

La dialettica pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali di Chiara Meoli

SOMMARIO: 1. Notazioni generali. – 2. Le forme di gestione dei beni culturali. – 2.1. L’art. 115 d.l.gs. 22 gennaio 2004, n. 42. – 2.2. Le due possibili forme di gestione: gestione diretta e indiretta. – 2.3. La concessione a terzi. – 2.3.1. I soggetti concedenti. – 2.3.2. I terzi concessionari. – 2.3.3. Modalità e oggetto della concessione.

1. Notazioni generali

La valorizzazione e la tutela dei beni culturali sono concetti il cui contenuto ha fatto il suo ingresso nella legislazione italiana nel XX secolo. La crescita dell’attenzione dei soggetti pubblici e privati per la conservazione del patrimonio riflette certamente una sempre maggiore coscienza dell’importanza della protezione delle risorse e, allo stesso tempo, il crescente rilievo che la conservazione del patrimonio svolge e può svolgere nelle strategie di sviluppo economico nazionale (e locale).

Nondimeno i beni culturali costituiscono un settore in cui è particolarmente presente il rapporto tra pubblico e privato¹. Al riguardo, la scarsa disponibilità di risorse finanziarie pubbliche ha progressivamente indirizzato le politiche dei beni culturali verso una gestione imprenditoriale del patrimonio culturale, anche nell’ottica di una maggiore cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato. La partecipazione degli operatori privati all’amministrazione dei beni culturali – rafforzata dal riconoscimento del principio di sussidiarietà operato dall’art. 118, quarto comma Cost.² – ha visto gradualmente ampliarsi lo spettro delle sue possibili declinazioni, specialmente con il quadro delle esternalizzazioni delineato dalla legislazione per i servizi culturali locali³.

¹ Il riferimento è, tra gli altri, a L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2005, 785 ss. Cfr., altresì, C. VANTAGGIATO, *La forma di gestione indiretta dei beni culturali: caratteri e limiti*, in G. DE GIORGI, F. NATALE (a cura di), *Sistemi innovativi di gestione dei beni culturali. Modelli e prospettive per lo sviluppo del territorio*, Lecce, 2008, 79 ss.

² Cfr. B. BOSCHETTI, *La valorizzazione dei beni culturali tra principio di sussidiarietà e nuovi modelli organizzativi e procedurali*, in *Territorio*, 32, 2005.

³ Il riferimento è, qui, all’affidamento dei “servizi di assistenza culturale e di ospitalità” (art. 112 d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490), alle esternalizzazioni per il più efficace esercizio delle funzioni di valorizzazione dei beni culturali e ambientali e alla costituzione o partecipazione ad associazioni, fondazioni o società (art. 10 d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368). Sulla proliferazione dei modelli di esternalizzazione cfr. P. MICHIARA, *Le convenzioni tra Pubblica Amministrazione e terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell’ambito dei rapporti a concorrenza necessaria*, Roma, 2005, 370 ss. Sui moduli privatistici di organizzazione cfr. R. GROSSI, *L’esperienza delle istituzioni per la gestione dei servizi culturali degli enti locali*, in *Aedon*, 2, 1998; E. BRUTI LIBERATI, *Pubblico e privato nella gestione dei beni culturali: ancora una disciplina legislativa nel segno dell’ambiguità e del compromesso*, in *Aedon*, 1, 2001; S. FOÀ, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali*, ivi; C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle “difficili sussidiarietà”*, in *Aedon*, 3, 2001; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le società per la valorizzazione dei beni culturali*, ivi. Il legislatore ha inoltre previsto il coinvolgimento dei privati anche nella gestione dei servizi pubblici connessi alla fruizione dei beni culturali a livello locale. La legge 21 dicembre 2001, n. 448 (Legge finanziaria per il 2002) – che ha previsto all’art. 33 la possibilità di dare in concessione a soggetti privati la gestione dei servizi culturali statali – ha innovato anche la disciplina dei servizi pubblici locali. L’art. 35 della legge in questione ha difatti aggiunto al T.U.E.L. l’art. 113-bis, che al comma 3 prevede che “gli enti locali possono procedere all’affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni da loro costituite o partecipate”. Tale disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con sent. n. 272 del 2004, in considerazione del fatto che la denominazione data ai servizi cui si rivolge fa sì che gli stessi non possono essere sottoposti alla disciplina statale della tutela della concorrenza. In riferimento ai servizi privi di rilevanza economica, infatti, non esiste un mercato concorrenziale. In altre parole, a parere dei giudici

Proprio riguardo le forme di gestione dei beni culturali, l'operatività delle istanze di sussidiarietà verticale e orizzontale ha conosciuto uno dei banchi di prova più significativi e complessi, esposta alle difficoltà del policentrismo istituzionale e delle relazioni tra pubblico e privato.

Non a caso, quella delle forme di gestione dei beni culturali si è progressivamente affermata come una delle questioni che più hanno occupato l'attenzione delle sedi dottrinali, giurisprudenziali e legislative, impegnate nella ricerca di regole e criteri capaci di definire gli interventi possibili ai livelli di governo oltre che ai privati, ai loro reciproci rapporti, le soluzioni organizzative o solo procedurali configurabili allo scopo⁴.

Sforzi e tentativi di sistemazione hanno investito (anche) il "Codice dei beni culturali e del paesaggio" (d.lgs. 22 maggio 2004, n. 42) e le disposizioni che il Codice stesso dedica, in via diretta e indiretta, alle "forme di gestione" dei beni culturali. La loro prima elaborazione è stata riscritta con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156 e poi corretta con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62.

In generale, nel Codice si afferma che la valorizzazione dei beni culturali può svolgersi ad iniziativa sia pubblica che privata.

La valorizzazione ad iniziativa pubblica deve essere orientata ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza che derivano dal rispetto del pluralismo culturale e dalla presa d'atto della funzionalità della valorizzazione dei beni culturali alla fruizione collettiva di essi. In particolare, questo impegno è sottolineato dal Codice laddove configura come pubblico servizio l'attività svolta da musei ed altri luoghi della cultura appartenenti a soggetti pubblici ovvero laddove impone allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali di fissare livelli uniformi di qualità nella valorizzazione (artt. 101 e 111)⁵.

La valorizzazione ad iniziativa privata, d'altro canto, non viene tenuta distinta da quella ad iniziativa pubblica. Essa è riconosciuta come attività socialmente utile e avente finalità di solidarietà sociale tali da giustificare un regime giuridico particolare anche sotto il profilo fiscale (artt. 111 e 113). In questa direzione si muovono pure le previsioni di cui all'art. 115, che disciplina le forme di gestione delle attività di valorizzazione dei beni culturali prevedendo espressamente per gli enti pubblici territoriali la possibilità di ricorrere alla gestione "indiretta", vale a dire mediante affidamento a terzi⁶, e all'art. 120, dove è dettata una specifica disciplina della sponsorizzazione⁷.

della Corte, il legislatore statale, con l'art. 113-bis, ha indebitamente disciplinato una materia che, non incidendo sulla libertà di concorrenza, dovrebbe essere rimessa alle fonti regionali e locali. Cfr. F. CASALOTTI, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004*, in *Le Regioni*, 1, 2005.

⁴ Cfr. C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2006, 199 ss.

⁵ Cfr. C. BARBATI, *L'attività di valorizzazione (art. 111)*, in *Aedon*, 1, 2004.

⁶ Si veda S. FOÀ, *Le forme di gestione (art. 115)*, in *Aedon*, 1, 2004. Come la formulazione dell'art. 115 in merito alla gestione diretta sia ambigua e dia origine a molti dubbi è stato messo in luce da G. SCIULLO, *Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. n. 156 del 2006?*, in *Aedon*, 2, 2006, che conclude affermando che "è da pensare che la formulazione dell'art. 115, comma 2, disciplinante le ipotesi di gestione diretta, sia da reputarsi non tassativa e perciò tale da non escludere una sua interpretazione estensiva in grado di comprendere anche il caso in cui alle fondazioni (e, in genere, ai soggetti costituiti ex art. 112, comma 5) sia stato conferito in uso il bene della cui valorizzazione si tratta".

⁷ L'importanza strategica che assumono, nel campo della cultura e dell'arte, le erogazioni liberali è evidenziata da B. BOSCHETTI, *La valorizzazione*, in M.A. CABIDDU, N. GRASSO (a cura di), *Diritto dei*

In sintesi, nel Codice dei beni culturali il quadro normativo delle organizzazioni private preposte alla tutela dei beni culturali costruisce un'articolata piramide che muove dalla valorizzazione (art. 6), passa per la definizione delle attività e delle strategie di valorizzazione (artt. 111 e 112) e della gestione dei beni culturali e delle loro reti (art. 115), per scendere infine sino alla gestione dei servizi culturali in senso stretto (di cui all'art. 120, con il rinvio alle norme sulla gestione dei servizi locali di rilevanza economica) e alla gestione dei servizi accessori ed aggiuntivi (art. 117)⁸.

Peraltro, se esistono, nel Codice, disposizioni che ben fungono da riferimento per la costruzione e la rappresentazione delle misure utilizzabili per la gestione dei beni culturali, “molte sono, e restano, le zone d'ombra, alimentate non soltanto dai silenzi ma anche dai ripetuti interventi normativi, spesso sfociati in disposizioni estranee al corpus codicistico, in quanto funzionali ad altri disegni e ad altre discipline, ma capaci di interferire con quelle che il Codice dedica, direttamente o indirettamente, alle forme di gestione”⁹.

2. Le forme di gestione dei beni culturali

La locuzione “forme di gestione”, che il d.lgs. n. 42 del 2004 ha elevato a rubrica di una disposizione (l'art. 115), indica “il complesso delle misure (organizzative, procedurali e, per taluni aspetti, finanziarie) tramite le quali i diversi soggetti, pubblici e privati, dei beni culturali, pongono in essere o collaborano all'esercizio di attività riconducibili nell'ambito della valorizzazione”¹⁰.

La disciplina delle “forme di gestione” è incisa dall'operatività di due fondamentali principi: il principio di sussidiarietà verticale, di cui all'art. 118, primo comma Cost., nel senso di un decentramento amministrativo-istituzionale¹¹, ed il principio di sussidiarietà orizzontale, sancito dall'art. 118, quarto comma Cost., nel senso di un'apertura al privato. Proprio in relazione a quest'ultimo principio, l'attività di valorizzazione non è riservata in via esclusiva ai soggetti pubblici, anche nell'ipotesi in cui abbia ad oggetto beni culturali di loro appartenenza, ma, al contrario, si estende, secondo una logica collaborativa, anche ai soggetti privati, sia *profit* sia *non profit*¹².

Più in generale è dunque prevista la possibilità per le Amministrazioni di avvalersi dell'apporto di soggetti esterni, ai fini di un più efficace esercizio di

beni culturali e del paesaggio, Torino, 2005, 257 ss. Sul punto cfr. anche M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, 1482 ss. E più recentemente cfr. ID., *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2008.

⁸ Sulla relazione tra la gestione dei servizi pubblici culturali e quella dei servizi aggiuntivi cfr. le osservazioni di P. MICHIARA, *Considerazioni sulla nozione di valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 1, 2007.

⁹ Così C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, cit., 200.

¹⁰ Cfr. C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, cit., 193.

¹¹ In relazione a tale principio costituzionale, l'attività di valorizzazione costituisce un ambito sui cui insistono competenze non solo statali, ma anche regionali e locali. L'art. 117, terzo comma Cost., infatti, assegna la valorizzazione dei beni culturali alla potestà legislativa di tipo concorrente. Cfr., in generale, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

¹² V. art. 6, comma 3, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, il quale testualmente recita: “La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale”, e l'art. 111 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in forza del quale alla valorizzazione “possono concorrere, cooperare o partecipare soggetti privati” (comma 1) e la stessa può essere “ad iniziativa pubblica o privata” (comma 2). Esemplificativa è, tra le altre, la costituzione e l'attività del FAI “Fondo per l'ambiente italiano”. Fondazione nazionale senza scopo di lucro, il FAI, dal 1975, ha salvato, restaurato e aperto al pubblico importanti testimonianze del patrimonio artistico e naturalistico italiano, al fine di promuovere in concreto una cultura di rispetto della natura, dell'arte, della storia e delle tradizioni d'Italia e tutelarne un patrimonio.

quest'attività. Una soluzione, questa, che consente, peraltro, di evitare possibili disfunzioni dell'azione amministrativa, conseguenti alla scelta di utilizzare unicamente apparati burocratici interni¹³.

Dunque il recepimento, nel sistema dei beni culturali, dei due principi di sussidiarietà (verticale e orizzontale) ha comportato una significativa, ma anche controversa¹⁴, intersezione tra gli stessi, nel senso che il decentramento in materia di valorizzazione, da un lato, consente il ricorso a forme di collaborazione tra diversi livelli di governo, l'apertura al privato, dall'altro, si estende a tutti i livelli di governo.

2.1. L'art. 115 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42

L'art. 115 d.lgs. n. 42 del 2004 detta la disciplina delle "forme" in cui possono essere gestite "le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica".

La disposizione in questione rappresenta il punto di arrivo di un lungo percorso normativo, che ha avuto inizio negli anni Novanta, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 4 del 1993¹⁵ (nota come legge Ronchey), la quale ha introdotto una prima, timida, forma di esternalizzazione.

Un primo problema che si pone all'interprete concerne la differente terminologia utilizzata dal legislatore: se, difatti, la rubrica della norma è intitolata "Forme di gestione", nel corpo del testo si fa riferimento, ai commi 1 e 7, al concetto di "valorizzazione", mentre ai commi 2 e 3 a quello di "gestione"¹⁶.

Sul punto, si registrano in dottrina due orientamenti contrapposti. Alcuni Autori hanno difatti optato per un'interpretazione più rigorosa della previsione codicistica, circoscrivendone l'ambito applicativo alle sole attività di valorizzazione in senso stretto¹⁷; altri Autori, invece, ne hanno esteso la portata, facendo riferimento all'intero complesso delle attività gestionali largamente intese¹⁸.

Il contenuto dispositivo dell'art. 115, in ogni caso, può essere compiutamente apprezzato solo unitamente al complesso delle altre previsioni codicistiche in materia di valorizzazione (artt. 112, 114, 116 e 117), alle quali lo stesso art. 115 effettua numerosi rinvii espliciti ed impliciti.

A ciò si aggiunga che il medesimo art. 115 – e insieme ad esso tutte le disposizioni dedicate alle "forme di gestione" – è stato riscritto, in molte sue parti, dall'art. 2, comma 1, lett. *hh*), d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156¹⁹. L'intervento correttivo in questione – pur non avendo risolto il problema definitorio, dato che non ha apportato

¹³ Cfr. C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, cit., 194.

¹⁴ Secondo C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, cit., 194, "[...] il tema delle forme di gestione si è affermato come uno dei problemi che hanno maggiormente impegnato la sede legislativa, giurisprudenziale e dottrinale nella ricerca dei criteri utili a definire quali siano i ruoli che, in proposito, spettano ai diversi livelli di governo oltre che ai privati; quale tipo di rapporto e di collaborazione tra questi soggetti sia immaginabile o perseguibile, a fronte del peculiare statuto dei beni culturali; quali le soluzioni configurabili allo scopo".

¹⁵ Legge di conversione, con modificazioni, del d.l. 4 novembre 1992, n. 433.

¹⁶ Cfr. S. BELLOMIA, *Articoli 115-116-117*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006, 754.

¹⁷ Cfr. S. FOÀ, *Articolo 115*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 452.

¹⁸ Cfr. P. CARPENTIERI, *Articolo 115*, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, Milano, 2005, 506. Peraltro, la lettura in questione è quella che maggiormente si avvicina ai suoi precedenti normativi. In questo senso cfr. D. VAIANO, *Art. 115*, in *Le nuove leggi civili commentate – Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 maggio 2004, n. 42)*, Padova, 2005, 1454.

¹⁹ L'intervento del legislatore del 2006 nasce indubbiamente dall'insoddisfazione manifestata ai vari livelli di governo dagli operatori del settore, oltre che dalla chiara percezione di una scarsa efficacia pratica dell'impianto codicistico del 2004. Sul punto cfr. P. CARPENTIERI, *I decreti correttivi e integrativi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. e app.*, 6, 2006, 628.

alcuna sostanziale modifica – sembra aver collocato il livello gestionale come l’ultima delle tre fasi (strategica, programmatica e, per l’appunto, gestionale) in cui si articola il più ampio processo di valorizzazione dei beni culturali.

2.2. Le due possibili forme di gestione: gestione diretta e indiretta

Il comma 1 dell’art. 115 tipizza due possibili forme di gestione dei beni culturali: la gestione diretta e la gestione indiretta, tra loro in rapporto di alternatività, individuando i criteri distintivi e fissando i criteri che lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali dovranno seguire nella scelta tra l’una e l’altra.

a) In ordine alla gestione diretta, il comma 2 dispone che “è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico”²⁰. A seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, è stata introdotta, nella parte finale del comma 2, una precisazione in forza della quale “le amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica”. In tal modo, si configura l’ipotesi di una gestione diretta in forma associativa, attraverso la creazione di un nuovo soggetto giuridico, il consorzio, il quale, pur agendo quale ente strumentale delle amministrazioni che lo hanno costituito, è dotato di autonoma personalità giuridica pubblica, con un proprio statuto e propri organi.

A tale ultimo riguardo, benché la possibilità di una gestione diretta in forma associata delle attività di valorizzazione sia valsa ad arricchire le fattispecie di questa forma gestionale, occorre tenere presente che ragioni di razionalizzazione dell’organizzazione amministrativa e di contenimento della spesa pubblica hanno indotto il legislatore più recente a limitare il ricorso alla costituzione di consorzi fra le amministrazioni locali. Dapprima con l’art. 2, comma 28, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008) si è stabilito che “ai fini della semplificazione della varietà e diversità di forme associative comunali e del processo di riorganizzazione sovracomunale dei servizi, delle funzioni e delle strutture, a ogni amministrazione comunale è consentita l’adesione a una unica forma associativa per ciascuna di quelle previste” dal T.U.E.L. In seguito, con l’art. 1, comma 176, l. 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria per il 2010), si è disposta la soppressione dei consorzi di funzioni fra gli enti locali.

b) È stata la gestione indiretta ad essere maggiormente incisa da interventi correttivi.

Difatti l’attuale comma 3 dell’art. 115 dispone che essa si attua “tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta ed integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pervengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell’art. 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure ad evidenza pubblica, sulla base di valutazione

²⁰ L’art. 115 descrive, in questi termini, la modalità tipica tramite la quale si effettua l’intervento diretto di un ente pubblico nella gestione delle attività e dei servizi di sua spettanza. Una gestione interna che – benché sia stata a lungo utilizzata dalle amministrazioni, in specie locali – si è sempre definita come forma gestione alla quale ricorrere nel caso in cui il servizio o l’attività da rendere abbiano dimensioni limitate, tali da rendere inidonea una gestione secondo logiche diverse, economicamente rilevanti. Cfr. C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, cit., 202. Queste caratteristiche della gestione diretta spiegano anche le riserve e le perplessità alle quali è stata oggetto. È difatti apparsa inadatta a una gestione produttiva degli interventi pubblici; si è ritenuto, poi, che proprio perché poggia sulle strutture interne delle amministrazioni ne gravi l’azioni e l’organizzazione. Il suo superamento è stato perciò considerato utile all’obiettivo di relazione la c.d. “amministrazione leggera”, ovvero l’amministrazione chiamata ad assolvere un “ruolo di organizzatore, di regolatore e di controllore”, più che di “operatore diretto”. Cfr., sul punto, *Libro verde relativo ai Partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 20 aprile 2004, Com-2004-327 def., par. 1.1.

comparativa di specifici progetti”.

Si tratta certamente di una disposizione di non facile comprensione, soprattutto a causa della tecnica del rinvio, esplicito ed implicito, ad altre previsioni, ma nella quale si rintraccia la *ratio* dell’art. 115, ossia il suo porsi quale disposizione con cui si intende aprire la valorizzazione, a iniziativa pubblica, dei beni culturali di appartenenza pubblica all’apporto di soggetti terzi, anche di natura privata.

A questi fini, la disposizione traccia le linee guida delle esternalizzazioni possibili, definendo le condizioni che dovranno accompagnare l’intervento di esterni²¹.

2.3. La concessione a terzi

L’art. 115, comma 3, nella sua formulazione originaria, aveva tipizzato due distinte fattispecie di gestione indiretta: “affidamento diretto a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall’amministrazione pubblica cui i beni appartengono”²²; “concessione a terzi”²³.

Questa disposizione era, nella sostanza, sovrapponibile al disposto di cui all’art. 10 d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, all’epoca vigente, il quale, nel rappresentare gli strumenti utilizzabili dal Ministero per i beni e le attività culturali (MIBAC) ai fini della esternalizzazione dei propri compiti di gestione dei “servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale”, prevedeva il ricorso tanto a strumenti di natura negoziale quanto al modello concessorio.

In particolare, il citato art. 10 contemplava tre distinte opzioni per il Ministero, tra loro alternative: “a) stipulare accordi con amministrazioni pubbliche e con soggetti privati; b) costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società secondo modalità e criteri definiti con regolamento [...]; b-bis) dare in concessione a soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale secondo modalità, criteri e garanzie definiti con regolamento [...]”.

È poi intervenuto il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, il quale, da un lato ha abrogato l’art. 10 d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, e, dall’altro, ha inciso notevolmente sulle modalità di gestione indiretta, introducendo un’ulteriore semplificazione nella struttura dell’art. 115 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42: scompare, rispetto alla soluzione previgente, l’alternativa fra affidamento diretto e concessione a terzi, facendosi riferimento esclusivamente a quest’ultima. Dunque, tra i diversi strumenti utilizzabili per le esternalizzazioni, fondati tanto su atti aventi natura negoziale quanto su atti aventi natura unilaterale, il legislatore del 2006 sceglie quest’ultima opzione, accogliendo il solo modello concessorio.

2.3.1. I soggetti concedenti

²¹ La previsione del possibile ricorso all’esternalizzazione, per il settore dei beni culturali, non è un’innovazione dovuta al Codice. Essa era stata contemplata, sia pure in termini differenti, da precedenti disposizioni legislative, pur non avendo avuto, specie da parte dell’amministrazione statale, applicazioni diffuse, anche a causa della mancata o ritardata adozione dei provvedimenti regolamentari necessari. In particolare, è stato l’art. 10 d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, istitutivo del MIBAC, più volte riformulato e poi abrogato dall’art. 6 d.lgs. n. 156/2006, ad avere esteso all’ambito della cultura la possibilità di ricorrere a processi di esternalizzazione, superando in tal modo le perplessità che si opponevano all’idea di aprire la gestione dei beni culturali a soggetti anche privati. Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Pubblico e privato nella gestione dei beni culturali: ancora una disciplina legislativa nel segno dell’ambiguità e del compromesso*, cit.

²² La gestione indiretta tramite affidamento diretto delineava un modello c.d. “in house”, inteso in senso lato e atecnico. Sul punto cfr. P. CARPENTIERI, *Articolo 115*, cit., 513 – 517.

²³ La concessione a terzi è stata introdotta in un momento successivo alla formulazione originaria della norma dall’art. 33 l. 28 dicembre 2001, n. 448, poi modificata dall’art. 80, comma 52, l. 27 dicembre 2002, n. 298.

Ai fini dell'individuazione dei soggetti concedenti, il legislatore utilizza la tecnica del rinvio espresso alle previsioni di cui all'art. 112, nella formulazione operata dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156. Di qui la necessità di una lettura congiunta dell'art. 115 e dell'art. 112, per una compiuta e completa percezione della disciplina di riferimento.

L'art. 115, al comma 3, individua infatti i concedenti nei soggetti ai quali l'art. 112 assegna le attività di valorizzazione dei beni culturali. In particolare, il richiamo all'art. 112 consente di circoscrivere due diverse tipologie di soggetti da cui la concessione può essere disposta: lo Stato, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali, per l'elaborazione dei piani strategici e di sviluppo culturale, con l'eventuale partecipazione dei soggetti privati legittimati²⁴ ex art. 112, comma 8, qualora siano conferitari dei beni che si tratta di valorizzare. In ordine a tale ultimo aspetto, il comma 7 dell'art. 115 chiarisce che “le amministrazioni possono partecipare al patrimonio dei soggetti di cui all'art. 112, comma 5, anche con il conferimento in uso dei beni culturali che ad esse pertengono e che siano oggetto di valorizzazione”.

Prima delle modifiche apportate dal legislatore del 2006, il medesimo art. 115, al comma 9, con specifico riferimento alle ipotesi di gestione indiretta attuata tramite “affidamento diretto a istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni appartengono”, testualmente disponeva: “il titolare dell'attività può partecipare al patrimonio o al capitale dei soggetti di cui al comma 3, lettera a), anche con il conferimento in uso del bene culturale oggetto di valorizzazione”.

Abrogato, per effetto del decreto correttivo, il disposto di cui al comma 3, lett. a), si è giunti all'attuale formulazione del comma 7.

In ogni caso, “i beni conferiti in uso” – precisa la parte finale del medesimo comma 7 – “non sono assoggettati a garanzia patrimoniale specifica se non in ragione del loro controvalore economico” e inoltre “gli effetti del conferimento si esauriscono, senza indennizzo, in tutti i casi di cessazione dalla partecipazione ai soggetti di cui al primo periodo o di estinzione dei medesimi”, nonché in caso di grave impedimento, da parte del concessionario, degli obblighi derivanti dalla concessione e dal contratto di servizio.

In definitiva, i soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'art. 112, comma 5, possono assumere sia essi stessi le vesti di soggetti gestori delle attività di valorizzazione sia ricorrere, qualora siano conferitari di beni, al modello concessorio.

2.3.2. I terzi concessionari

L'art. 115 non contiene alcuna specifica indicazione circa i terzi concessionari. L'unica indicazione espressa che la norma fornisce si traduce in un limite: la parte finale

²⁴ In ordine all'individuazione del privato partecipante cfr. C. BARBATI, M. CAMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, cit., 203, secondo cui l'art. 115 nulla dice a proposito delle procedure per l'individuazione dei privati *non profit*, legittimati a far parte dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'art. 112, comma 5. “Benché si sia in presenza di interventi (servizi) riferiti ad un settore sensibile, com'è, secondo le valutazioni espresse anche in sede comunitaria, la cultura, della quale si può assumere la natura non economica [...] e che per ciò stesso, non è assoggettato alla necessità di procedure atte a garantirne l'apertura alla concorrenza [...], per tutti i servizi, dunque anche per questi, come ha avuto modo di precisare la stessa Commissione europea, si deve immaginare il rispetto di alcuni principi comunitari, come quello di non discriminazione [...]. Principio che, secondo l'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, richiede un obbligo di trasparenza, consistente, soprattutto, nel vincolo di garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità [...]. Si può dunque immaginare, anche per questi tipi di servizi e per le fattispecie previste dall'art. 115, l'utilizzo di una qualche forma di procedura comparativa, idonea a consentire un confronto tra i diversi soggetti, posti in posizione di parità, oltre che a garantire il rispetto, richiesto dalla giurisprudenza amministrativa, delle esigenze di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa”.

del comma 3 prevede, infatti, che “i privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all’art. 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione”.

Si tratta tanto di persone fisiche, nella loro qualità di proprietari dei beni culturali, oggetto di valorizzazione, quanto di persone giuridiche private, senza scopo di lucro, anche senza la disponibilità di beni culturali oggetto di valorizzazione, purché il loro intervento in questo settore sia previsto dalla legge o dallo statuto.

Questi soggetti, secondo il dettato legislativo, non potendo rivestire, al contempo, la duplice posizione di condente e concessionario, risultano esclusi dal rapporto concessorio.

Al di là di questo limite espresso, i concessionari delle attività di valorizzazione possono essere individuati in qualsiasi altro soggetto, in posizione di terzietà rispetto al concedente, sia esso persona fisica o giuridica, non solo di natura privata ma anche pubblico-privata.

Quanto, poi, all’identificazione del terzo concessionario, sempre il comma 3 dell’art. 115 prescrive che questa sia effettuata “mediante procedure ad evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti”. Il ricorso alla procedura concorsuale, se da un alto è funzionalizzato alla garanzia del rispetto dei principi di matrice comunitaria di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità, ai fini di un’apertura alla concorrenza delle attività di valorizzazione, dall’altro introduce “un criterio di selezione adeguato all’oggetto della concessione, ossia riferito all’affidabilità, anche scientifica, del progetto di valorizzazione”.

2.3.3. Modalità e oggetto della concessione

L’art. 115, comma 3, prevede che la concessione possa essere disposta “anche in forma congiunta e integrata”. Consente, in sostanza, forme di collaborazione tra soggetti pubblici e riconosce la possibilità che la concessione abbia a oggetto più interventi e più azioni, caratterizzati da una redditività economica maggiore di quella assicurata dalla gestione dei soli beni culturali²⁵.

Il comma 5 della medesima disposizione precisa quali debbano essere i contenuti minimi del contratto di servizio che regola il rapporto di concessione. In esso devono essere determinati, tra l’altro, “i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione e i relativi tempi di attuazione”, “i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare”, le professionalità degli addetti nonché “i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene”.

Ai sensi dell’ultimo periodo del comma 4 dell’art. 115, “la gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all’art. 114”, ossia deve rispettare i livelli minimi uniformi di qualità delle attività di valorizzazione sui beni di appartenenza pubblica, che il Ministero, le Regioni e gli altri enti pubblici territoriali, con il concorso delle Università, sono chiamati a fissare, curandone l’aggiornamento periodico.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI ESSENZIALI

G. ALPA, *Imprese e beni culturali. Il ruolo dei privati per conservazione, restauro e fruizione*, in *Quaderni regionali*, 2-3, 1987, 507 ss.

A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005.

²⁵ C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, cit., 206.

- N. ASSINI, G. CORDINI, *I beni culturali e paesaggistici. Diritto interno, comunitario, comparato e internazionale*, Padova 2006.
- T. AUTIERI, M. DE PAOLIS, M.V. LUMETTI, S. ROSSI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Rimini, 2007.
- C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2006.
- M.A. CABIDDU, N. GRASSO, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005.
- M. CAMMELLI, *Decentramento e “outsourcing” nel settore della cultura: il doppio impasse*, in *Diritto pubblico*, 2002, 261 ss.
- M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007.
- L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2005, 785 – 791.
- L. CASINI, voce *Beni culturali (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 679 – 690.
- G. CLEMENTE DI SAN LUCA, R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2005.
- G. LEONE, A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006.
- L. MEZZETTI, *I beni culturali. Esigenze unitarie di tutela e pluralità di ordinamenti*, Padova, 1995.
- R. TAMIOZZO (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005.
- A.L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali. Attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, 2004.
- G. TROTTA, G. CAIA, N. AICARDI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5-6, 2005, 1, 2006.

(18 aprile 2012)