

Pierpaolo Forte

Fondazioni, privatizzazione, concorrenza nella lirica: un cammino ancora in corso

(doi: 10.7390/29355)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 1, giugno 2009

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>

Aedon



il Mulino

Rivista di arti e diritto on line

quadrimestrale diretto da Marco Cammelli

numero 1, 2009, Issn 1127-1345

[home](#) [indice](#) [ricerca](#) [risorse web](#)

Le attività culturali: profili irrisolti

Fondazioni, privatizzazione, concorrenza nella lirica: un cammino ancora in corso

[Foundations, privatization and competition for opera theatre: an unfinished run]

di [Pierpaolo Forte](#)

Sommario: [1. Un percorso ritenuto di privatizzazione: la trasformazione degli enti lirico-sinfonici in fondazioni.](#) - [2. La fondazione di partecipazione.](#) - [3. E' corretto parlare di privatizzazione?](#) - [4. Fondazioni liriche, cultura e concorrenza.](#) - [5. La sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 5781/2008.](#)

La decisione della Sesta Sezione del [Consiglio di Stato n. 5781/2008](#) costituisce un'interessante arresto poiché affronta, come subito si vedrà in termini discutibili, una serie di questioni connesse alla complessa situazione riguardante i soggetti lirici italiani, ma più in generale parte della ancor più complessa questione degli equilibri economici in materia culturale, con i conseguenti cascami giuridici.

Prima ancora di commentare la sentenza, essa perciò fornisce lo spunto per alcune considerazioni di carattere generale in ordine a due argomenti: la natura giuridica delle fondazioni lirico-sinfoniche e le modalità per l'affidamento della complessiva gestione di istituti di rilievo culturale.

1. Un percorso ritenuto di privatizzazione: la trasformazione degli enti lirico-sinfonici in fondazioni

Il lungo e faticoso percorso di trasformazione dei vecchi enti (pubblici) lirici è stato costellato di numerose difficoltà; prese le mosse, a metà degli anni '90, da una pluralità di fattori che contraddistinguevano il panorama di quel settore [\[1\]](#).

In primo luogo, va considerato il peculiare assetto che, tradizionalmente, la produzione e messa in scena di quei particolari spettacoli che rappresentano la lirica ed eseguono la sinfonia presenta, suddiviso in due grandi aree, una maggiore, che si giova della grande e lunga tradizione di alcuni centri teatrali, localizzati nelle maggiori città (e nei relativi teatri che, anche nell'immaginario collettivo, ne sono quasi la proiezione visibile), ed una minore, fatta essenzialmente di orchestre, interpreti, esecutori, assistiti da un sistema di produzione e circuitazione estremamente articolato, che utilizza palcoscenici meno noti e diffusi, luoghi vari di spettacolo o semplicemente piazze. La riforma della quale trattiamo riguardò esclusivamente la prima area, all'epoca disciplinata dalla legge 14 agosto 1967, n. 800, e riguardò dunque, almeno inizialmente, solo gli *Enti autonomi lirici* e le *Istituzioni concertistiche* contemplati da quella legge.

L'intento di quella stagione - che, a voler riassumere, trasformò nell'ultimo scorcio del XX secolo gli enti pubblici in "fondazioni di diritto privato", arricchite, a dir così, da disposizioni speciali - consisteva essenzialmente in due obiettivi: consegnare i soggetti chiamati al difficile e costoso lavoro di produzione e messa in scena di spettacoli lirici e sinfonici, in maniera da consentire l'ingresso di privati negli organi decisionali, con conseguente rafforzamento patrimoniale e finanziario, dovuto all'apporto di capitali privati, ed un ampliamento del pluralismo nei relativi centri decisionali; favorire, poi, una più efficiente gestione delle

risorse finanziarie disponibili, diminuendo il peso del contributo pubblico, e dunque l'onere della fiscalità generale per l'allestimento di spettacoli dal grande fascino, ma anche dal grande costo e, occorre dirlo, dal seguito di pubblico non proprio oceanico, specie se paragonato all'entità dell'intervento pubblico per il sostegno di questa attività [2].

Oltre queste due direttrici si possono scorgere, a ben guardare, alcuni altri, meno espliciti intenti [3].

Se infatti i famigerati *Enti autonomi lirici* e le *Istituzioni concertistiche* menzionate esplicitamente dalla legge 800/1967 costituivano soggetti di rilevante interesse nazionale [4], non v'era, e non v'è dubbio che in certa misura essi erano, e sono, centri culturali di particolare prestigio, persino identitario, per le città ove sono ubicati, tanto che a sostenere le loro onerose attività hanno sempre contribuito, in una sorta di *leale collaborazione ante litteram*, i rispettivi comuni, e le province e le regioni di riferimento [5]. La trasformazione degli enti in fondazioni si può dunque anche leggere come un passo per sollecitare una maggiore responsabilità del "territorio" locale nel sostegno di quei centri [6], una specie di approccio sussidiario anche qui ad anticipare, sia pure di poco, i tempi in cui esso andò poi diffondendosi sino alla riforma costituzionale del 2001 [7].

Infine, la scelta del modello della fondazione potrebbe anche essere letto come un mezzo strutturale per favorire la collaborazione duratura tra diversi soggetti pubblici territoriali, un movente, insomma, meramente organizzativo tutto in area pubblicistica, una sorta di variante organizzativa pubblica che fornisce uno strumento pluripersonale stabile, strutturato, dotato di propria personalità, e di propria capacità amministrativa, resistente ai mutamenti di indirizzo politico-amministrativo degli enti che vi danno vita [8], e capace di proporsi come un modello amministrativo di una certa utilità laddove la pluralità dei soggetti pubblici impegnati renderebbe, altrimenti, piuttosto instabile ogni altra soluzione organizzativa [9].

2. La fondazione di partecipazione

Questi intenti politici furono tradotti in un'operazione di notevole innovazione, persino azzardata, sul piano tecnico-giuridico [10].

L'azzardo non sta tanto nell'utilizzazione del modello privatistico della fondazione, laddove importante dottrina, seguendo un'impostazione già emersa nelle riflessioni di primo novecento circa la possibilità di scorgere una natura essenzialmente associativa degli enti pubblici territoriali [11], segnala le fondazioni quasi come il corrispettivo privatistico originario del modello dell'ente pubblico non territoriale [12]; e laddove, di lì a breve, fu varata una sorta di disciplina generale della privatizzazione di enti pubblici ([decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 419](#)) che indicava, tra gli altri, la fondazione come struttura "normale" della trasformazione degli enti [13]. Più in generale, la loro natura di strutture in grado di avere un indirizzo stabile e una forma di amministrazione, rende la fondazione un modello di notevole interesse ogni qualvolta sia perseguita la finalità di conservare la cura stabile di un interesse pubblico non a mezzo delle formule organizzative integralmente pubbliche, ma miste, cioè coinvolgendo risorse e capacità private nelle strutture decisionali, senza per questo dover ricorrere a formule di natura lucrativa, né ad altre il cui indirizzo possa essere discusso continuamente, anche in ragione del peso della partecipazione di ciascun aderente [14].

L'azzardo e la innovazione si configurarono, perciò, soprattutto nella circostanza che quell'operazione introdusse nell'ordinamento italiano, con norma avente forza di legge, un primo esempio di modello associativo, o partecipativo che dir si voglia, per la fondazione, distaccandosi dall'antica tradizione dell'istituto, tutta storicamente imperniata sull'accumulazione e sull'immobilizzo patrimoniale.

E' noto che, sotto questo punto di vista, le fondazioni di tipo "tradizionale", disciplinate espressamente dal Codice civile, possono essere, in sostanza, descritte come un patrimonio, distaccato dal suo titolare, cui è conferita la personalità giuridica, con la quale diventa un soggetto giuridico titolare di diritti e di obblighi, in grado di agire in termini giuridicamente efficaci mediante propri centri decisionali, di tipo amministrativo; al momento della costituzione, vengono definiti gli scopi cui questo patrimonio è destinato, che devono essere ultraindividuali, e stabilite le regole per la sua organizzazione e per l'assunzione delle sue decisioni; quindi viene individuata una struttura organica, incentrata di regola intorno ad un Consiglio di amministrazione, cosicché, in breve, il soggetto che nasce è in grado di staccarsi e di sopravvivere al suo fondatore, al punto che si può dire che la fondazione tende ad essere una vera e propria istituzione privata, che rende stabile la cura e la tutela di un patrimonio e la sua destinazione al raggiungimento degli obiettivi sociali definiti nelle tavole fondative [15].

La fondazione che abbiamo definito tradizionale opera con il rendimento del proprio patrimonio; sicché questo modello, dal punto di vista economico, funziona con maggiori difficoltà in epoche di rendimenti da capitale bassi; e, in ogni caso, è strutturato sull'accumulazione, sicché per avere risorse sufficienti a promuovere attività di una certa rilevanza, occorre una consistente immobilizzazione patrimoniale, per di più redditizia in termini finanziari.

Orbene, è noto, vi sono casi in cui la produzione di alcuni beni o servizi costa più di quanto la loro rendita o la loro vendita possa assicurare; una collezione artistica, o la gestione di un immobile dal particolare pregio, tale

che non può esservi un uso troppo commerciale, per quanto rilevante e, pure in termini economici, di grande valore [16], per essere "fruiti" hanno bisogno di una serie cospicua di attività, spesso assai costose, e la realtà ci dimostra che la loro "vendibilità", cioè il reddito che ne si può ricavare, non riuscirà a coprire integralmente tutti tali costi.

La stabile produzione e messa in scena di spettacoli lirici o esecuzioni sinfoniche, svolte in teatri di straordinario - se non unico - valore artistico, architettonico e storico, appartiene a quest'area; i loro costi si rivelano superiori, di fatto, ai ricavi complessivamente possibili o, detto in altri termini, la gestione dei patrimoni costituiti dai valori apportati dagli immobili teatrali, dai nomi dei teatri consolidatisi per tradizione, dalla vendita dei biglietti o di altri beni o servizi connessi, non si palesano sufficienti a coprire i costi della tenuta dei beni medesimi e del sostegno delle stagioni liriche sinfoniche [17].

Di qui, per un verso, la prima, "naturale" risposta organizzativa della gestione pubblica di tali beni ed attività, secondo il modello classico dell'ente pubblico (tale infatti fu la scelta della legge 800/1967 [18]); ed al contempo l'emersione, laddove si è voluto perseguire le declinate finalità politiche della "privatizzazione", di un modello che, prendendo atto, per un verso, dell'impossibilità di ricorrere a schemi lucrativi, e per altro dell'incapacità del "patrimonio" disponibile di fornire rendimenti o ricavi sufficienti per l'attività richiesta, e dunque dell'impossibilità di usare lo schema tradizionale della fondazione, cerca di coniugare i vantaggi dell'accumulazione e della prevalenza patrimoniale, della stabilità e dell'amministrazione, tipici della fondazione, con quelli della continua fornitura di risorse economiche e personali, tipici della associazione [19].

Questo modello misto, dunque, si basa sempre su di un patrimonio, costituito da un solo fondatore o da una pluralità di fondatori; tuttavia, nel corso della vita della fondazione possono aggregarsi anche altri soggetti, disposti ad aggiungere nuove risorse destinate, per la minor parte, a incrementare il patrimonio, e per la maggior parte, alla gestione. Queste ultime, quindi, si aggiungono al rendimento del patrimonio, sicché, coloro che entrano successivamente nella fondazione, la consolidano patrimonialmente, versando liquidi o conferendo beni o attività, ma soprattutto l'aiutano ad incrementare la sua capacità gestionale, con un impegno che in genere deve avere una durata pluriennale.

Se questo nuovo apporto è particolarmente consistente - in genere viene stabilita una misura minima [20] - consente, a chi lo fornisce, di entrare nel Consiglio di amministrazione della fondazione per un certo periodo di tempo, che generalmente corrisponde a quello di versamento del contributo gestionale. In sostanza, si potrebbe dire che la fondazione su modello partecipativo ha tratti tipici di un ente pubblico, con la notevole differenza che nei suoi momenti decisionali intervengono anche i soggetti privati, e con l'ulteriore differenza che i suoi bisogni economici vengono soddisfatti anche da capitali e da patrimoni privati [21].

Dal punto di vista tecnico-giuridico è utile notare che la disciplina vigente lascia intendere che lo Statuto della fondazione possa essere articolato in modo tale che i partecipanti successivi non diventino dei nuovi fondatori, e quindi non possano maneggiare le finalità della fondazione, che devono rimanere stabili. Il nucleo dell'oggetto dell'attività della fondazione deve rimanere quello iniziale statutario o conformemente a legge [22], non può essere discusso da chi successivamente entra e, avendo posto *pro tempore* nel Consiglio di amministrazione, può essere tentato a modificare le cosiddette "tavole di fondazione", cioè gli scopi essenziali. Costui può influire solo sull'utilizzo gestionale delle risorse, e non sullo scopo fondamentale, sull'essenza stessa della fondazione.

Inoltre, posta l'opportunità tecnica di tenere distinto il patrimonio dal fondo di gestione, e fare in modo che gli apporti dei successivi intervenienti siano in gran parte devoluti a questo, e solo in parte minore a rafforzare il patrimonio della fondazione, l'incrocio tra le disposizioni di legge e statutarie rende evidente che il Consiglio di amministrazione abbia una limitata capacità di disporre del patrimonio, evitando il rischio di alimentare la tentazione di liberarsi di una parte di esso per esigenze di liquidità [23].

Su questo modello, definito con i più vari nomi (fondazione partecipativa, di partecipazione, associativa, ecc.) c'è notevole discussione, a partire dalla sua stessa ammissibilità giuridica. Tuttavia, nei fatti, sono già nate molte fondazioni di partecipazione, e il diritto, così come l'interpretazione giuridica, sono necessariamente condizionati dalla effettività della sua realtà.

In effetti, la fondazione di partecipazione è stata largamente utilizzata dall'ordinamento, specie in esperienze di gestione culturale di livello statale [24]. Le fondazioni liriche sono l'esempio più evidente, ma anche la Triennale di Milano [25], la Quadriennale di Roma, l'Istituto nazionale per il dramma antico, il Museo Egizio di Torino, il Museo Leonardo da Vinci di Milano, la Scuola nazionale di Cinema, sono oggi sostanzialmente modellate in tal modo [26]; e occorre dire che molti soggetti privati stanno lavorando in questa maniera, e hanno ottenuto un riconoscimento della personalità giuridica ancorché, spesso, a livello regionale [27].

3. E' corretto parlare di privatizzazione?

A distanza di qualche anno dall'avvio di questo percorso (che, occorre ricordarlo, non può che essere un processo, ad implementazione progressiva), possiamo cominciare a trarre qualche indicazione sui caratteri che

esso ha assunto in concreto.

Una prima osservazione riguarda il fatto che, con ampiezza molto diversificata - dovuta ad una serie di fattori, non ultimo le diversità statutarie delle diverse fondazioni sul punto - all'attività delle fondazioni lirico sinfoniche italiane hanno contribuito, a vario titolo, un notevole numero di aziende private, come di persone fisiche, che si sono perciò aggiunte agli enti pubblici territoriali nel sostegno di questa funzione. A ciò va aggiunta anche la considerazione in ordine agli enti pubblici ed alle organizzazioni collettive, poiché si deve registrare l'ingresso nelle fondazioni di svariati soggetti pubblici (oltre ai comuni, tradizionali componenti già degli enti pubblici lirici, le regioni, diverse province, alcune Camere di commercio [28], altri enti [29]), e numerosi sono i casi di apporti dovuti ad associazioni di categoria, soprattutto delle aree del commercio e dell'industria, e private in genere.

Insomma, una trasformazione del meccanismo di sostegno finanziario delle attività stabili lirico sinfoniche di notevole segno, che ha inciso, come è comprensibile, anche sui meccanismi di alimentazione delle fondazioni dovuti al bilancio statale [30].

Non va sottaciuto, poi, un elemento rilevante, una sorta di trasformazione della presenza stessa dei teatri lirici sul proprio territorio; in questi anni di esperienza delle fondazioni, infatti, si sono registrati un ampliamento delle tipologie di spettacolo offerte (pur se con maggiore concentrazione sul *core* produttivo), la produzione di spettacoli per conto di imprese, l'organizzazione di congressi di rilevanza nazionale, di iniziative fieristiche, di grandi eventi pubblici [31].

Ciò, tuttavia, ha il sapore di uno scenario, mentre non ha grande significato sul piano giuridico, ovvero non risponde alla domanda se si sia realizzata un'effettiva privatizzazione, in senso, si ripete, giuridico degli enti lirici.

E' noto che uno dei modi per analizzare le "privatizzazioni" è quello di considerare il loro aspetto "formale", ovvero riguardante la disciplina applicabile al soggetto, distintamente da quella "sostanziale", che bada prevalentemente al suo meccanismo decisionale e di controllo [32].

Ebbene, se si osserva il piano formale, non può omettersi di rilevare che le fondazioni lirico sinfoniche sono ancora profondamente legate ad una disciplina di settore largamente orientata alle tradizionali inclinazioni dell'area pubblica. Non solo, e forse non tanto, per la stessa loro origine, ossia per il fatto che molte disposizioni statutarie sono - a dir così - obbligate, ovvero disposte direttamente o indotte dalla legge, la quale ha peraltro più volte rivisto le relative disposizioni [33]; non solo, ed ancora non tanto, per la presenza di interventi "speciali" in favore di singole fondazioni [34]; quanto, e soprattutto, per il fatto che la disciplina di legge risulta essere fortemente pervasiva dell'autonomia organizzativa e, per certi versi, gestionale delle fondazioni, i cui atti statutari e le cui decisioni operative risultano in molta misura dipendenti da disposizioni di legge primaria, oltre che da atti normativi secondari, atti di indirizzo o amministrativi statali.

La osservazione trova conferma, ed in parte, come subito si dirà, spiegazione, se si analizza il profilo sostanziale, nel quale si ritrova un panorama che illustra una situazione di predominanza assoluta dei soggetti pubblici.

La maggioranza di tutti i consigli di amministrazione delle fondazioni è appannaggio di questi, non solo perché così, di fatto, dispone la legge [35], ma soprattutto perché i soggetti non pubblici che hanno titolo alla designazione di consiglieri di amministrazione sono assai pochi e con presenza circoscritta, sia pure in quasi tutte le fondazioni (La Scala, Verdi, Carlo Felice, Comunale di Bologna, Maggio, Opera di Roma, Massimo, Petruzzelli); sicché, le maggioranze per l'adozione della gran parte delle decisioni sono assicurate dal consenso dei membri designati dal consorzio pubblico dei fondatori.

In più l'assetto finanziario, anche qui con notevoli differenze tra tutte le fondazioni, espone - come s'è visto - una situazione per la quale, in grande linea di massima, si può dire che esse lavorano con risorse che, grosso modo, derivano per poco meno della metà dal trasferimento statale, per circa un quarto dalle entrate proprie, per circa un quinto dai trasferimenti degli enti regionali e locali, e per il restante (un decimo scarso) dall'apporto di privati.

Da questo scenario, sarebbe evidente arguire che, in fatto, stiamo parlando di soggetti giuridici in controllo pubblico sostanziale, sia pure ripartito fra più centri e livelli di governo.

Ci sono però alcune considerazioni da svolgere in ordine sia alla disciplina applicabile alle fondazioni lirico sinfoniche, e dunque all'aspetto formale, sia al modo col quale è costituito il loro sistema di governo, e dunque all'aspetto sostanziale.

Quanto alla prima, occorre prendere atto che, pur con i limiti evidenziati, le fondazioni godono di una notevole capacità di maneggio del proprio assetto statutario, come di quello propriamente organizzativo, come, soprattutto, delle scelte in ordine alle strategie culturali e finanziarie.

Se, infatti l'oggetto dell'attività delle fondazioni è, sostanzialmente, stabilito in base a legge, che prevede anche ulteriori vincoli, resta il fatto che per il resto lo statuto possa essere modificato dal Consiglio di amministrazione, in termini non troppo diversi da quanto è possibile fare in ogni fondazione propriamente privata.

Le fondazioni liriche, poi, organizzano la propria struttura e, soprattutto, la propria attività in piena suite: è loro proprio - ed esclusivo - il compito della nomina del sovrintendente, e la tenuta dei rapporti con esso, e ciò significa - data la tradizionale posizione rivestita da questi nelle fondazioni e, prima, negli enti lirici - avere piena capacità decisionale in ordine non solo agli indirizzi artistici e culturali, ma anche al "modello" organizzativo nell'utilizzo del personale e delle risorse mobili ed immobili; e, a proposito del personale, se le fondazioni hanno subito molti freni "esterni" alla crescita dei dipendenti [36], essi sono assunti e trattati in termini privatistici.

Anche dal punto di vista dell'autonomia finanziaria, se vanno menzionati i chiari indirizzi che leggi e atti ministeriali di varia natura dispongono per le fondazioni, occorre anche tener presente la loro natura e la loro efficacia tecnica; si tratta, infatti, per lo più di misure di distribuzione tra tutte le fondazioni della quota del Fondo statale (F.U.S.) ad esse destinato, e costruite in guisa da avere una struttura di incentivo; e la loro particolare pregnanza per le scelte delle fondazioni non è dunque dovuta alla struttura giuridica di questo tipo di relazioni, pienamente coerente con un fenomeno "privatizzato", ma dalla sussistente dipendenza delle fondazioni dal sostegno statale, e cioè da un elemento che, per brevità, potremmo dire "di fatto".

Quanto poi al sistema di governo, l'[art. 10 del decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367](#) stabilisce che "lo statuto deve garantire l'autonomia degli organi della fondazione, *i componenti dei quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né ad essi rispondono*".

Vero è che l'assunto parrebbe smentito dalla lettera del successivo art. 12, che al comma 2 statuisce che "in ogni caso, nel consiglio di amministrazione devono essere *rappresentati* l'autorità di Governo competente per lo spettacolo e la regione nel territorio della quale ha sede la fondazione", e quindi che "a ciascuno di tali soggetti è attribuito almeno un *rappresentante* nel consiglio di amministrazione, indipendentemente dalla misura del loro apporto al patrimonio"; conclude il comma che "per le fondazioni il cui consiglio di amministrazione è composto da nove membri, lo statuto deve prevedere che all'autorità di Governo in materia di spettacolo siano attribuiti almeno due *rappresentanti*". Di *rappresentanti* delle parti private, infine, parla anche l'art. 10, comma 3.

Ma in realtà le espressioni usate sembrano lapsus calami, forme abituali di denominazione che però non corrispondono al contenuto del rapporto che i membri designati hanno poi con i designanti: devono infatti essere dotati di "requisiti di onorabilità e professionalità ... anche con riferimento al settore specifico di attività della fondazione" (art. 12, comma 2), dunque personalità non meramente esecutive di indirizzi e direttive provenienti dai designanti, non è prevista, nemmeno negli statuti, alcuna forma di revocabilità discrezionale delle nomine, ed il meccanismo della durata in carica e della rinominabilità limitata sembra perseguire un rinnovo frequente degli organi.

Ebbene, questi illustrati sono tutti argomenti che sembrano rafforzare l'assunto che agli enti pubblici come agli altri soggetti cui è conferito il potere di designazione spetta solo la responsabilità della scelta, poiché poi il concreto comportamento del membro del Consiglio è rimesso alla sua esclusiva e personale valutazione, senza "vincolo di mandato", né alcun dovere di rappresentanza.

Ciò appare pienamente coerente con uno dei caratteri che, mi pare, sta dietro ad ogni fondazione, ovvero l'essere un'organizzazione chiamata a realizzare scopi statutari, e non direttive o indirizzi che nello statuto non siano rinvenibili [37]; non dunque un soggetto "strumentale" (secondo una terminologia classica) né in controllo, tanto meno "analogo", di alcuno (per usare il lessico oggi più in voga, sulla scorta delle pressioni europee), ma una forma di amministrazione, una situazione di gestione concreta di interessi in fatto altrui, poiché, a differenza degli altri modelli di persone giuridiche private, dove pure può esservi alterità dell'interesse per l'amministratore, ma questi può essere anche socio, e dunque interessato in proprio, qui, nelle fondazioni, quella alterità per il decisore è ontologica, non può che essere così [38].

E, come in altra sede si è cercato di dimostrare [39], il fatto che l'interesse curato sia alieno rispetto al curatore rende lo schema dell'amministrazione del tutto singolare, per la necessaria presenza di almeno due soggetti portatori di almeno due interessi ontologicamente distinti, ma soprattutto per il particolare legame che vige tra amministratore ed interesse amministrato; in termini assolutamente generali, si potrebbe dire che, nell'ordinamento giuridico, mentre la cura di interessi propri rimane, per lo più, libera, la relativa disciplina occupandosi solo di aspetti parziali della formazione degli atti in cui si concretizza, e concentrandosi, principalmente, sulla loro manifestazione, in virtù dell'affidabilità per i terzi che ne deve derivare, la gestione di interessi predefiniti altrui è, al contrario, normalmente caratterizzata da confini giuridici volti a mantenerne la rettitudine tra amministrazione ed interesse dell'amministrato.

Quanto poi alle notevoli potestà di vigilanza e controllo rimesse al ministero per i Beni e le Attività culturali,

non sembrano particolarmente diverse da quelle che, in generale, sono possibili nei confronti di ogni fondazione (in particolare ai sensi dell'art. 25 c.c., e dell'art. 2 del d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361), se non per il fatto che la legge disciplina in termini specifici sia la competenza, sia alcuni contenuti della vigilanza [40].

Insomma, l'insieme degli argomenti menzionati lascia intravedere una situazione non chiaramente orientata, in cui cioè tecniche di relazione tipicamente pubblicistiche si affiancano a notevoli dimensioni di autonomia propria delle fondazioni, che, si potrebbe dire, non paiono né strumenti di governo, né pienamente autonomie private.

C'è da chiedersi, allora, se ciò rappresenti un'anomalia, o addirittura una distorsione.

Non lo è, se si considera il presupposto economico finanziario con cui la gran parte delle fondazioni si trova ad avere a che fare; come si è più volte ripetuto, quasi tutte non riescono ancora non tanto ad essere autosufficienti con risorse proprie - cosa, come subito si vedrà, ritenuta illusoria da molti - ma persino a ridurre la loro dipendenza dal finanziamento - non pubblico, ma - statale a livelli tali da rendere non determinanti gli indirizzi di governo, pur registrandosi, come s'è visto, un notevole mutamento dell'assetto complessivo del loro quadro finanziario. E dunque la immanenza delle "parti" pubbliche - con tutto il loro portato di incidenza normativa, di indirizzo e controllo - è piuttosto comprensibile di fronte ad una tale situazione.

Ma forse il fenomeno non è anomalo, né distorto, nemmeno sotto il profilo giuridico, pur con qualche avvertenza.

Vi sono, infatti, solidi argomenti di tipo costituzionale che fondano la possibilità della funzione pubblica condotta, o quantomeno partecipata, da privati [41]; numerosi sono gli studi e le osservazioni circa il fatto che, non da ora, l'ordinamento giuridico italiano è pervaso da un approccio di tal fatta, ovvero che sono numerose le riprove di quanto, nei fatti, funzioni e servizi pubblici possano rimanere tali anche quando vengano a vario titolo maneggiati col concorso di organizzazioni non pubbliche [42].

Se si accetta questa inclinazione, il principale problema giuridico è quello dei suoi strumenti; posto infatti che il soggetto pubblico non può scomparire del tutto dalla funzione o dai servizi pubblici, diviene di grande importanza l'elemento organizzativo, ovvero il modello col quale si assicura la convivenza delle istituzioni politiche con le strutture private, o comunque non pubbliche, che si cimentino con gli interessi collettivi dichiarati pubblici, e con le regole che li presidiano.

Appare ormai abbastanza evidente che quando avviene l'incontro tra area pubblica e privata, se è particolarmente intenso, gli strumenti giuridici di questi due "mondi" (a riassumere e semplificare, il diritto privato e il diritto pubblico) non sono sufficienti, da soli, a supportarlo: se si usano i meccanismi contrattuali, essi devono essere arricchiti da clausole "sociali" [43]; gli assetti delle società commerciali vengono alterati; le piste contabili si sdoppiano; rimane incerta l'integrale applicazione della disciplina pubblica; i normali poteri di direzione e gerarchia dell'organizzazione pubblica si attenuano o si modificano; le relazioni industriali sono ibride; e così via [44].

Insomma, si fa sempre più largo la sensazione che i confini sono sempre più labili, tanto che "si ritiene di poter serenamente affermare che si sia già consumato il connubio tra diritto amministrativo e diritto civile ... un edificio in completa ristrutturazione, con mano d'opera anche comunitaria, che potrà conseguire il risultato di un diritto civile-amministrativizzato, o forse un diritto amministrativo-civilizzato" [45].

Se ciò fosse vero, allora la fondazione, in generale, e quelle lirico sinfoniche, in particolare, ne rappresenterebbero una sorta di incarnazione giuridica, soggetti nei quali si frammischiano risorse, moventi, persone fisiche e giuridiche pubbliche e private, e che perciò sono sottoposti ad una disciplina necessariamente mista [46].

Di "privatizzazione", insomma, si può parlare per questo settore se con ciò si vuole intendere l'apertura a privati dei luoghi decisionali prima esclusivamente riservati a soggetti pubblici; se ciò porta con sé una serie di conseguenze finanziarie, organizzative e di politica culturale, non significa però né autonomia propriamente privata in termini giuridici, né autosufficienza economica, né infine il ritiro del perimetro pubblico.

4. Fondazioni liriche, cultura e concorrenza

Prima di analizzare un tema così vasto, occorrono alcune avvertenze, chiedendone scusa. Anzitutto va considerata la polisemia dei termini "mercato", "concorrenza", "efficienza" [47], un dato delle scienze che più se ne occupano, e che si riverbera, perciò, su ogni analisi che vi abbia a che fare, e dunque anche sull'approccio giuridico. In conseguenza, allorché si affronta la tematica della concorrenza sotto un profilo giuridico, non si può fare a meno di prendere atto che le opinioni e le interpretazioni proposte dipendono, piuttosto decisamente, dalla concezione, tra le plurime possibili, della concorrenza presa a presupposto.

Alla luce di queste precauzioni, ci si può chiedere sotto quale profilo l'esistenza, l'attività e la struttura delle

fondazioni liriche possano avere a che vedere con la "concorrenza"; e credo ci si possa rispondere che questo diventa un tema rilevante allorché, in ipotesi, vi possano essere altri soggetti, oltre ad esse, in grado di svolgere la medesima attività, con altrettale capacità sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo. Solo in tal caso, in effetti, quello della "concorrenza" diviene un problema politicamente - e, quindi, giuridicamente - interessante, poiché si assume che la sua più piena garanzia produca alla fine una certa forma di sviluppo, ovvero l'incremento (qualitativo, oltre che quantitativo) dei prodotti (nel caso, la produzione e l'ospitalità di spettacoli) a costi e a prezzi decrescenti [48].

Per un lungo arco di tempo, le attività connesse al vago perimetro di ciò che definiamo "culturale" sono rimaste escluse dalla disciplina di origine europea riguardante l'impresa e la tutela della concorrenza, in gran parte per la cd. "specificità culturale", ossia il rispetto delle diversità nazionali e regionali, ancora oggi rimarcata dal vigente art. 167 del Trattato U.E., a norma del quale, lo si rammenta, "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" [49].

Molti altri argomenti, tuttavia, sono stati proposti per spiegare le ragioni dell'intervento e, talora, del monopolio pubblici su buona parte delle organizzazioni culturali, in grande massima fondati su due distinte, essenziali ragioni: l'essere quelli culturali beni e servizi appartenenti all'area dei "beni meritori", ovvero intrinsecamente meritevoli di sussidio per la loro utilità collettiva ed il benessere sociale [50]; e la inefficienza di alcune aree del mercato culturale, a causa delle esternalità che vi si verificano [51].

Entro quest'approccio, sono stati evidenziati ora la funzione redistributiva dell'intervento pubblico, che consente a molti di consumare cultura indipendentemente dalla condizione di reddito [52]; ora il 'morbo di Baumol', ovvero la difficoltà delle istituzioni che producono beni e servizi culturali "ad incorporare il progresso tecnologico nella funzione di produzione" [53], e dunque per sopravvivere necessitano di sostegno non di mercato [54]; ora la osservazione che non sempre la qualità culturale coincide col successo commerciale, che è maggiore quanto più si adatta ai "gusti di massa" [55]; ora la potenziale (e non sempre rilevata) capacità dell'organizzazione pubblica di sostenere "le energie intellettuali che stentano a farsi largo nella dimensione economica della vita culturale" [56].

In ciò possono trovarsi le ragioni per trattenere la produzione e la messa in scena della lirica "alta" sotto il sostegno pubblico, poiché vi si ritrovano tutti gli argomenti generali ora menzionati: i costi superiori ai ricavi possibili, l'unicità dei teatri e, spesso, delle realizzazioni, l'esigenza della "stabilità" delle masse artistiche e tecniche [57], la maggiore diffusione di questi spettacoli con prezzi accessibili non solo a pochi; vi si potrebbe aggiungere la considerazione che, rientrando quest'attività sotto il canone dell'art. 9 Cost. [58], la tutela dei valori culturali nello spettacolo "è tutt'uno con la sua rappresentazione" [59].

C'è anche un elemento di fatto da considerare, che potrebbe emergere domandandosi se esista in questo paese una pluralità di organizzazioni in grado di reggere i "numeri" delle fondazioni lirico sinfoniche. A trattarsi entro i dati finanziari, esiste qualche struttura in grado di sostenere non dico gli oltre 100 milioni di euro annui dei costi di produzione della Scala, ma anche solo i quasi 30 milioni del Verdi di Trieste? [60]

Nelle organizzazioni che si occupano di cultura si possono rinvenire, per usare una terminologia aziendalista, "servizi centrali e periferici": "un museo non esisterebbe senza una collezione. Ogni altro aspetto in un museo è marginale: è la collezione che in ultima analisi definisce il suo carattere e determina il suo contesto. Se la collezione viene meno, gli aspetti marginali del museo perderebbero di significato" [61]; ma accanto a ciò, nel museo si può produrre un insieme di servizi "che non risponde a nessuna delle due condizioni del servizio di base, cioè quella della unicità e quella di essere la ragione principale per la quale il cliente si rivolge all'impresa di servizi." [62], e che possono essere utili a vario modo: per l'allargamento del pubblico, per la dimestichezza della fruizione, per le strategie di riduzione dei costi, per il *marketing* [63], per la possibile remunerazione di specifiche attività commerciali, per le mostre, ecc.

Ed è su questa base che, tra molto dibattito, ha cominciato già da tempo a farsi largo, in Italia, la possibilità che vi possano essere anche attività "aggiuntive" al *core* culturale (sostenuto con alimentazione pubblica) di queste "produzioni", servizi vari che, pur avendo natura potenzialmente commerciale, non incidono - ed anzi potrebbero migliorarla - sulla sua qualità; mentre le une rimarrebbero sottoposte - per la meritorietà dei beni o per le esternalità menzionate - a privativa pubblicistica o a sostegno pubblico, le seconde vi si potrebbero innestare in termini "di mercato" [64].

Queste considerazioni possono essere fatte valere anche con riferimento all'ambito della produzione della lirica, e dello spettacolo più in generale: se infatti si svincolano dal *core* produttivo alcune attività aggiuntive, queste possono avere dimensione e rilievo economici; ciò ha poi un particolare ruolo per questo ambito, per la possibile espansione che la sua domanda e la sua offerta possono conoscere per effetto dell'uso delle tecnologie, che consentono, a dir così, un allargamento del palcoscenico e l'ampliamento del pubblico potenziale [65].

Non v'è perciò molto dubbio che, laddove le istituzioni culturali pubbliche si avviino ad organizzare questi servizi "aggiuntivi", e se, com'è comprensibile, non siano in grado di produrli e venderli da sé, possano esternalizzarli, e che in tal caso l'individuazione del soggetto commerciale incaricato debba avvenire sulla base dei meccanismi concorsuali tipici di un fenomeno del genere, poiché quelle attività possono avere rilievo economico, industriale o commerciale [66].

E tuttavia è arduo applicare *tout court* ai settori culturali, fuori di tale ristretto ambito, le complicate argomentazioni, sviluppate nei settori di rilevanza economica e concorrenziale, circa gli organismi di diritto pubblico, i controlli analoghi, le strutture *in house*, e così via [67].

Se infatti, come si ribadisce, si considera la gestione integrale di un istituto culturale (comprendente quindi per intero tutti i costi, dall'immobile alle collezioni, dai restauri al personale, dalle manutenzioni ai servizi, dagli allestimenti alle mostre, ecc.), si rileva spessissimo che l'insieme di costi è strutturalmente superiore ai ricavi che, in ogni modo, dalla gestione possono trarsi, e dunque, si tratta di organizzazioni strutturalmente in perdita. E questa è certamente, in ogni caso, la situazione della lirica "alta" in Italia.

Può essere auspicabile che si ricorra a forme di selezione pubblica allorché si intenda affidare all'"esterno" la gestione integrale di una siffatta istituzione culturale (assistita dal sostegno pubblico) o, come è più ragionevole che accada, ricercare partners esterni per essa [68]; ma tali forme non potranno avere i contenuti e non possono sottostare alla disciplina proprie dei medesimi fenomeni di rilievo commerciale, poiché manca l'elemento fondamentale, non solo epistemologico, ma economico finanziario che ne è alla base: la potenziale produzione di utili d'impresa propri, cioè prescindendo da un sostegno esterno.

Ciò spiega la disciplina tutta propria di questi assetti in ambito culturale, ad esempio contenuta nel Codice dei beni culturali e nell'[art. 113-bis del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267](#); e forse spiega anche le difficoltà che il dibattito in ordine alle possibilità di "concorrenza" in questi ambiti ha nel produrre chiari orientamenti normativi, probabilmente dovuta al fatto che, in questi casi, non tanto di concorrenza economica si tratta, quanto di pluralismo culturale, ed una disciplina che regolasse una competizione fra operatori dovrebbe, perciò, usare ben altri meccanismi concorsuali.

5. La sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 5781/2008

E' in questo complesso quadro che, allora, può essere commentata la sentenza della Sesta Sezione del [Consiglio di Stato n. 5781/2008](#), da cui abbiamo preso le mosse, che si riferisce alla Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e teatri di Bari, regolata da apposita legge (n. 310 del 2003), ed ultima arrivata nel novero, con una serie di peculiarità, dovute anche alla dolorosa ed intricata vicenda susseguente all'incendio del Teatro barese [69].

Per ben comprendere quanto si esporrà, occorre circoscrivere il reale *thema decidendum* dell'arresto, che, essenzialmente, avrebbe dovuto consistere nell'affidamento dell'uso di un immobile teatrale di proprietà pubblica, conteso fra la Fondazione - cui il comune proprietario l'aveva attribuito direttamente - ed altra azienda teatrale privata, in precedenza affidataria del medesimo Teatro Piccinni.

Se si fosse trattenuta entro questi margini, la sentenza avrebbe dovuto limitarsi ad acclarare se le disposizioni speciali valevoli in argomento per le fondazioni liriche abbiano resistito al sopravvenire della complessa disciplina che, anche sulla scorta della pressione europea, sottopone, in generale, al principio di concorrenza anche l'affidamento dell'uso di beni pubblici, che dunque va effettuato, di massima, previa gara pubblica quando possa addurre vantaggi economici di tipo lucrativo.

In particolare, vengono in rilievo l'art. 23 della legge 800/1967, tuttora vigente: "i comuni nei quali ha sede l'ente lirico o l'istituzione concertistica, sono tenuti a mettere a disposizione dell'ente o istituzione medesimi, i teatri ed i locali occorrenti per lo svolgimento dell'attività"; l'[art. 1, comma 2, del decreto legge 24 novembre 2000, n. 345, convertito dalla legge 26 gennaio 2001, n. 6](#): "la fondazione subentra nei diritti, negli obblighi e nei rapporti attivi e passivi dell'ente, in essere alla data della trasformazione"; l'art. 3 del d.lg. 367/1996: "per il perseguimento dei propri fini, le fondazioni provvedono direttamente alla gestione dei teatri loro affidati, conservandone il patrimonio storico-culturale"; il comma 2 dell'art. 15 del medesimo decreto: "la fondazione ha il diritto esclusivo all'utilizzo del suo nome, della denominazione storica e dell'immagine del teatro ad essa affidato, nonché delle denominazioni delle manifestazioni organizzate; può consentire o concederne l'uso per iniziative coerenti con le finalità della fondazione stessa", il successivo comma 3: "quando le è attribuito il diritto di utilizzare locali, la fondazione concorda con il concedente le modalità di utilizzazione e la ripartizione degli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria"; il seguente comma 4: "alle fondazioni disciplinate dal presente decreto non si applica la legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni"; l'[art. 1 della legge 11 novembre 2003, n. 310](#): "è costituita, con sede in Bari, la "Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari", ente di diritto privato, operante nel settore musicale, di prioritario interesse nazionale, sottoposto alle disposizioni della legge 14 agosto 1967, n. 800, del decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, e del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 345, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 gennaio 2001, n.

6", il successivo comma 6: "la Fondazione di cui al comma 1 acquisisce, previo accordo con gli enti pubblici territoriali interessati, i diritti d'uso esclusivo sul Teatro Petruzzelli di Bari, in conformità al Protocollo d'intesa, sottoscritto a Roma il 21 novembre 2002, tra la regione Puglia, la provincia ed il comune di Bari e le parti private".

Orbene, appare evidente alla luce di tali norme che, ad esempio, l'uso del Teatro alla Scala sia *riservato* alla gestione diretta ed esclusiva della relativa Fondazione, anche perché il relativo diritto d'uso rientra fra i suoi cespiti patrimoniali, se non altro per successione al disciolto ente pubblico; e si può perciò arguire, pur se meno esplicitamente, che l'art. 23 della legge 800/1967 si riferisca ad altre strutture, oltre a quella "propria" della Fondazione.

Non diversamente, la Fondazione Petruzzelli ha per legge "i diritti d'uso esclusivo sul Teatro Petruzzelli di Bari", e può ottenere la "disposizione" dei teatri e dei locali comunali occorrenti per lo svolgimento della sua attività, ai sensi dell'art. 23 legge 800/1967, a maggior ragione se riconsidera la attuale indisponibilità del Teatro proprio, come è di recente accaduto proprio alla Scala, che ha dovuto trasferire temporaneamente le proprie attività in altro teatro durante la ristrutturazione dell'edificio storico.

Appare perciò piuttosto sbrigativa ed oscura la motivazione del Consiglio di Stato sul punto, che ritiene l'art. 23 della legge 800/1967 "del tutto indifferente rispetto alla questione delle modalità di affidamento del servizio e della concessione in uso, che sconta l'applicazione di diversi parametri normativi la cui applicazione non necessariamente deve condurre alla identificazione del fruitore con il gestore del servizio (ma, eventualmente, il necessario contemperamento delle diverse esigenze)".

Ma, oltre a non aver lumeggiato il punto, rendendolo anzi pericolosamente incerto, la sesta sezione di Palazzo Spada si dilunga su di un argomento su cui le conclusioni della sentenza lasciano alquanto sconcertati, laddove essa nega che la Fondazione non abbia scopi di lucro, "né sotto il profilo soggettivo, né sotto quello oggettivo".

Ciò sarebbe, sul piano soggettivo, poiché, in breve, la legge avrebbe dapprima stabilito "l'assenza di lucro solo limitatamente all'attività di diffusione dell'arte musicale, ma specificando la natura commerciale ed imprenditoriale delle attività connesse alla gestione dei teatri", per poi eliminare del tutto tale limite. Perciò, ne deduce il Giudice, "è appena il caso di rimarcare che il senso della natura di diritto privato attribuito agli enti in esame, e l'entrata dei privati nelle fondazioni (di cui si dirà) riposa, tra l'altro, sul modo di perseguimento dei propri scopi, che non esclude, anzi presuppone, il fine di lucro".

Quanto al profilo oggettivo, "non è dubbio che i servizi resi dalla fondazione nella gestione del teatro Piccinni prevedano un compenso e l'attività non sia definibile, quindi, come priva di scopo di lucro"; ed inoltre, "l'art. 2 comma 3 dello statuto della fondazione, che specifica che la stessa "opera secondo criteri di imprenditorialità e nel rispetto delle condizioni di equilibrio patrimoniale economico e finanziario della gestione", criteri e condizioni all'evidenza incompatibili con il preteso carattere gratuito dell'attività connessa all'utilizzazione del teatro".

Orbene, la distinzione tra lucro soggettivo ed oggettivo si è andata consolidando, a partire dagli ultimi decenni del novecento, proprio per affrontare la tematica della conduzione d'impresa ad opera di organizzazioni non commerciali [70], le quali, perciò, in questo caso perseguirebbero il solo "lucro oggettivo", restando loro estraneo quello "soggettivo".

Il trattamento riservato dal Consiglio di Stato al tema sembra, dunque, del tutto difforme da come si è andato evolvendo nelle scienze giuridiche, economiche ed aziendali [71]: il lucro soggettivo, infatti, consiste nella remunerazione dei capitali investiti ed in altre rendite che, in fatto, si riassumono nella "distribuzione degli utili" e dunque prescinde del tutto dalla natura economica dell'attività, principale, strumentale o accessoria di un soggetto giuridico, che ben può perseguire un "lucro oggettivo" (e dunque una remunerazione, parziale o totale, delle proprie prestazioni, e comunque un'efficienza economica), rimanendo non-profit se non consegue utili o, comunque, non distribuisce l'eventuale *surplus* (gli utili), ma lo reinveste [72].

E' su questa base, non del tutto appagante ma ormai solida, che si è costruita una importante categoria concettuale, quella del cd. *terzo settore*, che si può comprendere la complessa e variegata legislazione che, a vario titolo la riguarda [73], e che infine è stato possibile giungere, nel nostro ordinamento, alla [legge 13 giugno 2005, n. 118](#) sull'impresa sociale, che può essere condotta esclusivamente da organizzazioni prive di scopo di lucro *soggettivo*, col "divieto di ridistribuire, anche in forma indiretta, utili e avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale, ad amministratori e a persone fisiche o a persone giuridiche partecipanti, collaboratori o dipendenti, al fine di garantire in ogni caso il carattere non speculativo della partecipazione all'attività dell'impresa" (art. 1, comma 1, lett. a, n. 2, legge 118/2005).

Infine, il Consiglio di Stato giunge su tale malinteso presupposto ("attraverso la gestione del servizio è statutariamente previsto che la fondazione persegue l'obiettivo imprenditoriale") ad escludere alla fattispecie l'applicazione delle disposizioni sia del codice dei beni culturali, sia dell'art. 113-bis del d.lg. 267/2000, e a ritenere che i "servizi" per cui era giudizio rientrano fra quelli di rilievo economico.

Si ribadisce: se il Giudice si fosse trattenuto nel discutere dell'affidamento di un bene pubblico teatrale, salva l'analisi delle menzionate norme speciali vevoli per le fondazioni liriche, nulla si avrebbe da obiettare. Si tratterebbe, infatti, di una "normale" operazione di uso di un bene pubblico cui possono ben essere interessati più soggetti imprenditoriali, pur *profit*, se dotati dei requisiti per condurlo (salvo poi a verificare, in concreto, quanto spazio avrebbe lasciato a soggetti diversi dalla Fondazione la gara che fosse costruita in funzione dell'uso del teatro come luogo di produzione od ospitalità di spettacoli lirici di un certo livello).

Ma la sentenza non fa ciò, e sembra assumere una posizione semplice, quanto discutibile: ogni attività che abbia remunerazione ha "rilievo economico" in senso tecnico, e perciò va ad essa applicata la disciplina delle attività commerciali, e questa assimilazione lascia piuttosto perplessi, poiché accomuna oggetti fra loro diversi.

Si deve, invece, concordare con l'arresto allorché afferma che le fondazioni lirico-sinfoniche non sono strutture *in house*, ed anzi occorre ribadire che una fondazione, in generale, cui partecipi un ente pubblico non può strutturalmente essere in suo "controllo analogo"; come si è cercato di chiarire, il compito della fondazione è dare attuazione, mediante una forma di amministrazione, ad obbiettivi statutari, ed è dallo Statuto, anche se in parte dovuto a legge, che trae i propri indirizzi, fuori da ogni capacità direttiva di alcuno dei propri componenti o, ancor più, da alcuna forma di controllo simile a quella esercitata sui propri organi o uffici [74].

Note

[1] A. Leon, *Gli enti lirici: una indagine sulle conseguenze della trasformazione in fondazione a tre anni dalla riforma*, in C. Bodo e C. Spada (a cura di), *Rapporto sull'economia della cultura in Italia 1990-2000*, Bologna, 2004, 324, riassume come segue le ragioni della riforma: "il dibattito economico aveva rilevato le ragioni che avrebbero reso auspicabile la riforma degli enti: la tendenza decrescente del sussidio pubblico; l'eccessiva dimensione degli organici degli enti; il peso eccessivo dei costi del personale dipendente sui costi totali; la scarsa attrazione di contributi privati sia nella forma di donazioni, sia in quella di sponsorizzazioni; l'insufficiente perseguimento di tutte le opportunità di reddito complementari al biglietto ed all'abbonamento (noleggi, pubblicità, editoria, ristorazione, ecc.); l'assenza di una programmazione artistica e gestionale su un orizzonte poliennale; la scarsa cooperazione fra i diversi enti nella produzione e nella circuitazione; la difficoltà di valutare in modo coerente ed omogeneo l'attività degli enti". Del medesimo Autore si veda anche *Enti lirici: conseguenze della trasformazione in fondazione*, in *Econ. cult.*, 1, numero speciale, 2004.

[2] Per il 2007, lo stanziamento statale del Fondo unico per lo spettacolo destinato alle fondazioni lirico-sinfoniche è stato di euro 210.990.421, pari al 47,8% dell'intero fondo (fonte: ministero per i Beni e le Attività culturali, Relazione sull'utilizzazione del Fondo Unico per lo Spettacolo - Anno 2007), mentre per il 2008 è stato di 213.088.448,41; a ciò va aggiunta la somma fornita da regioni, province e comuni, stimata, per il 2005, in euro 108.579.029 (fonte: Elaborazione Osservatorio dello Spettacolo su dati di bilancio delle fondazioni lirico-sinfoniche, in ministero per i Beni e le Attività culturali, Relazione sull'utilizzazione del Fondo Unico per lo Spettacolo - Anno 2007). Naturalmente, non bisogna dimenticare gli argomenti a sostegno delle ragioni di questo intervento politico: le manifestazioni operistiche in piazza o in contesti non "ufficiali" hanno spesso un riscontro notevole e non registrato, soprattutto nei piccoli centri; le opere costituiscono un indubbio richiamo turistico e, perciò, sono fattori potenziali di sviluppo locale; hanno un notevole valore celebrativo e rappresentativo, anche per la rappresentazione della cultura nazionale all'estero. In ogni caso, nel 2004 gli spettatori delle rappresentazioni delle fondazioni avevano toccato i 2.741.105 (fonte: dati Ansfol).

[3] A. Leon, *Gli enti lirici*, cit., 326: "secondo la legge e i vari decreti pubblicati, i fattori che avrebbero assicurato il successo delle fondazioni sono: 1. lo snellimento dell'organizzazione degli enti e il rafforzamento dei poteri del Sovrintendente e del Consiglio di amministrazione; 2. la privatizzazione del rapporto di lavoro; 3. l'attrazione di contributi privati; 4. la riduzione del contributo statale; 5. l'incremento delle attività a reddito per migliorare l'autosostenibilità finanziaria; 6. la promozione di una programmazione artistica poliennale, anche attraverso la stabilizzazione triennale del sussidio pubblico".

[4] E' interessante notare che nella regione siciliana, che anche su quest'argomento dispone di autonomia speciale propria, ha varato la legge regionale 26 marzo 2002, n. 2, il cui art. 35, rubricato "*Trasformazione enti lirici, sinfonici e comitato Taormina arte*", dispone che "Gli enti autonomi lirici e sinfonici regionali ed il comitato Taormina arte sono trasformati in fondazioni e acquisiscono la personalità giuridica di diritto privato", con un percorso ed una normativa del tutto parallela a quella statale. In argomento, si vedano anche le modifiche di recente apportate con la l.r. 19 aprile 2007, n. 9.

[5] L'art. 16 della legge 800/1967 stabiliva espressamente che le entrate degli enti autonomi lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate fossero costituite da contributi dello stato, della regione e degli enti locali; da contributi di enti, associazioni e privati; da proventi patrimoniali e di gestione; da "entrate eventuali". Tuttavia, è ben noto come l'intervento statale per lo spettacolo abbia sempre avuto inclinazione centralistica: C. Barbati, *Istituzioni e spettacolo*, Padova, 1996, 29.

[6] Sulla "territorialità delle fondazioni" cfr. [G. Endrici, Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi](#), in *Aedon* 1/2001.

[7] Nota l'inserimento della fondazione partecipativa nel "crescente processo di integrazione tra organismi di espressione della c.d. sussidiarietà orizzontale ed organismi propri della c.d. sussidiarietà verticale" G. Morbidelli, *Le fondazioni per la*

gestione dei beni culturali, in www.diritto-amministrativo.org.

[8] Come si ha avuto modo di notare (P.P. Forte, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. Palma e P.P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, 2008, 81) la fondazione, per rimanere tale, deve trovare nelle tavole fondative i propri indirizzi, e dunque non può divenire un mero "strumento" di un soggetto pubblico, come se ne fosse un ufficio; non solo perché ciò sarebbe in insanabile contrasto con la natura stessa dell'istituto, che nella stabilità nei fini statutori e nella suità dell'amministrazione vede le proprie caratteristiche, ma anche per ragioni più pratiche: ove infatti le fondazioni rimangano eccessivamente dipendenti da esigenze di governo, trovano difficoltà a conseguire la partecipazione di soggetti privati, che si rivelano comprensibilmente ritrosi ad imbarcarsi stabilmente in organizzazioni eccessivamente attente ad esigenze, pressioni e pratiche relazionali proprie dell'area pubblica; in argomento, cfr. Cons. St., Comm. Speciale, 20 dicembre 2000, n. 288/2000, in Cons. Stato, 2001, I, 490. In secondo luogo, se la fondazione nata per ragioni di collaborazione organizzativa è alimentata esclusivamente con risorse pubbliche, ed i suoi organi sono costituiti da persone nominate esclusivamente o prevalentemente da soggetti pubblici, si deve concordare con quella parte della dottrina che vi riconosce, al di là dei profili formali, un soggetto pubblico di fatto, "qualunque sia il *nomen* usato dal legislatore": così F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004; non diversamente G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, cit., che parla di "veste insincera" per la natura privata della fondazione, E. Freni, *La trasformazione degli enti pubblici*, Torino, 2004, p. 255 ss e, per il settore dei beni culturali, [S. Foà, Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali](#), in *Aedon* 1/2002.

[9] Questo aspetto, mi sembra, è il quarto tipo che potrebbe aggiungersi alla lucida ricostruzione sistematica di G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in www.diritto-amministrativo.org, che suddivide le esperienze di tale stampo in tre tipologie: "fondazioni a base privata, che erogano prestazioni e finanziamenti grazie alle rendite derivanti da patrimoni storicamente alimentati dai privati", "a partecipazione privata, che producono un bene collettivo o di merito e mirano a coinvolgere i privati nel capitale e nella gestione"; e "strumentali all'ente pubblico, derivanti da processi di esternalizzazione, come quelle universitarie e quelle culturali".

[10] M. Cammelli, *Riordino istituzionale dei beni culturali e dello spettacolo in una prospettiva federalista*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1997, 286; la natura "atipica" della fondazione partecipativa è un argomento dai molti sostenitori: in argomento, ad esempio, cfr. [G. Franchi Scarselli, La gestione dei servizi culturali tramite fondazione](#), in *Aedon* 1/2002; M. Cammelli, *Il nuovo titolo V della Costituzione e la finanziaria 2000: note, ibidem*, ritiene, a tal proposito, che le numerose esperienze locali in materia, prima della legge 448/2001, si trovavano nella "zona grigia di alegalità (se non di vera e propria illegittimità)".

[11] G. Palma, *Indirizzo politico statale e autonomia comunale: tratti di una parabola concettuale*, Napoli, 1982, 69 ss, 112 s. (ivi è esposto approfonditamente anche il dibattito dottrinario), che riesce a dimostrare come vi fossero sempre state tendenze a riconoscere nel consolidamento delle autonomie locali una dinamica declinata anche come passaggio da una forma di autonomia privata - di tipo associativo o consortile - ad una di tipo funzionale (pubblica). Cfr., sul punto, anche G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, 31

[12] Cfr. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, ed. 2008, 3 e ss.; *contra* G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, cit.: "La stessa teoria degli enti pubblici, pur così complessa ed articolata, rifuggiva dal riferimento al termine fondazione, per quanto fosse ricorrente la discendenza di enti pubblici da preesistenti fondazioni. La tipizzazione - classificazione degli enti pubblici conosceva gli enti a struttura associativa, quelli a struttura rappresentativa, quelli a struttura di società per azioni. Non si parlava mai di enti a struttura "fondazionale"".

[13] Il "Riordinamento del sistema degli enti pubblici nazionali, a norma degli articoli 11 e 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59" (così la rubrica del decreto) disciplina la *privatizzazione, trasformazione, fusione di enti, e stabiliva, per la prima, che gli enti privatizzati continuassero a sussistere come enti privi di scopo di lucro, assumendo "la personalità giuridica di diritto privato ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile"* (art. 3).

[14] A. Romano-Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, Relazione al Convegno "Fondazioni ed attività amministrativa", Palermo, 13 maggio 2005, in www.diritto-amministrativo.org, 8, osserva, sia pure incidentalmente, "che il sostrato materialmente pubblicistico di un istituto che riveste tuttavia forma giuridica privata è probabilmente all'origine delle recenti fortune del modello nella vicenda della c.d. "privatizzazione per fondazioni"".

[15] La letteratura in argomento è, ovviamente, sterminata: ci si limita a menzionare A. Zoppini, *Le fondazioni, dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995; P. Rescigno, voce *Fondazione*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, 1968, 790; Id., *Le fondazioni di "carattere privato"*, in *Persona e comunità, Saggi di diritto privato*, II, Padova, 1988; Id., *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero: studio promosso dalla fondazione Napoli novantanove*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1989; U. Predieri, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969; 1163; F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1969 e 2006; Id., *Fondazione (diritto civile)*, voce in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; M.V. De Giorgi, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni riconosciute e le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999; M. Basile, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2003; Vittoria, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, cit., 485; A. Guarino, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, *ibidem*, 14; N. Rascio, *Per uno studio sulle fondazioni in diritto francese*, Napoli, 1977; F. Ferrara Sr., *Le persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1923; D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1969; B.N. Romano, *Le fondazioni nell'evoluzione del diritto privato*, in G. Palma e P.P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, cit., 159.

[16] La Corte dei conti ha stimato che il patrimonio iniziale dell'insieme delle fondazioni lirico sinfoniche ammontava al 1° gennaio 1999 a L. 917.203 milioni, corrispondente ad euro 473.695.820: cfr. *Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria delle Fondazioni lirico-sinfoniche, per l'esercizio 2003*, approvata con Delibera n. 54/2005, in

[17] La già menzionata Relazione della Corte dei conti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria delle Fondazioni lirico-sinfoniche, per l'esercizio 2003, rilevò che i "ricavi propri" coprissero per quell'anno il 18,29% dei costi. Per una recente analisi, cfr. G. Mion, *Le fondazioni liriche modelli teorici ed analisi empirica*, Torino, 2008

[18] La legislazione sugli enti lirici in forma pubblica ha, in realtà, una storia ovviamente più lunga, di cui la l. 800/1967 fu una conferma aggiornata; basti qui ricordare le norme del regio decreto-legge 1 aprile 1935, n. 327, convertito in legge 6 giugno 1935, n. 142, del regio decreto-legge 3 febbraio 1936, n. 438, convertito in legge 4 giugno 1936, n. 1570, del regio decreto-legge 16 giugno 1938, n. 1547, convertito in legge 18 gennaio 1939, n. 423, dell'art. 7 del regio decreto-legge 30 maggio 1946, n. 538, le successive modifiche di cui alla legge 31 luglio 1956, n. 898; vanno anche menzionate le convenzioni approvate con d.p.r. 26 gennaio 1952, n. 180, e 19 luglio 1960, n. 1034, ed il decreto legislativo 20 febbraio 1948, n. 62. Cfr. M. Ruggeri, *Il Teatro Lirico tra Pubblico e Privato (1898-2001)*, in *Il Costo del Melodramma*, numero speciale di Economia della Cultura, Bologna, 2004.

[19] La precipua caratteristica di queste fondazioni sarebbe, perciò, la c.d. "struttura aperta": cfr. R. Giacinti, D. Cadoni, *Un modello di fondazione atipico: la fondazione di partecipazione*, in *Enti non profit*, 2005, 11; Di Diego, *La fondazione di partecipazione: un patrimonio di destinazione a struttura aperta*, *ibid.* 99.

[20] Il decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72 (convertito dalla legge 21 maggio 2004, n. 128), al fine di favorire l'ingresso dei privati nelle fondazioni, ha ridotto dal 12% all'8% la quota di minima di partecipazione patrimoniale per poter nominare un membro del consiglio di amministrazione (art. 2 comma 3-bis). Il dl ha inoltre modificato i criteri per il riparto della quota del FUS degli enti lirici ed ha abolito il vincolo del 12% minimo di partecipazione di soggetti privati alle fondazioni liriche per accedere all'aumento dei contributi statali, in precedenza fissato dall'art. 2 del decreto-legge 345/2000.

[21] Negli studi italiani di economia aziendale, l'osservazione che settore pubblico e settore non profit non si distinguerebbero sotto il profilo delle motivazioni, per entrambi non profittevoli e dunque partner ideali, è ricorrente, soprattutto in ordine alla fornitura di beni e servizi culturali: cfr., ad es., E. Borgonovi, *Dalla storicizzazione dei fini e dalla flessibilità dei mezzi il contributo economico delle aziende non profit al progresso economico sociale*, relazione al convegno Aidea *L'elasticità dell'azienda di fronte al cambiamento*, Torino 1993; G. Rebori, *Economia e organizzazione delle aziende non orientate al profitto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Carlo Masini*, Milano 1993; S. Bagdadli, *Il museo come azienda. Management e organizzazione al servizio della cultura*, Milano, 1997, 19; in termini giuridici, cfr. per tutti F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996; G. Rossi, voce *Ente pubblico*, in *Enc. giur. Trecc.* XII, Roma, 1989.

[22] L'art. 3 del d.lg. 367/1996 stabilisce che le fondazioni "perseguono, senza scopo di lucro, la diffusione dell'arte musicale, per quanto di competenza la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività...per il perseguimento dei propri fini, le fondazioni provvedono direttamente alla gestione dei teatri loro affidati, conservandone il patrimonio storico-culturale e realizzano, anche in sedi diverse, nel territorio nazionale o all'estero, spettacoli lirici, di balletto e concerti; possono altresì svolgere, in conformità degli scopi istituzionali, attività commerciali ed accessorie. Esse operano secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto del vincolo di bilancio". Il comma 5 del successivo art. 10 stabilisce, poi, che "Le modificazioni dello statuto, deliberate in conformità delle previsioni statutarie sono approvate dall'autorità di Governo competente in materia di spettacolo, entro il termine di novanta giorni dalla loro ricezione".

[23] L'attuale versione dell'art 21, comma 1-bis, del d.lg. 367/1996, dispone che "l'autorità di cui al comma 1 dispone in ogni caso lo scioglimento del consiglio di amministrazione della fondazione quando i conti economici di due esercizi consecutivi chiudono con una perdita del periodo complessivamente superiore al 30 per cento del patrimonio disponibile, ovvero sono previste perdite del patrimonio disponibile di analoga gravità".

[24] G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006, spec. 109 ss.; ma va notato che le fondazioni di partecipazione hanno trovato ampia applicazione in ambito sanitario: cfr. M. Occhiena, *Le fondazioni IRCCS, soggetti pubblici tra "merit system" e mecenatismo privato*, in *Foro it.*, 2007, I, 2354; E. Jorio, *Diritto sanitario*, Milano, 2006, 315 ss.

[25] E. Freni, *La triennale di Milano tra persone giuridiche pubbliche, private e "privatizzate"*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2000.

[26] [F. Cortese, La Biennale di Venezia, il Centro sperimentale di cinematografia e l'Istituto nazionale per il dramma antico nel quadro delle recenti riforme culturali](#), in *Aedon* 2/2004.

[27] Occorre qui menzionare anche il sostegno fiscale e tributario che affianca questa tendenza; a parte infatti il trattamento valevole per le ONLUS, carattere che spesso è proprio delle fondazioni partecipative, va ricordato che l'articolo 38 della legge 21 novembre 2000, n. 342 ha delineato un nuovo sistema di agevolazioni fiscali al fine di incentivare le erogazioni liberali per la realizzazione di iniziative di interesse culturale e favorire il cosiddetto "mecenatismo"; la disposizione, aggiungendo al comma 2 dell'articolo 65 del Tuir (concernente gli oneri di utilità sociale fiscalmente deducibili) la lettera c-nonies), ha previsto la integrale deducibilità dal reddito d'impresa delle somme in denaro che le imprese con atto di liberalità destinano a soggetti operanti nei settori dei beni culturali e dello spettacolo, tra i quali anche le fondazioni; cfr. sul punto [M.C. Fregni, Le risorse destinate allo spettacolo dal vivo e al cinema: lo strumento fiscale](#), in *Aedon* 3/2007.

[28] Sono, a vario titolo, presenti nelle fondazioni del proprio territorio le Camere di commercio, industria ed artigianato di Milano, Verona, Trieste, Venezia, Bologna, Firenze, Roma, Napoli.

[29] Ad esempio, risulta che al Maggio musicale aderisce l'Università degli Studi di Firenze, il comune di Pordenone è tra i fondatori del Verdi di Trieste, l'Autorità Portuale di Venezia è tra i "Soci benemeriti" della Fenice di Venezia.

[30] A seguito della trasformazione, il dm 239/1999 (di modifica della ripartizione della quota del FUS destinata alle fondazioni), accanto ad altre misure aveva disposto la diminuzione della commisurazione del contributo statale dal 98% al 60% del suo valore storico. Inoltre, in virtù dell'apporto privato a favore delle Fondazioni si effettua una riduzione nella misura del 5% del contributo statale quale apporto al patrimonio e contributi alla gestione: cfr., da ultimo, l'art. 4, comma 1, del dm 29 ottobre 2007.

[31] A. Leon, *op. cit.*, 331: "non è infrequente l'organizzazione di spettacoli jazz, di danza moderna e persino di musica leggera".

[32] P. Piras, *Le privatizzazioni: tra aspirazioni all'efficienza e costi sociali*, Torino, 2005; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; M. Cammelli e G. Sciuolo (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Rimini, 2004.

[33] Solo a stare alle disposizioni più recenti, si possono richiamare il decreto-legge 22 marzo 2004, n. 72 (convertito dalla legge 21 maggio 2004, n. 128) che, al fine di favorire l'ingresso dei privati nelle fondazioni, ha ridotto dal 12 all'8% la quota di minima di partecipazione patrimoniale per poter nominare un membro del consiglio di amministrazione (art. 2 comma 3-bis), ha modificato i criteri per il riparto della quota del FUS, ed ha abolito il vincolo del 12% minimo di partecipazione di soggetti privati alle fondazioni liriche per accedere all'aumento dei contributi statali; il dl 31 gennaio 2005, n. 7 (convertito dalla legge 31 marzo 2005, n. 43), che ha modificato la disciplina vigente attraverso vari interventi volti ad ottimizzare la gestione ed a favorire il contenimento dei costi per gli allestimenti e per il personale (art. 3-ter), disponendo il coordinamento tra le fondazioni, dettando norme in materia di contrattazione nazionale e integrativa, limitato le assunzioni per il triennio 2005-2007, ecc.; la legge finanziaria per il 2006 (legge 23 dicembre 2005, n. 266) ha introdotto il divieto, per le fondazioni lirico-sinfoniche - per gli anni 2006 e 2007 - di assunzioni a tempo indeterminato e di utilizzo di personale a tempo determinato in misura superiore al 20% dell'organico funzionale; il dl 30 dicembre 2005, n. 273 (convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, art. 39-vicies sexies) ha disposto che i membri dei consigli di amministrazione (il cui numero era fissato in sette, compreso il presidente) possano essere aumentati fino a nove; l'art. 29 del dl 10 gennaio 2006, n. 4 (convertito con modificazioni dalla legge 9 marzo 2006, n. 80) ha inoltre previsto che, qualora i consigli di amministrazione siano composti da nove membri, all'autorità di Governo in materia di spettacolo siano attribuiti almeno due rappresentanti; il dl 5 dicembre 2005, n. 250 (convertito dalla legge 3 febbraio 2006, n. 27), ha contemporaneamente modificato la composizione del Consiglio d'amministrazione di Santa Cecilia (art. 1-decies), elevando da 9 a 13 il numero dei relativi membri e portando da 3 a 5 i membri eletti dal corpo accademico (di conseguenza passano da due a quattro i membri la cui nomina è disciplinata per statuto); i già menzionati commi dal 389 al 391 dell'art. 2 della legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) modificano la legge 367/1996 in più parti: i membri del consiglio di amministrazione delle fondazioni possono essere riconfermati per una sola volta, i commissari e i consiglieri di amministrazione che abbiano già superato il limite del mandato decadono con l'approvazione del bilancio del 2007, è aggiunta una causa obbligatoria di scioglimento del consiglio di amministrazione, che scatta se il bilancio dell'ente chiude con una perdita superiore al 30% del patrimonio disponibile per due esercizi consecutivi, o con previsione di perdite del patrimonio disponibile di analoga gravità.

[34] Ad esempio, con la legge 8 novembre 2002, n. 264, e con la legge finanziaria 2004 (articolo 4, comma 162) è stato previsto un finanziamento a sostegno dell'attività del teatro "Carlo Felice" di Genova per 2,6 milioni di euro per ciascuno degli anni 2002, 2003, 2004 e quindi di 2,5 milioni di euro annui a decorrere dal 2004; la legge 14 aprile 2004, n. 98 ha invece recato interventi (1,5 milioni di euro per ciascuno degli anni 2004, 2005 e 2006) a sostegno dell'attività dell'Accademia nazionale di Santa Cecilia.

[35] Per effetto di varie modifiche succedutesi nel tempo, la vigente disposizione degli artt. 9, 10 e 11 del d.lg. 367/1996, sia limitando l'apporto massimo dei privati al patrimonio, che disponendo la presenza di membri di diritto (il Presidente ed i rappresentanti degli enti pubblici territoriali), di fatto comporta che la maggioranza sia sempre sotto il controllo pubblico, ancorché per aggregati.

[36] Cfr. l'articolo 1, comma 595, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e, da ultimo, l'art. 2, comma 392, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che tuttavia ha disposto che possano essere effettuate assunzioni a tempo indeterminato di personale artistico, tecnico ed amministrativo per i posti specificatamente vacanti nell'organico funzionale approvato, esclusivamente al fine di sopperire a comprovate esigenze produttive, previa autorizzazione del Ministero vigilante. Per il medesimo periodo il personale a tempo determinato non può superare il 15 per cento dell'organico funzionale approvato.

[37] Parzialmente diverso è l'approccio di A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006, 33, che invece ritiene che i fondatori pubblici abbiano potestà strategiche sulle fondazioni.

[38] Anche A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 141, nota come una delle essenze del fenomeno delle fondazioni risieda nella attuazione "dell'eterodestinazione vincolata del risultato", e tuttavia considera la fondazione orientata al proprio e non all'altrui scopo; forse è per questo che, nell'indicare il "contenuto precettivo minimo" delle fondazioni, trascura l'importanza dell'elemento amministrativo (cfr. *op. cit.*, 82 ss.).

[39] Si permetta il rimando a P.P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005, 6 ss.

[40] Ritiene che "la permanenza di questa funzione non consente, allo stato attuale, di definire la trasformazione quale integrale privatizzazione degli enti" A.G. Arabia, *Lo spettacolo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 1612.

[41] L'argomento è sterminato, poiché tocca - almeno - il pluralismo, la sovranità, la sussidiarietà; ci si limita a citare G. Pastori, *La pubblica amministrazione*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 301 ("caratteristica della Costituzione è di prefissare in positivo gli scopi e i risultati da raggiungere in generale

nell'organizzazione della società da parte della società stessa e in specie da parte dei pubblici poteri"); G. Berti, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994 ("a dare consistenza all'amministrazione non sono i soggetti, ma l'attività compiuta che vuole essere definita e controllabile proprio in ragione delle finalità cui assolve e dei mezzi di cui a tal fine si avvale"); F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. Amm.*, 1978, 6; A. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; A. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; E. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 1996; P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; Id., *Istruzione e 'Stato sussidiario'*, in *Dir. Pub.*, n. 1/2002, 117; per un approccio diverso, che passa per la visione dell'individuo nella sua dimensione collettiva e sociale, e cioè della persona, dotata di diritti inviolabili, libertà, ma anche di doveri (inderogabili - art. 2 Cost.), e fra questi, quello di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4.2 Cost.), cfr. G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971, *passim* e spec. 218 e ss., e Id., *Tratti essenziali per una ricostruzione sistemica*, in G. Palma e P.P. Forte (a cura di), *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, cit., 3 ss.

[42] Per tutti, cfr. G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996.

[43] Per un'analisi delle clausole nei contratti connessi alle privatizzazioni cfr. A. Luminoso, *Privatizzazione c.d. sostanziale tra contrattazione di diritto privato e interesse pubblico*, in *Contr. impr.*, 2001, 73 ss.

[44] C. Franchini, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro Amm.*, 1994, 237.

[45] G. Palma, *Tratti essenziali per una ricostruzione sistemica*, cit., 8; cfr. anche V. Domenichelli, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, in *Riv. trim. dir. amm.*, I, 1999, 200; C. Franchini, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro Amm.*, 1994.

[46] G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006, 66; F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, ed. 2006, 125.

[47] Per trattarsi alla letteratura giuridica più recente, che però contempla quella economica e vi riflette, si vedano su ciò Cassetti, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997; A. Zito, *Mercato, regolazione del mercato ed antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, 232; S. Cassese, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1991, 378.

[48] Naturalmente possono addursi anche altre motivazioni a base della instaurazione e protezione di un sistema concorrenziale ampio e diffuso; ad esempio, la naturale tendenza oligopolistica, almeno di alcuni "mercati", che rischia di produrre concentrazioni ad effetto opposto, ovvero la riduzione della produzione e degli scambi, e la rigidità di costi e prezzi, pericolose, per di più, anche per le stesse Istituzioni politiche; ed occorre prendere atto che l'esistenza di un mercato europeo di livello continentale ha necessariamente bisogno di meccanismi sopranazionali di tutela della libera circolazione dei fattori e dei prodotti di impresa, che si fanno anch'essi rientrare nell'alveo concettuale della "concorrenza". Di recente, si veda su ciò A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 9 s.; F. Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001, 17 ss.

[49] Il punto 14 della Risoluzione del Parlamento europeo del 10 aprile 2008 sulle industrie culturali in Europa (2007/2153(INI)), "chiede alla Commissione di dare rapidamente sistematicità alla piena applicazione dell'articolo 151, paragrafo 4, del trattato CE, affinché la cultura e il settore culturale siano presi in considerazione in tutte le altre politiche comunitarie, segnatamente in quelle relative al mercato interno, alla concorrenza, al commercio, alle imprese e alla ricerca e sviluppo, onde tenere in migliore considerazione la specificità del settore culturale nell'attuazione di dette politiche, nonché nella politica esterna per quanto riguarda la conclusione di trattati internazionali in conformità della Convenzione dell'Unesco sulla diversità culturale, assumendo un ruolo propulsore e migliorando la cooperazione internazionale".

[50] M. Trimarchi, *Economia e cultura. Organizzazione e finanziamento delle istituzioni culturali*, Milano 1993, 47: "Una prima fonte di esternalità è senza dubbio data dalle caratteristiche di bene pubblico, che sono identificabili in misura maggiore o minore in ciascun bene o servizio culturale e artistico".

[51] M. Montella, *Musei e beni culturali. Verso un modello di governance*, Milano, 2003, 111.

[52] D. Netzer, *The Subsidized Muse: Public Support for the Arts in the United State*, Cambridge 1978.

[53] W.J. Baumol, W.G. Bowen, *Performing Art: the Economic Dilemma*, New York 1966, 33; il "morbo" è considerato espressamente per l'analisi delle fondazioni liriche da A. Leon, *op. cit.*, 342: "La diversificazione delle esperienze gestionali degli enti lirici, anche in questa fase, non nasconde l'operare del morbo di Baumol: è infatti sorprendente verificare, su un orizzonte temporale di un ventennio, che alle forti oscillazioni dei ricavi e dei costi totali, e alla riduzione del contributo statale complessivo, si contrapponga una crescita, in termini reali, del contributo statale per numero di rappresentazioni".

[54] Anche se "per le arti visive, i musei e le gallerie, non esistendo contestualità fra produzione e consumo, la legge assume una rilevanza minore": S. Bagdadli, *Il museo come azienda*, cit., 14.

[55] B.S. Frey, W.W. Pommerehne, *Muse e mercati. Indagine sull'economia dell'arte*, Bologna, 1991, 43.

[56] M. Ainis, *Lo statuto giuridico dei musei*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 396.

[57] Va ricordato che la menzionata *Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria delle Fondazioni*

lirico-sinfoniche, per l'esercizio 2003 della Corte dei conti definiva in oltre 5.500 i dipendenti delle Fondazioni liriche, di cui oltre 3.100 "artisti" e quasi 1.800 "tecnici".

[58] E. Picozza, G. Ligios e Campesi, *Spettacolo (e attività culturali)*, in *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, a cura di E. Picozza, Rimini, 1998, p. 735.

[59] Così, molto chiaramente, A. Leon, *op. cit.*, 12.

[60] I dati sono tratti dalla più volte menzionata *Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria delle Fondazioni lirico-sinfoniche*, per l'esercizio 2003 della Corte dei conti. La sussistenza di una concorrenza potenziale è spesso stata, giustamente, ritenuta un presupposto per qualificare l'attività di rilievo commerciale o industriale: cfr., ad es., la nota Corte di giustizia CE, 10 maggio 2001, causa C-223/99 e C-260/99, sulla Fiera di Milano.

[61] F. McLean Combe, *Marketing in Museums: a Contextual Analysis*, in *Museum management and Curatorship*, 1992, 16.

[62] P. Eiglier, E. Langeard, *Il marketing strategico dei servizi*, Milano 1988, 113.

[63] S. Bagdadli, *Il museo come azienda. Management e organizzazione al servizio della cultura*, cit., 95 ss.

[64] Con il dibattito su quella che sarà definita legge Ronchey "si trattava cioè di innestare nelle realtà museali statali il mercato. Questa parola costituiva in realtà il vero tabù": Grillo, *Dai servizi aggiuntivi a quelli di assistenza culturale e di ospitalità*, in P.A. Valentino e G. Mossetto (a cura di), *Museo contro museo*, Firenze 2001, 205 ss.

[65] Sul punto, cfr. le considerazioni di [M. Trimarchi](#), *Le regole del gioco: azione pubblica e spettacolo dal vivo al bivio*, intervento all'incontro di studio *L'intervento pubblico per la promozione delle attività culturali - Cinema e spettacolo dal vivo* (Roma, 9 ottobre 2007), in *Aedon* 3/2007.

[66] G. Di Gaspare, *Esternalizzazione, societarizzazioni e privatizzazioni delle attività amministrative degli enti locali: un approccio teorico*, in www.amministrazioneincammino.it.

[67] E' noto come anche la Commissione europea, nel "Libro Verde sui servizi di interesse generale" (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, abbia affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica". Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001).

[68] Definisce i due sistemi, rispettivamente, come modello dell'esternalizzazione e modello della collaborazione [G. Piperata](#), *I modelli di organizzazione dei servizi culturali: novità, false innovazioni e conferme*, in *Aedon* 1/2002.

[69] Il Petruzzelli era definito dalla legge 800/1968 "Teatro di Tradizione"; il suo incendio avvenne nella notte del 27 ottobre 1991, e ne fu acclarata la natura dolosa; ne è seguita una complicatissima *querelle* giudiziaria e politica, che ha trovato una svolta con un "protocollo d'intesa" del 2002 che stabilisce che il teatro debba essere ripristinato con danaro pubblico e poi gestito per quaranta anni da una Fondazione che corrisponda alla famiglia proprietaria un canone annuale. La legge ha poi provveduto ad annoverare la Fondazione barese tra quelle in discorso.

[70] Da tempo la Cassazione ha riconosciuto la possibilità per le fondazioni di svolgere attività di impresa, se "strumentale": Cass., 9 settembre 1979, n. 5770, in *Foro it.*, 1980, I, 353.

[71] E da come lo stesso Consiglio di Stato, da ultimo, ha trattato il tema in tutt'altro ambito, quello sanitario: cfr. la sent. della sez. V, 5 maggio 2008, n. 1988, la quale ha sostenuto che anche in un mercato ristretto sia legittimo prevedere che un'impresa, ancorché sociale, debba prevedere un seppur minimo rischio d'impresa; cfr., in argomento, anche Cass., sez. unite, 9 ottobre 2008, n. 24883.

[72] "costituisce un dato ormai acquisito, nel dibattito dottrinale, che incompatibile con lo schema causale della associazione e della fondazione sia solo lo scopo di lucro in senso soggettivo, non lo svolgimento di un'attività di impresa, né la realizzazione di utili attraverso tale attività (lucro oggettivo)": E. Iorio, *Contratti di associazione*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale* (II), Torino, 2004, 380; per l'"assenza di finalità economiche soggettive da parte dei partecipanti allo stesso soggetto giuridico" cfr. anche G.F. Campobasso, *Diritto delle società*, Torino 1999, IV ed., 22 ss.

[73] Ci si riferisce alla legge n. 49 del 1987 sulla cooperazione dell'Italia con i Paesi in via di sviluppo che disciplina, altresì, le organizzazioni non governative; alle leggi quadro sul volontariato (n. 266 del 1991) e sulle cooperative sociali (n. 381 del 1991), a quella sull'associazionismo di promozione sociale n. 383 del 2000; al decreto legislativo sulla soppressione delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB) n. 207 del 2001; al decreto legislativo sulle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) n. 460 del 1997; in argomento, cfr. V. Buonocore, *Può esistere un'impresa sociale?*, in *giur. Comm.*, 2006, I, 845; E. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti "non profit" in Italia*, Padova, 1994.

[74] Per maggiori argomenti, si permetta il rimando a P.P. Forte, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, cit., spec. 80 e ss.

[inizio pagina](#)