disciplina dei contratti nel settore dei beni culturali e importanza dei privati per la valorizzazione e promozione del patrimonio culturale.

La disciplina degli appalti concernenti i beni culturali è frutto della esigenza di contemperare l'esigenza di preservare la logica di fondo della disciplina dei contratti pubblici con quella di adeguarla alle peculiarità e alla complessità del settore dei beni culturali. La difficoltà di prevedere una disciplina uniforme è peraltro connessa da un lato alle esigenze di tutela e conservazione dei beni culturali e dall'altro alle diverse tipologie di beni e alla varietà di interventi che possono interessare i beni culturali[1]. La protezione e la conservazione dei beni culturali hanno come scopo la non alterazione del bene al fine di preservarne il valore della cultura e la c.d. fruizione pubblica che rappresenta il fine ultimo della tutela[2].

Sono oggetto di tutela le cose immobili e mobili individuate dagli articoli 10 e 11 del codice dei beni culturali e del paesaggio che presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico, ma, ai sensi dell'art. 2, comma 2 del codice, anche altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà[3]. E' stato però affermato che non tutti i beni che esprimono una testimonianza di civiltà possono essere considerati culturali; soltanto quelli considerati tali dal legislatore sono beni culturali. In questo modo la qualificazione di un bene come culturale risponde ad uno stretto principio di tipicità[4].

La dottrina ha però sottolineato la presenza di alcuni requisiti comuni a tutti i beni culturali: l'immaterialità, quale valore culturale espresso dal bene, e l'inerenza all'interesse pubblico, intesa quale destinazione del bene alla fruizione pubblica.

Quanto appena affermato ha portato la dottrina oggi prevalente a ritenere che un bene è pubblico in quanto bene di fruizione e non di appartenenza e dunque indipendentemente dal regime proprietario[5].

---

* Il lavoro è frutto della riflessione comune degli autori. Tuttavia, i paragrafi 1 e 2 sono stati redatti da Francesco Rota, il paragrafo 3 da Luigi Ferrara.

[1] G. Leondini, *I contratti relativi ai beni culturali,* in Villata, Bertolissi, Domenichelli, Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,* Torino, 2014, 1014.

[2] M. S. Giannini, *I beni culturali,* in *RTDP*, 1976, 31. Più recentemente E. Boscolo, *Commento all'art. 20,* in Sanino (a cura di), Commento al Codice dei Contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, Torino, 2006, 219 ha affermato che la protezione dei beni culturali è finalizzata ad impedire che interventi e forme d'uso precludano la funzione culturale cui il bene è destinato.

[3] Sulla nozione di «testimonianza materiale avente valore di civiltà» si vedano i lavori della Commissione Franceschini: Relazione della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, 119 ss.

[4] G. Sciullo, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento*, in *Aedon*, 2017.

[5] M. S. Giannini, *op. cit.*, 3. Sul delicato tema dei beni pubblici in appartenenza individuale cfr. G. Palma, P. Forte, *Beni pubblici in appartenenza individuale,* in *Annuario 2003 Aipda*, Milano, 2004, 291, che osservano come l'accento della pubblicità del bene si sposta dal soggetto e dal dominio alle sue qualità, alle sue funzioni divenendo fondamentale per la disciplina dei beni pubblici il regime giuridico della res piuttosto che la sua appartenenza ad un soggetto pubblico. Presupposto di tali ricostruzioni è la elaborazione di funzione sociale della proprietà operata negli anni Settanta da G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà,* Napoli, 1971

ISSN 2036-7821

Primo fondamento del peculiare regime giuridico dei beni culturali, ivi comprese le regole speciali contenute nel codice degli appalti è l'art. 9 Cost.[6].

Un bene assolve ad una «funzione culturale» di trasmissione di una memoria del passato, che si tratti o meno di un'importante espressione artistica o di un oggetto di specifico rilievo archeologico[7]. Sono «*i teorici di altre discipline, volta per volta, o anche per categorie di soggetti*» a dare contenuto alla nozione di «bene culturale» che è quindi una «*nozione aperta*», una «*nozione liminale, ossia nozione a cui la normativa giuridica non dà un proprio contenuto, una propria definizione per altri tratti giuridicamente conchiusi, bensì opera mediatamente a discipline non giuridiche*»[8].

Il regime proprietario del bene non è però ininfluente[9]. I beni di proprietà pubblica e degli enti privati non lucrativi, ultracinquantennali e di autore non più vivente godono di una sorta di presunzione di culturalità: sono assoggettati provvisoriamente alla disciplina di tutela prevista dal codice degli appalti fino al momento in cui non interviene il c.d. procedimento di verifica dell'interesse culturale, all'esito del quale può essere verificata anche l'assenza del valore culturale[10]. Come si è avuto modo di dire possono avere un valore culturale anche i beni di proprietà privata, che in virtù della «dichiarazione di interesse culturale» possono essere assoggettati alla potestà di conformazione in forza degli artt. 9 e 42 della Cost.[11].

Questione controversa è l'applicabilità della disciplina in parola ai beni c.d. minori e ai beni immateriali, categorie speciali di beni culturali assoggettati non all'intera disciplina di tutela del codice «Urbani» ma solo alle specifiche disposizioni espressamente richiamate per ciascuna categoria[12]. Parte della dottrina sostiene che non essendo considerati beni a tutti gli effetti, e quindi beni culturali in senso proprio, non sarebbero assoggettabili alla disciplina speciale in esame costituendo beni culturali solo agli effetti dell'applicazione delle specifiche misure di conservazione e protezione per essi tassativamente previste dalla legge[13].

Muovendo dall'art. 145, che opera un generico riferimento ai «beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42» e non esclusivamente a quelli

---

[6] Leondini, *op. cit.*,1921

[7] I. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali ed ambientali,* Milano, 2001, 25

[8] Giannini, *op. cit*. 10.

[9] Leondini, *op. cit.*, 1949.

[10] Sciullo, *op. cit.*, 32 ss.; Ai fini del riconoscimento dell'operatività di un vincolo storico-artistico su beni immobili appartenenti ad Enti pubblici territoriali, salva verifica v. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6343, 2843.

[11] Nel caso dei beni culturali di appartenenza privata fino a quando non interviene la dichiarazione di interesse culturale, essi restano nella libera disponibilità degli aventi diritto. In questo senso T. Paparo, *Contratti relativi ai beni culturali,* in Clarich (a cura di), Commentario al Codice dei contratti pubblici, Torino, 2010, 982. Sulla natura discrezionale tecnica della dichiarazione di interesse costituzionale cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11 marzo 2015, n. 1257; Circolare del Ministero per i Beni e le Attività culturali 28 settembre 2005 e 30 luglio 2015.

[12] Leondini, *op. cit.*, 1951; G. Pitruzzella, *La nozione di bene culturale,* in Aedon, 2000, 37.

[13] G. C. Spattini, sub. Art. 198, in Perfetti (a cura di), Codice dei contratti pubblici commentato, Milano, 2013, 2115.

ISSN 2036-7821

individuati e dichiarati, parte della dottrina ha ritenuto che i beni di cui all'art. 11 sono espressamente ricompresi tra i beni culturali del medesimo codice e si sarebbe in presenza di un bene culturale, anche quando non sia stato ancora individuato e formalmente dichiarato tale[14].

Non sembrano, invece, rientrare i beni culturali minori o extracodicistici i quali possono soltanto, in considerazione del loro valore storico o culturale, essere oggetto di misure di valorizzazione da parte delle Regioni o degli enti territoriali minori[15].

Particolarmente discussa e controversa è invece la tutela dei cc.dd. beni immateriali[16] che si caratterizzano per non essere incorporati in una res[17] laddove invece, sin dalla definizione di bene culturale come bene avente testimonianza «materiale di civiltà», elaborata dalla commissione Franceschini, veniva ritenuta necessaria la corporalità della res[18].

Problema di non poco momento è stato connesso al recepimento delle Convenzioni Unesco del 2003 e del 2005 cui ha fatto seguito l'introduzione nel Codice Urbani dell'art. 7 bis che assoggetta alla disciplina codicistica «le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalla Convenzione Unesco (…) qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti per l'applicabilità dell'art. 10». Di fatto si chiede che «le espressioni di identità culturale collettiva» debbano comunque materializzarsi in un supporto tangibile, come richiesto dal citato art. 10 Codice», contraddicendo le stesse Convenzioni Unesco[19].

Da quanto affermato deriva inevitabilmente una disciplina parzialmente derogatoria rispetto a quella generale e che necessita di un continuo confronto con quella del c.d. Codice Urbani[20].

La norma oggi vigente è stata letta in termini di «normalizzazione» delle procedure di affidamento dei contratti pubblici relativi ai beni culturali nel rispetto, ovviamente, delle ineludibili esigenze di specialità del settore assicurate nelle fasi di

---

[14] Pitruzzella, *op. cit.*, 37

[15] La possibilità che a determinati beni possa essere riconosciuto, ai fini di valorizzazione, particolare valore storico o culturale da parte della comunità regionale o locale è stata riconosciuta da Corte cost., 28 marzo 2003, n. 94, in *Giur. Cost.*, 2003, 2.

[16] Essi - in forza delle Convenzioni sulla Salvaguardia per il Patrimonio Culturale Immateriale del 17 ottobre 2003 e Protezione e la Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali del 20 ottobre 2005 - vengono intesi come pratiche, rappresentazioni, espressioni, sapere e capacità, come pure gli strumenti, artefatti, oggetti, e spazi culturali associati, che le comunità, i gruppi e, in alcuni casi anche i singoli individui, riconoscono come parte integrante del loro patrimonio culturale.

[17] A. M. Cirese, *I beni demologici in Italia e la loro museografia,* in Clemente (a cura di), Graffiti di museografia antropologica italiana, Siena, 1996, 249.

[18] La concezione di bene culturale nonostante il rilievo del profilo immateriale resta ancorata al concetto di "res qui tangi potest", una cosa oggetto di un diritto patrimoniale. Si veda sul punto S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rass. Arch. Stato,* 1975, 116.

[19] A. L. Tarasco, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato: analisi di una lacuna (sempre più) solo italiana,* in *Foro Amministrativo CDS*, 2008, 2261; A. Gualdani, *I beni culturali immateriali; ancor senz'ali?,* in *Aedon*, 2014, 11.

[20] La necessità del confronto tra le due discipline è affermata in dottrina da Barbati, Cammelli, Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 199 ss. e da D. Vaiano, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, 2011, 55.

ISSN 2036-7821

progettazione, affidamento ed esecuzione dei lavori, da un'attenzione particolare alla definizione dell'oggetto dell'appalto, al regime di qualificazione degli operatori, al contenuto e all'adeguatezza del livello di progettazione e alla verifica dei risultati, tanto nella realizzazione dell'appalto che in sede di collaudo[21].

L'importanza del ruolo dei privati per i beni culturali è connessa sia alla statuizione dell'art. 9 Cost. che affida compiti di protezione e promozione alla Repubblica, anche nella sua componente "sociale", che al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, c. 4, Cost.

Del resto storicamente parte importante del "patrimonio della Nazione" di cui all'art. 9 Cost. è nato grazie ad una committenza privata, ed è appartenuto o appartiene ancora a soggetti non pubblici[22] e la stessa evoluzione della disciplina dei beni culturali dalla legislazione degli anni Trenta[23] ad oggi mostra, tra gli altri, il segno del passaggio da una concezione "estetizzante", conservativa sul piano della tutela e riduttiva sul piano dei beni tutelati, ad una che traccia confini molto più ampi per i beni oggetto di tutela e che amplia anche i compiti dei soggetti pubblici rispetto a quei beni, rendendo necessario l'apporto dei privati nel settore culturale[24]. Si pensi inoltre al rilievo del c.d. "mecenatismo culturale", incentrato sul sistema delle erogazioni liberali, spesso incentivate da meccanismi di esenzioni ed agevolazioni fiscali volte a favorire il sostegno dei privati alla valorizzazione dei beni culturali[25].

Allo stesso tempo l'importanza del ruolo del privato emerge oggi in modo ancora più significativo dopo che l'Italia, con la legge del 1° ottobre 2020, n. 133, ha ratificato e dato esecuzione alla "Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società" (c.d. Convenzione di Faro) del 2005, in cui si afferma il diritto al patrimonio culturale come inerente al diritto di partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e si attribuisce un importante ruolo alla comunità di patrimonio, «*costituita da persone*

[21] A. Sau, *Il punto su contratti pubblici e beni culturali. La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità,* in *Aedon*, 2017, 1127, che sottolinea però allo stesso tempo come tra le "le pertinenti disposizioni" del codice, ve ne siano alcune che, in generale, prevedono specificità connesse ai profili culturali come ad esempio, per l'utilizzazione della negoziazione senza bando prevista dall'art. 63, co. 2, lett. b), n. 1, per la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica. Per una riflessione sull'evoluzione della tecnica redazionale utilizzata dal legislatore si veda C. Vitale, *La realizzazione dei lavori di restauro dei beni culturali,* in GDA, 219.

[22] P. Giugliano, *Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato,* in Perfetti (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici commentato,* Milano, 2017, 1239 afferma che «*non si comprenderebbero, senza questa enorme, storica e importante presenza, tutti i complessi sistemi di riconoscimento e assoggettamento a statuti giuridici peculiari dei beni ritenuti di particolare rilievo culturale, siano in proprietà pubblica o privata, né i contenuti di tali statuti giuridici per i beni "dichiarati", i limiti alla circolazione, alle modalità di detenzione, gli obblighi connessi alla conservazione, alla fruizione, e così via*».

[23] V. Cazzato (a cura di), *Istituzioni e politiche culturali in Italia negli Anni Trenta,* Ministero per i beni e le attività culturali – Ufficio Studi, Roma, 2001.

[24] F. Rota, *Esperienze di fondazioni in ambito culturale,* in Palma, Forte (a cura di), *Fondazioni tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche,* Torino, 2008, 267.

[25] A. Montanari, *op. cit.*; E. Bortoluzzi Dubach, C. Tinonin, *La relazione generosa. Guida alla collaborazione con filantropi e mecenati*, Milano, 2020, 17.

ISSN 2036-7821

che attribuiscono valore ad aspetti specifici del patrimonio culturale, che essi desiderano, nel quadro dell'azione pubblica, mantenere e trasmettere alle generazioni future»[26].

Da questa prospettiva è stato affermato che «*il "valore" comunitario delle cose-beni culturali, "quali testimonianze aventi valore di civiltà"*» permette di comprendere le ragioni della partecipazione del mecenate «*alla conservazione e allo sviluppo culturale della società di cui è parte. Il sostegno dell'arte rappresenta, in questo senso, anche il modo di manifestare l'appartenenza alla comunità ed il proprio identificarvisi*»[27]. Il mecenatismo diventa in qualche modo politica culturale promossa da un privato, oggi disvelata anche dalla Convenzione di Faro e, in particolare, dalla previsione delle comunità patrimoniali: attenzione al valore e ad aspetti specifici del patrimonio culturale, che si desiderano mantenere e trasmettere alle generazioni future nel quadro dell'azione pubblica. Promuovere questa tipologia di sostegno alla cultura serve dunque a far acquisire consapevolezza della propria identità e gioca un importante ruolo sociale che giustifica le forme di incentivazione alla liberalità da tempo previste nel nostro paese come ad esempio l'art bonus[28].

Alla luce di quanto affermato si spiega perché numerose disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio suppongono o prevedono un coinvolgimento del privato nelle funzioni pubbliche culturali, chiarendo che *"la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*[29].

2. Gli Strumenti: le sponsorizzazioni.

In realtà i privati realizzano attività di valorizzazione direttamente o concorrendo al servizio pubblico di valorizzazione in modi diversi e difficilmente catalogabili; per questo nel presente lavoro si cercheranno di individuare i tratti salienti di alcuni strumenti di particolare rilievo[30]. Guardando agli strumenti, particolare rilievo riveste la sponsorizzazione che, a differenza del mecenatismo, non è connotata da spirito di liberalità né da gratuità[31]. E' stato di recente giustamente sottolineato in

[26] A. Gualdani, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?,* in *Aedon*, 2020; A. Lupo, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *Aedon*, 2019.

[27] Così Montanari, *op. cit.*, 2021.

[28] Sull'art bonus cfr. G. Gallo, *Il decreto Art Bonus e la riproducibilità dei beni culturali,* in *Aedon*, 2014; R. Lupi, *L'Art Bonus come sovvenzione pubblica in forma di "credito d'imposta"*, in *Aedon*, 2014; A. R. Ciarcia, *Le erogazioni liberali a favore della cultura: l'art bonus,* in *Rivista di diritto Tributario*, 2020. Per l'inquadramento sistematico dell'art bonus e delle donazioni modali fra gli strumenti di mecenatismo cfr. Giugliano, *op. cit.* , 1241 ss.

[29] Giugliano, *op. cit.*, 1239 sottolinea che «*Negli ultimi decenni il quadro complessivo si è evoluto e il ruolo dei privati è cambiato con uno spostamento del ruolo dei privati verso la responsabilità nella gestione dei luoghi culturali, in particolare di quelli pubblici, al punto che la normativa prevede espressamente ipotesi di gestione indiretta possibilità di gestione condivisa, in accordo*»e che evidenzia come, alla già da tempo prevista possibilità che «*capitali ed energie private possano concorrere alla c.d. valorizzazione, fornendo risorse appropriate in considerazione della vastità e rilevanza del patrimonio culturale pubblico*», si sta progressivamente affiancando l'dea che «*queste energie possano essere utili anche per la sua conservazione*».

[30] Di impossibilità di classificazione parla G. Severini, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in Riv. Giur. Ed., 2015, 322.

[31] In questa prospettiva Giugliano, *op. cit.*, 1240 riconduce al mecenatismo sia le donazioni modali che la sponsorizzazione interna. Si veda sul punto anche la determinazione n. 24/2011 dell'Avcp.

ISSN 2036-7821

dottrina che sia le forme di sostegno dell'arte esercitate con scopo di lucro come le sponsorizzazioni che quelle liberali come il mecenatismo mirano alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali. A cambiare sono gli interessi che animano l'agire dei soggetti. Entrambe le forme di sostegno sono rilevanti e sinergicamente necessarie per contribuire alla crescita culturale del Paese[32] ma, in considerazione dei diversi presupposti di partenza, richiedono discipline giuridiche che tengano adeguatamente conto delle peculiarità di ciascuno strumento, in primo luogo i problemi di decoro connessi all'utilizzo di un bene culturale non animato da liberalità[33].

Dottrina e giurisprudenza definiscono la sponsorizzazione come contratto atipico[34], consensuale, a titolo oneroso e sinallagmatico, con cui un parte (sponsee) si obbliga a consentire l'uso della propria immagine e/o del proprio nome, al fine di promuovere il marchio, il nome, l'attività o i prodotti di un altro soggetto (sponsor) che si obbliga ad una prestazione pecuniaria ovvero ad assumere in proprio la realizzazione di lavori, servizi o forniture in favore dello sponsee[35].

In passato è stata discussa la possibilità che le amministrazioni possano assumere il ruolo di sponsor (sponsorizzazioni attive) e benché l'opinione prevalente fosse orientata, nonostante l'assenza di un'espressa previsione legislativa e di un vantaggio economico da parte dell'amministrazione, ad ammettere le sponsorizzazione attive come espressione della generale capacità di diritto privato di cui godono le amministrazioni[36], il legislatore, con il d.l. n. 78/2010, convertito con

[32] Per un'immagine dell'impatto economico delle diverse tipologie di apporto privato al patrimonio culturale si veda A. L. Tarasco, *Il talento sotterrato. Il patrimonio culturale tra valorizzazione ed equilibrio dei bilanci pubblici*, in *Riv. Giur. Ed*., 2018, 477 ss.

[33] D. Manacorda, *L'immagine del bene culturale pubblico tra lucro e decoro: una questione di libertà*, in *Aedon*, 2021. Il tema del decoro è particolarmente rilevante se si considera che, come affermato da A. Bartolini, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Foro Amm*., 2019, 223 ss. «*la crescente attenzione sull'immateriale porta con sé il tema dell'immagine dei beni culturali e del loro decoro*» e che «*l'immagine del bene culturale, e come questa si proietta nella complessa società della globalizzazione, è la vera novità degli anni più recenti. Oggi siamo nella "civiltà dell'immagine" ed anche i beni culturali ne fanno pienamente parte come protagonisti*».

[34] R. Chieppa, *I contratti di sponsorizzazione,* in Sandulli, de Nictolis, Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici,* Milano, 2008, 463, sottolinea che sono ormai superate le tesi che cercavano di ricondurre la sponsorizzazione nello schema di contratti tipici come l'appalto di servizi, il contratto d'opera, il contratto pubblicitario, ecc. V. anche R. Di Pace, *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni,* in *Foro Amministrativo TAR*, 2004, 3898, secondo il quale è stato superato l'orientamento che vedeva nel principio di legalità cui deve soggiacere l'azione amministrativa un ostacolo ostativo all'utilizzabilità da parte della P.A. di un contratto atipico. Tipicità dei contratti e tipicità dei provvedimenti amministrativi devono essere tenute distinte perché l'autonomia contrattuale della P.A. implica anche la possibilità di stipulare contratti atipici, purché nel rispetto del limite finalistico individuato dall'art. 1322 c.c. e comune a tutti i soggetti dell'ordinamento, cui si aggiunge il limite del perseguimento dell'interesse pubblico che accompagna sempre l'azione amministrativa.

[35] M. Bianca, *I contratti di sponsorizzazione,* Rimini, 1990, 823; G. Fidone, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione,* in *Aedon,* 2012. Per la giurisprudenza si veda C Stato VI 31.7.2013, n. 4034; C III 21.5.1998, n. 4034.

[36] M. Renna, *Le sponsorizzazioni*, in Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 536.

ISSN 2036-7821

modificazioni dalla l. n. 122/2010, ha preferito vietarle anche per il rischio di danni erariali e per esigenze di contenimento di spesa pubblica[37].

Per quanto concerne il rapporto con la disciplina dei contratti pubblici emerge il rilievo delle sponsorizzazioni passive che originariamente venivano sottratte all'applicazione del codice dei contratti pubblici in virtù del vantaggio economico che le amministrazioni ricavavano dal contratto[38].

Il d.lgs. n. 163/2006, con specifico riferimento alle sponsorizzazioni tecniche, pur continuando ad escludere l'applicazione della disciplina codicistica, ha previsto che siano rispettati i principi del Trattato per la scelta dello sponsor, nonché delle disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto.

La riforma del 2016 cerca di semplificare le procedure per contribuire a superare le difficoltà operative che rendevano particolarmente difficoltoso il ricorso alle sponsorizzazioni anche perché, benché dal 1986 che se ne invochi l'uso nel settore dei beni culturali[39], per avere una prima regolamentazione compiuta della materia si è dovuto aspettare l'art. 120 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, dedicato specificamente alla sponsorizzazione di beni culturali.

E' stato così chiarito che la sponsorizzazione di beni culturali ha un contenuto ampio e può consistere in contributi anche in beni o servizi che vengono erogati per la progettazione o l'attuazione di iniziative in ordine alla tutela ovvero alla valorizzazione del patrimonio culturale e che può riguardare anche beni culturali in appartenenza privata.

Uno dei problemi di fondo connessi alla sponsorizzazione è che essa prevede un utilizzo commerciale di beni culturali e dunque persegue un fine ulteriore rispetto a quanto previsto dal Codice dei beni culturali e «*può compromettere il valore identitario del bene, potendo persino innescare l'idea di una sorta di appropriazione dello stesso da parte dello sponsor*»[40]. Per questo la normativa attribuisce al Ministero il compito di

---

[37] Giugliano, *op. cit.*, 1242.

[38] L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 24/2001 rilevava che la sponsorizzazione «*resta fuori dall'ambito della disciplina comunitaria e nazionale degli appalti pubblici in quanto non è catalogabile come un contratto passivo, bensì comporta un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la pubblica amministrazione mediante un risparmio di spesa*». La l. n. 166/2002 modificando l'art 2 della Legge Merloni n. 109/1994, aveva precisato che la normativa sui lavori pubblici non dovesse trovare applicazione ai contratti di sponsorizzazione, salva la disciplina relativa alla qualificazione degli esecutori dei lavori. Siffatta esclusione è stata poi confermata per il settore dei beni culturali dall'art. 2, d.lgs. n. 30/2004.

[39] La risoluzione del 13.11.1986 (86/C 320/02) dei Ministri responsabili degli affari culturali, riuniti in sede di Consiglio europeo, affermava che il patrimonio culturale europeo potesse essere meglio tutelato e promosso «*mediante un appoggio rafforzato proveniente da molteplici fonti, comprese diverse forme di sponsorizzazione*»; la risoluzione del Parlamento europeo del 12.2.1993 ha invitato il Consiglio a «*mettere in atto (...) tutte le possibilità per incoraggiare con facilitazioni fiscali, di credito o con altri strumenti giuridici o amministrativi, tutte le forme di mecenatismo o di partenariato pubblico-privato nelle opere di conservazione del patrimonio architettonico e culturale*». A livello nazionale con il d.lgs. 20 ottobre 1998 n. 368 si consentiva al Ministero per i beni e le attività culturali di costituire fondazioni dallo stesso partecipate per la valorizzazione del patrimonio artistico e autorizzate a reperire le fonti di finanziamento mediante i contributi ottenuti da soggetti privati anche a titolo di sponsorizzazione.

[40] Giugliano, *op. cit.*, 1242.

ISSN 2036-7821

effettuare una previa verifica di compatibilità dell'iniziativa con l'esigenza di tutela e con il decoro del bene.

La dottrina ha peraltro segnalato che il ricorso alle sponsorizzazione come strumento "anticiclico", particolarmente utile nei momenti di crisi, si è scontrato con l'approccio contabilistico tradizionalmente presente nella nostra amministrazione, e con la necessità di garantire la par condicio fra i soggetti inressati generando «un fattore di rischio da governare con attenzione» e che potrebbe essere ridotto con un adeguato ricorso alla programmazione strategica[41].

3. Gli strumenti: le fondazioni museali.

Tra gli strumenti giuridici di valorizzazione dei beni culturali annoverati nel Codice dei Beni culturali, si annoverano, come è noto, alcune fattispecie di fondazioni. Si tratta di fattispecie, come si vedrà, alquanto eterogenee, sia in ordine agli scopi e alle funzioni, sia in ordine alla disciplina giuridica: si possono considerare, in tali ambito, innanzitutto le tipologie delle fondazioni propriamente museali. Occorre poi annoverare le tipologie delle fondazioni per i servizi culturali, spesso configurate come enti strumentali statali o delle autonomie, ovvero satelliti di altre istituzioni culturali, spesso fondazioni «capogruppo». Infine, va menzionato il ruolo delle fondazioni bancarie nel settore culturale. In molte di queste tipologie, come si vedrà, si possono osservare, ancora una volta, profili critici conseguenti al mancato raccordo tra la disciplina del Codice dei Beni culturali del 2004, la disciplina speciale di settore e quella del Codice dei contratti del 2016.

Partendo dall'esame delle fondazioni museali in Italia, si può innanzitutto ricordare che si annoverano in tale ambito sia fondazioni nazionali[42], sia fondazioni regionali o cittadine[43].

---

[41] G. D. Comporti, *Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in Aedon, 2015.

[42] Tra cui, la Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino – il prototipo –, la Fondazione Museo nazionale dell'Ebraismo italiano di Ferrara, la Fondazione MAXXI di Roma. Allorché si voglia procedere all'individuazione di quelle fondazioni museali che possono essere definite nazionali propriamente di diritto speciale, completamente ricondotte allo schema di relazione intersoggettiva con il Ministero delineato dall'art. 13 del D.M. del 2001, soccorre l'elencazione contenuta nel D.M. 26 marzo 2015, *Ricognizione degli enti vigilati dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e individuazione delle strutture del Ministero titolari dell'esercizio delle relative funzioni di vigilanza*, che contempla all'allegato 1, la Fondazione Aquileia, la Fondazione la Biennale di Venezia, la Fondazione la Triennale di Milano, la Fondazione MAXXI di Roma, la Fondazione Museo delle antichità egizie di Torino, la Fondazione Museo nazionale dell'ebraismo italiano e della Shoah (MEIS), la Fondazione Museo storico della liberazione, la Fondazione Quadriennale d'arte di Roma, la Fondazione la "Venaria Reale", la Fondazione Ente Ville Vesuviane. Se si estende l'indagine anche alle fondazioni che siano state costituite con legge-provvedimento statale *e* contemplino una procedura ancora in corso di superamento delle relazioni intersoggettive con il Ministero ascrivibili, anche in parte, alle fattispecie delineate dall'art. 13 del D.M. del 2001, occorre menzionare anche altre istituzioni, tra cui la Fondazione Museo Nazionale della Scienza e Tecnologia di Milano, nata su decisione fondazione del MIUR e vigilata da Miur e Mibact, e la Fondazione Grande Brera.

[43] Come ricorda P. Forte, *I nuovi musei statali: un prima passo nella giusta direzione*, in *Aedon*, 1, 2015, il *Rapporto Fondazioni 2013/2014* de *Il Giornale dell'arte*, n. 338, 1/2014, 41ss. registra nell'ultimo censimento 67 Fondazioni museali «civili» (http://www.ilgiornaledellefondazioni.com/sites/default/files/pdf/fondazioni 20338 gennaio 2014 low.pdf). Per dati più risalenti, cfr. il rapporto ISTAT 2005 *Le fondazioni in Italia*, e ISTAT 2011 *IX censimento generale dell'industria e dei servizi e Censimento delle istituzioni non profit*, disponibili su www.istat.it.

Sulle fondazioni, in generale, si rinvia G. Palma - P. Forte, *Fondazioni tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, 2008. Sulle fondazioni museali in Italia, cfr. F. Lemme, *Sinergie pubblico-privato: ruolo delle*

ISSN 2036-7821

La legge delega del 2002 per l'adozione del nuovo Codice dei Beni culturali, riprendendo quanto stabilito nel d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368 e nel regolamento ministeriale (dm 27 novembre 2001, n. 491), sollecitava alla revisione degli «strumenti di individuazione, conservazione e protezione dei beni culturali e ambientali, anche attraverso la costituzione di *fondazioni aperte* alla partecipazione di regioni, enti locali, fondazioni bancarie, soggetti pubblici e privati»[44]. Le fondazioni previste si sarebbero dovute configurare come *fondazioni di diritto privato*, il cui patrimonio sarebbe derivato dalla concessione in uso di beni culturali appartenenti al demanio dello Stato (musei, edifici storici, collezioni). La concessione in uso di bene culturale sarebbe stato il «tratto caratterizzante del negozio di fondazione o del conferimento patrimoniale», comportando l'ibridazione del regime giuridico tra pubblico e privato e la disciplina mutuata dalle fondazioni bancarie. In ogni caso, la vera natura doveva essere individuata in quella di enti pubblici associativi[45]. La dottrina, nei primi commenti, rilevava che la forma della fondazione non fosse adatta «*in quanto nell'ambito della gestione museale non si tratta di gestire un patrimonio, ma di fornire servizi, né d'altra parte si può pensare che l'apporto della fondazione da parte dell'ente pubblico sia costituito dalle raccolte museali. Il carattere demaniale proprio di tali complessi ne esclude infatti l'affidamento, anche a titolo temporaneo o precario, ad altro soggetto che non sia lo Stato, il Comune o il diverso Ente proprietario*»[46]. Si proponeva perciò il diverso strumento dell'istituzione in forma associativa come strumento operativo più valido per attuare la cooperazione pubblico-privato. Si analizzava poi la praticabilità stessa dell'istituto della fondazione di partecipazione locale, promossa da enti locali, ma beneficiaria in uso di beni del patrimonio statale[47].

---

fondazioni nella politica dei beni culturali, in *Rivista del notariato*, 1998, 4/1, 651-655; A. Bartolini, *La fondazione museale in partecipazione tra enti locali e privati: il caso di Cortona*, in *Aedon*, 3, 2002; F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*, 2004, 3, 447-512; G. Sciullo, *Attività museali*, in *Aedon*, 2008, 2, 5; D. Rampello, *La Triennale di Milano*, in *Aedon*, 2008, 2, 4; C. del Sordo - R. Levy Orelli - S. Pazzi, *Dal "pubblico" al non profit. L'esperienza del museo internazionale delle ceramiche di Faenza*, in *Non profit*, 2010, 2, 57-88; S. Baia Curioni, *A proposito di Grande Brera*, in *Aedon*, 2012, 3, 5; C. Sottoriva, *Problematiche di redazione del bilancio di esercizio, di vigilanza e di revisione legale dei conti delle fondazioni per la gestione e la valorizzazione dei beni culturali e per la promozione delle attività culturali ex dm n. 491/2001*, in *Il controllo nelle società e negli enti*, 2013, 1, 1-131; D. Messineo - R. Occhilupo, *La gestione di musei e parchi archeologici e il coinvolgimento dei privati nel settore culturale: l'Italia nel confronto con la Francia, la Germania e la Spagna*, in *Aedon*, 2014, 3, 24; G. Severini, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015, 6/2, 323-334.

[44] Merusi, *op.cit.*, 17ss.

[45] «La principale componente patrimoniale di queste fondazioni è pertanto un diritto patrimoniale derivante da un provvedimento amministrativo, con la conseguenza che il regime pubblicistico riemerge all'interno della fondazione di diritto privato in connessione al regime giuridico del principale bene conferito»: cosi Merusi, *op.cit.*

[46] Lemme, *op.cit.*

[47] Cfr. Bartolini, *op.cit.*, il quale, sul presunto necessario binomio tra patrimonio culturale statale-fondazione nazionale di diritto speciale, già osservava che «A ben vedere lo schema fondazionale in parola appare necessitato solo laddove il ministero intenda partecipare o costituire una fondazione. Altrimenti, se l'amministrazione dei beni culturali si vuole limitare a conferire in uso i beni senza partecipare alla fondazione, si riaprono le strade del diritto comune e della completa autonomia privata». L'autore sottolineava poi che l'uso dello strumento della fondazione locale di partecipazione di diritto comune fosse ammissibile se coniugato con la stipula di *contratto di servizio* ai sensi del TUEL tra la fondazione e l'ente locale.

ISSN 2036-7821

Dopo l'entrata in vigore del Codice dei Beni culturali nel 2004, la prospettiva di inquadramento si muove nell'ambito delle fattispecie generali ivi contemplate di *fondazioni culturali*. Il Codice, come si è visto, fissando i principi fondamentali in materia di valorizzazione, individua fra questi anche la partecipazione dei privati alle attività di valorizzazione, secondo quanto previsto dagli artt. 112ss. Lo scoglio dell'immobilizzazione patrimoniale viene sovente superato nell'individuazione delle previsioni codicistiche di tipi di «fondazioni di partecipazione o a modello partecipativo», a cui sono ricondotte tipologie frequentemente utilizzate in ambito culturale ed impiegate per gli Enti lirici, per il Museo egizio di Torino, per le fondazioni disciplinate dal d. m. n. 491 del 2001[48]. Nelle fondazioni di partecipazione, si osserva, «l'elemento patrimoniale proprio delle fondazioni tradizionali viene infatti riequilibrato dall'elemento personale tipico delle associazioni»[49]. Ancora, si intravede il tema di definire anche nell'esperienza italiana modelli di *fondazioni doppie e collegate ad altri enti strumentali, società, associazioni o fondazioni* (*doppelstiftungen*), allorché si immagina il ruolo delle fondazioni ex bancarie nella gestione di musei pubblici[50].

Nel riassetto del sistema post codice dei beni culturali non sembra che sia stato dato adeguato rilievo al portato della disposizione conclusiva del comma 1 dell'art. 116, vera norma di chiusura del modello, in cui si afferma che, anche se le funzioni di tutela dei beni conferiti o concessi rimangono esercitate dal Ministero, «gli organi istituzionalmente preposti alla tutela non partecipano agli organismi di gestione dei soggetti giuridici indicati all'articolo 112, comma 5».

Non sembra poi significativo, il tema dell'espletamento di attività di impresa delle fondazioni culturali museali. Da un lato, si sottolineava che lo strumento della nascita di fondazioni nazionali per trasformazione mirasse proprio a semplificare il quadro normativo e il regimo giuridico delle attività di impresa museale; dall'altro, si rilevava che i congegni di fondazioni di partecipazione originarie di diritto comune meglio si prestassero alla definizione del regime giuridico delle attività di impresa museale nell'ambito della valorizzazione e dell'incremento dell'alimentazione finanziaria dell'istituzione[51]. Tuttavia, se l'articolazione delle fondazioni museali, nei due tipi che si delineano (nazionali/per trasformazione/di diritto speciale e locali/di

[48] Sulle fondazioni culturali in generale, cfr. F. Rota, *Esperienze di fondazioni in ambito culturale*, in Palma – Forte, *op.cit.*, 267ss., anche per la ricapitolazione degli interventi legislativi precedenti.

[49] *Ibidem*.

[50] Cfr. in tal senso G. Sciullo, *op.cit.*, il quale osserva che il sistema degli artt. 112-115 del Codice dei beni culturali legittimerebbe la creazione di fondazioni *miste*, conferitarie in uso di beni museali da valorizzare, e si porrebbe il problema di distinguere la legittimità europea dell'intestazione congiunta delle attività di valorizzazione attraverso la gestione diretta del bene museale e attività di valorizzazione economico/imprenditoriali non comportanti la gestione diretta.

[51] Sul tema, cfr. C. Barbati, *L'impresa museale: la prospettiva giuridica*, in *Aedon*, 1, 2010, la quale osserva che il problema dell'impresa museale e del suo regime giuridico non dovrebbe essere propriamente un problema delle fondazioni museali di comunità di diritto comune, ma solo per le fondazioni nazionali e le istituzioni museali tradizionali.

ISSN 2036-7821

partecipazione/di diritto comune) debba svilupparsi in fondazioni *holdings* collegate a associazioni o altri soggetti per l'espletamento delle attività di impresa museale rimane un tema non approfondito in Italia.
In realtà, veniva confermato l'impianto del decreto ministeriale del 2001, dove all'art. 13 si delineava una significativa distinzione tra le fondazioni nazionali in controllo ministeriale e le fondazioni di comunità locale, le prime ricondotte a modelli di fondazioni di diritto speciale, le seconde ammesse all'inquadramento come fondazioni di diritto comune[52].
In anni più recenti, una vicenda spesso richiamata come esemplare è il progetto «Grande Brera»: ai sensi del d.l. n. 83 del 2012, il Ministero conferisce in uso ad una costituenda Fondazione di diritto privato la collezione dell'Accademia di Brera. Anche in questo caso, alla fondazione costituenda, oltre al ministero (che assume il ruolo di fondatore), possono partecipare anche "gli enti territoriali nel cui ambito la Fondazione ha sede, che assumano l'impegno di contribuire stabilmente al fondo di gestione in misura non inferiore al Ministero" (i quali assumono il ruolo di promotori)[53]. In realtà, nel modello previsto dalla legge-provvedimento si osserva l'assoluta «preponderanza del Ministero, che si esplica in penetranti poteri di vigilanza, quali il potere di approvazione delle modifiche statutarie, l'adozione di atti di indirizzo generale, lo svolgimento di ispezioni, *et cetera*, i quali possono condurre anche alla sospensione o allo scioglimento degli organi della fondazione e al suo commissariamento». Le potenzialità della fondazione di partecipazione museale vengono frustrate, il progetto è sospeso, la partecipazione di capitali privati rimane un'ipotesi[54].
A seguito della riforma del 2014, l'art. 20, comma 2 del dpcm 29 agosto 2014, n. 171 prevede che la Direzione generale Musei favorisca la partecipazione del Ministero ad associazioni, fondazioni, consorzi o società per la gestione e la valorizzazione dei beni culturali e elabori modelli di atti per la costituzione di tali soggetti (lettera f); promuova la costituzione di «fondazioni museali aperte alla partecipazione di soggetti pubblici e privati», individuando i musei e i luoghi di cultura da affidare in

[52] Il Regolamento del 2001, all'art. 13, specificava che le attività di vigilanza del Ministero si articolassero in: *approvazione delle modificazioni statutarie; adozione degli atti di indirizzo di carattere generale, aventi ad oggetto, tra l'altro, i criteri ed i requisiti relativi alla partecipazione di soggetti privati alla fondazione, i requisiti dei componenti degli organi delle fondazioni, l'adeguatezza delle spese; poteri ispettivi e di richiesta documentazione; poteri di annullamento ai sensi dell'articolo 25 del C.C.; revisione e certificazione dei bilanci; sospensione degli organi di amministrazione e di controllo; commissariamenti; la revoca della concessione d'uso dei beni culturali conferiti.*

[53] Cfr. Manfredi, *op.cit.*

[54] *Ibidem.* Come sottolinea Baia Curioni, *op.cit.*, il dibattito si orienta su due prospettive: da un lato, viene osservato che l'attribuzione del patrimonio culturale pubblico ad un soggetto giuridico geneticamente e funzionalmente congegnato per gli apporti patrimoniali ulteriori e la rappresentanza di interessi nella *governance* di *stakeholders* privati forti (*donors*) costituirebbe una differenziazione inaccettabile stante la configurazione plurale, diffusa e egalitaria del patrimonio culturale (posizione espressa nella lettera di protesta di alcuni studiosi indirizzata al Capo dello Stato); dall'altro, in senso propriamente giuridico si sottolineava che gli strumenti giuridici previsti nel sistema delle fonti di raccordo delle relazioni istituzionali tra l'amministrazione nazionale del patrimonio culturale e le amministrazioni regionali e locali fossero del tutto insufficienti.

ISSN 2036-7821

gestione indiretta. In tal caso, le attività di promozione, coordinamento e gestione integrata sono realizzate con i nuovi poli museali regionali (lettera p).

Anche nel dm 23 dicembre 2014 sembrano profilarsi due tipologie di fondazioni museali (nazionali di diritto speciale e non nazionali di partecipazione di diritto comune). Le fondazioni museali statali sono riportate chiaramente allo *status* dei musei statali e sono previste nell'art. 5 (Forme di gestione) e 19 (Musei statali dotati di personalità giuridica)[55]: le norme del decreto di organizzazione e funzionamento si applicano «in quanto compatibili, anche ai *musei statali dotati di personalità giuridica*, *quali le fondazioni museali* o i consorzi». La Direzione generale Musei, «favorisce la costituzione, ai sensi degli articoli 112 e 115 del Codice, di consorzi e/o fondazioni museali con la partecipazione di soggetti pubblici e privati» e « individua, secondo gli indirizzi e i criteri dettati dal Ministro e sentiti i direttori dei Poli museali regionali, i musei e i luoghi della cultura da affidare in gestione indiretta a soggetti privati ai sensi dell'art. 115 del Codice».

La specialità delle fondazioni museali nazionali può essere rilevata osservando i singoli modelli organizzativi statutari, come quelli della Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino, della Fondazione Museo nazionale dell'Ebraismo italiano di Ferrara e della Fondazione MAXXI di Roma.

Il primo prototipo in tal senso, come si è visto, attuativo dello schema del decreto ministeriale del 2001, è la fondazione Museo Egizio di Torino[56]. Lo Statuto prevede che il ministero conferisca in uso il bene museale, comprensivo delle dotazioni e collezioni, mentre gli altri fondatori debbono conferire «adeguate risorse finanziarie» per la costituzione del fondo di dotazione. Notevole importanza assume l'«atto convenzionale» richiamato dallo statuto, che stabilisce le modalità di conferimento da parte del ministero e, sotto altro profilo, deve definire le modalità con cui gli altri fondatori si impegnano a concorrere al finanziamento. La prima finalità della fondazione si desume proprio dalla disposizione appena richiamata: la necessità di reperire capitale per garantire al museo il «finanziamento delle spese di funzionamento e delle attività della Fondazione», le spese per la sede e l'allestimento del Museo[57]. Le finalità della fondazione sono precisate in «valorizzazione, promozione, gestione e adeguamento strutturale, funzionale ed espositivo del Museo, dei beni culturali ricevuti o acquisiti a qualsiasi titolo e della promozione e valorizzazione delle attività museali». Lo statuto sottolinea l'eterogeneità, ma la

[55] Sulla riforma in generale, *ex multis*, cfr. Forte, *I nuovi musei statali*, cit.; G. Sciullo, *La riforma dell'amministrazione periferica*, in *Aedon*, 1, 2015; L. Casini, *Il "nuovo" statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, 3, 2014, il quale osserva che alla fattispecie dei Musei-fondazione «il regolamento accenna soltanto», e che si presenta «non priva di difficoltà in sede applicativa», in quanto non esisterebbe un modello unico adatto per tutte le fondazioni museali. Il modello della fondazione non sarebbe «positivo o negativo in sé», ma uno strumento organizzativo neutro, utilizzabile a determinate condizioni, anche ricordando le problematiche legate al regime giuridico del personale nel caso di fondazioni museali nate per trasformazione di musei preesistenti.

[56] Cfr. S. Foà, *Lo statuto-tipo della fondazione museale: il caso del Museo egizio di Torino*, in *Aedon*, 2, 2003.

[57] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

necessaria integrazione, delle attività di gestione e valorizzazione dei beni culturali e conferiti e delle «attività di gestione dei beni conferiti dagli altri partecipanti alla fondazione». Il modello della *doppelstiftung* viene ipotizzato laddove si precisano le modalità di espletamento delle *attività ausiliarie e strumentali*: si prevedono infatti le due ipotesi: a) di partenariati (accordi e contratti con soggetti pubblici e privati); b) di costituzione o partecipazione ad altre fondazioni, associazioni, comitati, società di capitali o «istituzioni pubbliche o private»[58]. Viene poi ribadita la natura eterogenea del patrimonio (diritti d'uso su beni conferiti dal Ministero; apporti dei fondatori; contribuzioni espressamente destinate al patrimonio)[59]. Con riferimento agli organi, lo statuto in esame rispetta la distinzione di cui all'art. 4 dm n. 491 del 2001 tra funzioni di indirizzo, di amministrazione, di controllo, di consulenza scientifica e di controllo contabile, e stabilisce per tutti la durata di quattro anni[60]. Il Collegio dei fondatori, quale organo di indirizzo, adotta il documento programmatico pluriennale, determinando le strategie, le priorità e gli obiettivi da perseguire. Secondo quanto previsto dal dm n. 491 del 2001, l'art. 10 dello statuto contempla la figura del Direttore, cui vengono affidate le funzioni di amministrazione ed i compiti di gestione. Tuttavia la programmazione annuale e il potere di nomina, controllo e indirizzo del Direttore è affidato al Consiglio di amministrazione, caratterizzato dalla assoluta prevalenza dei rappresentanti del ministero e degli altri fondatori pubblici rispetto agli altri fondatori. L'utilizzazione del personale del Museo deve essere, per espressa previsione, concordata tra la Fondazione e il Ministero. La norma di chiusura ribadisce i poteri del Ministero stabiliti dagli artt. 13 e 14 del dm del 2001. La specialità dei regimi di attività si palesa ancora più evidente negli Statuti delle fondazioni MAXXI e MEIS, sia in ordine alla *governance* che in ordine all'attività.

In Ambito regionale e locale, *ex multis* possono essere prese in considerazione la Fondazione Torino Musei, la Fondazione Prolo Museo nazionale del cinema di Torino, la Fondazione Museo della Shoah di Roma, La Fondazione Donnaregina per le arti contemporanee di Napoli.

Comparando i modelli statutari, si osserva che tali fattispecie sembrano più coerentemente realizzare il principio espresso nel comma 1 dell'art. 116 del Codice dei beni culturali, secondo cui gli organi istituzionalmente preposti alla tutela non partecipano agli organismi di gestione delle fondazioni. La natura di fondazioni di partecipazione di diritto comune si articola in eterogenei modelli di *governance*. Nella maggioranza dei casi, la nomina del Presidente, del Direttore e del Segretario

[58] Purché «perseguano finalità coerenti con le proprie e strumentali al raggiungimento degli scopi della Fondazione».

[59] Le contribuzioni, elargizioni, sovvenzioni e ogni altra liberalità da parte dei Fondatori e di terzi non destinate espressamente al patrimonio sono qualificate *risorse finanziarie* e costituiscono il fondo di dotazione disponibile per il conseguimento delle finalità statutarie.

[60] Le funzioni sono così ripartite tra Collegio dei Fondatori; Presidente; Consiglio di amministrazione; Comitato scientifico; Collegio dei revisori dei conti.

ISSN 2036-7821

vengono riservate espressamente al Consiglio. Solo in un caso, il Presidente è nominato dalla Regione, contestualmente alla nomina dei consiglieri di amministrazione. Nella metà dei casi, la *governance* contempla un modello dualistico della suddivisione dei compiti tra consiglio di amministrazione (consiglio direttivo, comitato di gestione) e collegio dei fondatori.

Tutti gli statuti prevedono, in seno al Consiglio di Amministrazione, la prevalenza dei componenti rappresentanti dei Fondatori (pubblici e privati) originari (Fondatori, primi fondatori, etc.)[61]. Nessun modello di *governance* prevede l'eterodeterminazione degli indirizzi di politica culturale o forme di controllo amministrativo sull'attività da parte delle autonomie regionali e locali nei regimi amministrativi o di indirizzo politico-amministrativo, né in capo agli organi politici né in capo agli apparati amministrativi (anche quelli preposti alle attività culturali). Le relazioni con le autonomie regionali e locali (ed i poteri) sono così riconducibili a tre fattispecie: a) la nomina dei componenti degli organi collegiali; b) i poteri e gli obblighi derivanti dalla fonte convenzionale di: b1) disciplina dei conferimenti di beni in uso e b2) disciplina dei servizi pubblici culturali; c) poteri in caso scioglimento.

Quasi tutti gli statuti sottolineano espressamente la riconduzione delle attività della fondazione (sia in ordine alla gestione dei servizi culturali, sia in ordine alle attività strumentali, imprenditoriali e commerciali) all'alveo dell'autonomia privata. Solo in alcuni, tuttavia, vi è la previsione espressa della possibilità di *holdings* con la costituzione di società per azioni, fondazioni e altre associazioni, come formula alternativa agli accordi e ai contratti di partenariato. Ma qui, come si è visto, è il tema interseca la disciplina del partenariato tra Codice dei beni culturali e Codice dei contratti.

In queste fattispecie, si osserva spesso il riscontro dell'impegno di fondazioni bancarie nella gestione di musei ovvero nel ruolo di fondatori *originari* di fondazioni museali. Nel primo caso, si può annoverare l'impegno della Compagnia di San Paolo nel progetto *Gallerie di'Italia*, nel secondo caso l'impegno congiunto della Compagnia di San paolo con gli enti pubblici che hanno dato vita alla Fondazione Centro per la conservazione e il restauro dei beni culturali *"La Venaria Reale"*[62] e costituzione della fondazione *Il Cartastorie* da parte della Fondazione Banco di Napoli. In tali casi, siamo al confine tra finalità di conservazione e valorizzazione dei beni culturali: negli statuti oltre ad attività di conservazione, studio, ricerca e formazione sono menzionate da attività di organizzazione di mostre, definite spesso attività strumentali (cfr. art. 2 dello Statuto della Fondazione "la Venaria Reale").

In sintesi, sembrano modelli perfezionandi *in itinere*, al guado tra vere e proprie fondazioni di partecipazione locale di diritto comune ed enti strumentali delle

[61] Le classi di soggetti diversi partecipanti alla fondazione sono denominate "Fondatori successivi", "enti partecipanti", "enti sostenitori", "Sostenitori", etc. e dispongono, in genere, del potere di nomina di 1-2 consiglieri.

[62] Sulla fondazione *La Venaria Reale,* cfr. Gardini, *op.cit.*

ISSN 2036-7821

autonomie regionali e locali. Una rilevante eccezione si può ritrovare nei casi della Fondazione Prolo Museo del cinema di Torino e della Fondazione Museo della Shoah di Roma, dove però la decisione fondazionale è *ab origine* pubblica-privata tra enti territoriali e associazioni private.

Nei modelli analizzati solo in un caso si è riscontrata in concreto la costituzione di società di capitali strumentali. Si è riscontrata, inoltre, la costituzione di una società strumentale da parte del soggetto pubblico fondatore ed il successivo collegamento della attività della Fondazione con quelle della società strumentale del soggetto fondatore[63]. Sugli obblighi di contenimento della spesa delle fondazioni museali, occorre sottolineare che alla divergenza tra l'elenco delle fondazioni vigilate dal Ministero contenuta nel dm 26 marzo 2015, l'elenco annuale ISTAT delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto consolidato e il quadro ricognitivo 2016 delle misure di *spending review* e degli enti soggetti ad esse della Ragioneria dello Stato, si aggiungono previsioni singolari di esenzione dagli obblighi contenute in leggi-provvedimento[64].

Sul tema dell'integrazione della disciplina di settore con la disciplina dei contratti pubblici, la disciplina oggi deve muovere, come si è visto, dalle previsioni degli artt. 143, 145ss. del D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, in tema di appalti nel settore dei beni e dei servizi culturali, presentandosi, ancora problematica.

Sul tema, occorre innanzitutto segnalare che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di pronunciarsi anche sui modelli organizzativi di *doppelstiftungen* applicati nel settore culturale con la costituzione di società strumentali, sulla loro riconduzione alla disciplina dell'*in house*, delle *holdings* e a quella degli organismi di diritto pubblico tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici[65].

---

[63] Nel primo caso ci si riferisce alla società Artissima srl, costituita dalla Fondazione Torino Musei. Nel secondo caso, alla società Scabec spa, la quale , per statuto, è società *in house* della Regione Campania, socio unico, a beneficio della quale «svolge prevalentemente le proprie attività». In realtà, l'oggetto sociale statutario menziona «la gestione e dei servizi e gli interventi di manutenzione finalizzati alla valorizzazione dei beni e delle attività culturali» di pertinenza della Regione Campania, nonché di pertinenza, tra gli altri, della Fondazione Donnaregina.

[64] Il riferimento è all'articolo 1, comma 981, della Legge di Stabilità 2016, che dispone «al fine di assicurare la piena ed efficace realizzazione degli obiettivi istituzionali perseguiti» che non si applichino alla Fondazione MAXXI le norme di contenimento delle spese previste a legislazione vigente a carico dei soggetti inclusi nell'elenco dell'ISTAT. Le norme oggetto della previsione sono quelle elencate nella Circolare del 7 maggio 2015, n. 19 del MEF. Per la ricognizione degli obblighi di contenimento della spesa vigenti per le amministrazioni contemplate nell'elenco annuale ISTAT, cfr. la circolare n. 12 del 23 marzo 2016 della Ragioneria dello Stato e V. Vecchi, *Il CdS boccia il c.d. effetto di «legificazione» e «cristallizzazione» dell'elenco ISTAT*, in *Amministrativamente*, 2015, 7-9, 2.

[65] Cfr. CdS, VI, 8 maggio 2014, n. 2362 e CdS, VI, 18 maggio 2015, n. 2515. La Fondazione la Triennale di Milano sottolineava che, con la costituzione nel 2002 della società unipersonale Tr. di Milano Servizi S.r.l., interamente posseduta e controllata e affidataria di attività commerciali, fosse divenuta una *holding* operante con strumenti di autonomia privata e che la struttura del bilancio fosse mutata, ricercando la Fondazione autonomamente il proprio equilibrio economico, pur continuando a fruire di contributi pubblici in misura del 30 per cento dei ricavi (assegnati periodicamente senza integrare alcun obbligo da parte del soggetto pubblico erogante). Contestava così l'inclusione nell'elenco annuale ISTAT e la soggezione agli obblighi di contenimento della spesa. Il CdS richiama i presupposti, da verificare cumulativamente, per l'inclusione delle istituzioni senza scopo di lucro nell'elenco ISTAT sulla base del Regolamento europeo SEC95: l'essere l'ente privo di scopo di lucro; l'essere dotato di

ISSN 2036-7821

Come è stato spesso sottolineato in dottrina e in precedenza in questo lavoro, qui la norma di chiusura sembra doversi rintracciare nel comma 3 dell'art. 151 del Codice dei Contratti. A commento della spesso richiamata Circolare del Ministero del 09.06.2016 sui nuovi strumenti messi a disposizione del Codice, si osserva la riconducibilità all'art. 151, c. 3, anche di alcuni istituti già disciplinati nel d.lgs. n. 42/2004, tra cui gli accordi con le fondazioni bancarie di cui all'art. 121, e che la disposizione rappresenta una «norma aperta che potra` man mano riempirsi di contenuti applicativi specifici»[66]. Si rileva così che « Possono essere promossi dall'amministrazione *iter* procedurali semplificati con la *ratio*, per un verso, di legittimare forme atipiche di *partnership* pubblico-privato, gia` da tempo utilizzate dalla PP.AA. con i privati»[67].

---

personalità giuridica; l'agire da produttore di beni o servizi 'non destinabili alla vendita'; l'essere controllato e finanziato in prevalenza da amministrazioni pubbliche. Il requisito della produzione di beni e servizi 'non destinabili alla vendita' deve essere inteso escludendo le ipotesi in cui i proventi delle 'vendite' coprono o meno una quota superiore del 50 per cento dei costi di produzione. Secondo il CdS, pur non pronunciandosi sulla controversa qualificabilità della Fondazione come 'holding' ai sensi del Regolamento SEC95, il rapporto con la società strumentale va classificato come fattispecie di *in house*, per cui i dati economico-finanziari riferibili alla società *in house* devono essere computati in modo unitario rispetto a quelli dell'ente o organismo controllante, escludendo l'iscrizione nell'elenco ISTAT sulla base del criterio della soglia del 50 per cento. Il CdS ritorna sul tema in CdS, VI, 10 dicembre 2015, n. 5617, su ricorso proposto dalla Fondazione Arena di Verona. Secondo la Fondazione, con la trasformazione degli enti nel settore musicale in fondazioni di diritto privato, la relativa disciplina, benché caratterizzata anche da aspetti pubblicistici, sarebbe sostanzialmente rimessa a norme di diritto civile, senza possibilità di inquadramento fra gli organismi pubblici. Sarebbe così venuto meno il requisito del controllo – inteso come "*capacità di determinare la politica generale o il programma di una unità istituzionale*" – da parte di altra pubblica amministrazione, poichè la Fondazione avrebbe piena libertà di autodeterminazione operativa e gestionale, per la programmazione e la produzione sia artistica che commerciale. L'assenza di controllo nel senso del Regolamento SEC 95 escluderebbe la possibilità di inserire la fondazione nell'elenco ISTAT. Il CdS ricostruisce la natura delle fondazioni liriche come enti a personalità giuridica «di ordine privatistico», ma da qualificare come organismi di diritto pubblico, in quanto le attività sono a)finalizzate istituzionale al soddisfacimento di specifiche *esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale* e b)finanziate in percentuale maggioritaria "*dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*", o – *in alternativa* – "*la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri, dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali, o da altri organismi di diritto pubblico*", nulla rilevando al riguardo l'autonomia statutariamente prevista. L'autonomia «attiene alla fase attiva dell'esercizio delle funzioni affidate alla Fondazione, ma non esclude il controllo, quale relazione interorganica nell'ambito della quale l'operato degli organi attivi può essere sindacato per valutare la relativa rispondenza alla legge, o alla convenienza amministrativa, o a regole tecniche di varia natura, potendo il controllo essere finalizzato ad assicurare non solo la legittimità, ma anche l'economicità o l'efficacia della gestione operativa». Tuttavia, l*a mera qualificazione della fondazione come organismo di diritto pubblico non è sufficiente per l'inserimento nell'elenco ISTAT.* In tal senso, solo la verifica se ricavi realizzati, in condizioni di mercato, coprano o meno una quota superiore al 50 per cento dei costi di produzione può essere significativo, considerando la quota di finanziamento pubblico e i regimi di costo del personale.

[66] In tal senso, cfr. Sau, *op.cit.*

[67] Sui partenariati, oltre alle opere di Sau, Manfredi, Gardini e Carpentieri citate, cfr., *ex multis*, S. Antoniazzi, *Contratti pubblici e beni culturali: specialità della disciplina e obiettivi di tutela, di conservazione e valorizzazione* , in *GiustAmm.it*, 2019, 7, 14; C. Napolitano. *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *Diritti fondamentali*, 2019, 2, 28; G. Profeta. *La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2019, 1, pp. 270-294; V. Sessa. *Il partenariato e la valorizzazione "condivisa" del patrimonio culturale: dalla conservazione dei beni alla rigenerazione del territorio*, in *GiustAmm.it*, 2019, 2, 17; P. Rossi, Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti, in federalismi.it, 2018, 2, 23; R. Spagnuolo Vigorita. *Il patrimonio culturale nelle disposizioni del codice dei contratti pubblici e nel codice del terzo settore*, in *Munus*, 2018, 1, 405; A. Iacopino, Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali, Napoli,

ISSN 2036-7821

Il delinearsi di due modelli paralleli auspicata dal codice del 2004 (fondazioni nazionali di diritto prevalentemente speciale e fondazioni di comunità regionali e cittadine di diritto comune) sembra il tratto proprio delle fondazioni museali.
La differenziazione delle soluzioni statutarie sollecita ad indagare sulla possibilità di tracciare coordinate per sciogliere alcuni nodi. Come è stato osservato[68], la caratterizzazione peculiare del patrimonio fondazionale non giustifica più la «soggezione a forti ingerenze pubblicistiche», retaggio più del modello liberale codicistico di immobilizzazione patrimoniale degli enti a struttura patrimoniale, ma piuttosto l'esplorazione, da un lato, dell'autonomia fondazionale e, dall'altro, modelli di vigilanza e modello che non si sovrappongano ai modelli di gestione, ma consentano l'esplorazione di tutte le potenzialità dei partenariati speciali.
Insomma, il momento genetico patrimoniale (costituzione del patrimonio per affidamento di collezioni museali pubbliche, o conferimento di beni in originaria appartenenza privata; per la dotazione di risorse, la costituzione iniziale adeguata e l'alimentazione periodica pubblica delle fondazioni nazionali di diritto speciale, o (alternativamente) la costituzione iniziale minima delle fondazioni di comunità di diritto comune e l'alimentazione successiva privatistica) non deve essere ricondotto in via principale all'esigenza di «unità» nazionale di tutela del patrimonio condizionante il momento funzionale (i regimi speciali delle relazioni intersoggettive con il Ministero, i Poli e le istituzioni pubbliche, la *governance*, le classi di *stakeholders*). Piuttosto, il fondamento patrimoniale di questi enti (entrambe le tipologie) va ricondotto al pluralismo civile e solidale di cui agli artt. 2, 4, comma 2 e 118 della Costituzione.
Ma alcune questioni dovranno essere risolte. Innanzitutto, l'equilibrio che preservi l'indirizzo di iniziativa fondazionale e la garanzia della considerazione degli apporti partecipativi successivi. Questo non significa necessariamente un principio di protezione dell'indirizzo dato dai soggetti pubblici rispetto all'estensione dell'indirizzo di governo a soggetti provati. Né può significare la sconfessione del portato del comma 1 dell'art. 116 del Codice dei beni culturali, secondo cui gli organi istituzionalmente preposti alla tutela non partecipano agli organismi di gestione delle fondazioni. Non nella unità della tutela dei beni possono essere ricercati i fondamenti della dicotomia tra fondazioni nazionali collegate all'apparato dell'amministrazione dei beni culturali e fondazioni di comunità regionali e locali.

Editoriale Scientifica, 2017; S. Cavaliere, La valorizzazione/gestione del patrimonio culturale in funzione dello sviluppo economico: l'esperienza degli strumenti collaborativi , in federalismi.it, 2020, 17.

[68] Cfr. P. Forte, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in Palma – Forte, *op.cit.*, 27ss., il quale osserva che «In sostanza, la combinazione delle previsioni degli art. 2 e 5 Cost., in ordine alla tutela dell'"autonomia delle formazioni sociali dal potere pubblico", dell'art. 4, secondo comma, Cost., in ordine ai doveri funzionali del cittadino, e dell'art. 118 Cost., ultimo comma, in ordine alla cd. sussidiarietà orizzontale, sembra colmare quella che ad alcuna dottrina era sembrata una mancanza dell'originario testo costituzionale, e cioè la scarsa attenzione ai meccanismi di partecipazione generalizzata alle funzioni pubbliche, e dunque una sorta di ridotto respiro democratico».

ISSN 2036-7821

Entrambi i modelli devono ritrovare il comune fondamento di essere *autonomie sociali*. La protezione dell'autonomia sociale deve anche ritrovarsi quale chiave di lettura del complesso di norme sui regimi delle attività tra diritto speciale e diritto comune, come si è visto in tema di obblighi di evidenza pubblica, contenimento della spesa, personale, attività imprenditoriali strumentali e accessorie, anticorruzione. La riforma del 2014 lascia ancora irrisolti molti nodi. Tra questi, la praticabilità futura (e secondo modelli omogenei) della trasformazione delle fondazioni in fondazioni *holdings* con società strumentali proprie secondo regole di *governance* di diritto comune, oppure l'espansione di modelli di costituzione di *holdings* tra fondazioni capofila e fondazioni strumentali, che governino i loro rapporti (e con il Ministero o le autonomie regionali e locali) sperimentando forme di partenariati speciali. Ma soprattutto l'applicazione della regola della distinzione degli apparati di tutela rispetto agli organi di governo.

ISSN 2036-7821