

## LA VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI TRAMITE ACCORDI \*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La valorizzazione: la forma, i contenuti, i fini. Caratteri, problemi e natura dell'istituto. – 3. La programmazione “negoziata”. Gli obiettivi e i piani strategici di sviluppo culturale. I progetti e i programmi. – 4. *segue*: gli usi consentiti tra esigenze economiche e necessità di rispettare la dignità intrinseca dei beni. – 5. L'amministrazione consensuale: gli accordi, le intese, il partenariato. – 6. Gli accordi pubblicistici e il principio di trasparenza. – 7. Il partenariato. – 8. L'affidamento a terzi dell'attività di valorizzazione tra tipicità e autonomia. – 9. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Quali sono le condizioni necessarie per porre in essere, mediante accordi e contratti, iniziative di valorizzazione di beni culturali? In che modo armonizzare le regole extragiuridiche che governano la vita dei beni sensibili di cui trattasi con la normativa di settore? Come conciliare quindi la dignità intrinseca del patrimonio culturale con le aspettative e le esigenze (lucro, messa in valore) del privato?

Sono queste le domande alle quali saranno tenuti a rispondere coloro che, a vario titolo, si occuperanno nei prossimi anni della valorizzazione del patrimonio più importante del nostro Paese.<sup>1</sup>

---

\* Questo scritto è destinato agli Studi in onore del Prof. Franco Bassi.

<sup>1</sup> Il nostro petrolio, come si usa dire, in modo peraltro assai retorico, stante l'evidente differenza tra una *res* (il petrolio) di facile e sicura commerciabilità e un *asset* (quello culturale) tendenzialmente «non negoziabile» (al pari di altri beni che incorporano valori costituzionali) e comunque onerato da mille vincoli. E' un mito, insomma, non solo la redditività, ma anche la stessa possibilità di un'integrale autosostenibilità economica delle iniziative di valorizzazione (autenticamente culturale) di beni. «Storicamente, infatti, non esistono casi di gestioni di beni culturali che possono dirsi autosostenute. I costi di investimento e di esercizio di un bene culturale, nel lungo periodo (comprensivi dunque dei costi di restauro e manutenzione), non possono essere ripagati tramite i ricavi di esercizio. Esistono alcune situazioni particolari (ad esempio i Musei civici di Venezia [Migale 1995] in cui costi e ricavi di esercizio annuali sono in pareggio, ma che non tengono conto degli ammortamenti e degli investimenti iniziali» come rilevato da A. LEON e V. TUCCINI, *La dimensione economica del patrimonio culturale*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI e G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna 2011, p. 247.

E' quindi opinione comune quella per cui, dovendo soddisfare esigenze di efficienza e rispettare quello che è divenuto un nuovo principio base del nostro ordinamento costituzionale-amministrativo e cioè l'equilibrio di bilancio (quindi il risparmio, la riduzione della spesa), sia assolutamente indispensabile, per porre in essere le predette attività, unire le forze (sistemi, reti, distretti) e ricorrere all'apporto, peraltro non solo economico, dei privati e, più in generale, dei mercati<sup>2</sup>. Da qui il richiamo frequente al partenariato e, in particolare, a quello tra il pubblico e il privato – di norma concepito invece per le “opere calde” – anche per la valorizzazione e la gestione dei beni culturali e, più in generale, dei beni comuni “freddi”<sup>3</sup>. A volte il termine, nella sua versione originaria (*partnership*) e magari utilizzato unitamente a quello di sussidiarietà, è

---

<sup>2</sup> In considerazione del fatto che, come si è visto nella nota precedente, le iniziative in questione non sono normalmente autosostenibili, non resta infatti che ricorrere allo Stato (ormai assente sul punto) o al mercato. Fondamentale sta diventando anche, più in generale, l'attività di *fund raising*. Non è un caso che la scarsa giurisprudenza esistente in materia di concessioni di valorizzazione si occupi, anche se incidentalmente, della materia. Secondo T.A.R. Lazio, Roma, 18 giugno 2013, n. 6094 (caso del complesso monumentale del Vittoriano) «il fund raising, ovvero l'attività di raccolta di fondi e di incentivi economici, ha assunto un ruolo sempre più rilevante nella c.d. economia sostenibile dei singoli Paesi, soprattutto da quando è in atto un periodo di seria crisi che ha investito la maggior parte della popolazione mondiale e degli Stati del globo. Infatti, fino ad oggi il fund raising è stato inteso per lo più come correttivo dell'economia pubblica e del mercato laddove questi sistemi non erano in grado di coprire tutte le esigenze di benessere di una comunità garantendo equità. Ora il quadro, a parere degli esperti, è radicalmente cambiato: ad essere in gioco è la sostenibilità di tutto il sistema di welfare e il fund raising è chiamato ad assumere un ruolo di assoluto rilievo in una economia pubblica che non può solo basarsi sul prelievo fiscale ma anche, se non soprattutto, su scambi volontari e investimenti sociali».

Per quanto riguarda la «spasmodica» ricerca di fondi nell'ambito dei beni culturali cfr., da ultimo, G. MANFREDI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto online*, 2014, 1.

<sup>3</sup> Le «opere fredde» sono quelle aventi un carattere sociale preponderante, per le quali non è possibile l'applicazione – nella fase di gestione – di tariffe adeguatamente remunerative per ripagare gli investimenti iniziali e remunerare il capitale di rischio: si pensi alle scuole, all'edilizia sanitaria e giudiziaria. Al contrario, le «opere calde», sono capaci di realizzare un reddito attraverso ricavi di utenza, consentendo così la copertura degli investimenti e la remunerazione del capitale di rischio: tra tale tipo di opere si menzionano quelle tipiche dei settori infrastrutturali, ad esempio le autostrade, gli aeroporti, i parcheggi, i cimiteri.

Si rimanda, per un approfondimento sulla distinzione tra tali due tipologie di opere, coniata nell'ambito della finanza di progetto, a G. TAMBURI, *Come applicare il project financing alle opere «calde» e alle opere «fredde»*, in U. DRAETTA (a cura di), *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, p. 95 ss.

servito per rendere meno triste il dato di realtà: il pubblico non è più in grado di finanziare il restauro dei beni culturali.

Si cercherà quindi con il presente scritto di illustrare le discussioni, i problemi e qualche punto fermo, in sintesi di inquadrare – in via meramente propedeutica – l’argomento. A tal fine si provvederà essenzialmente a descrivere e ricostruire, anche sotto il profilo del diritto positivo, lessico e contenuti degli istituti tipici, partendo dalle nozioni base: valorizzazione, programmazione, accordi, partenariato, concessioni. Cercheremo poi di abbozzare, «tra le righe», qualche sommessima opinione in merito (solo) ad alcune delle domande poste in epigrafe, tenendo presente e anticipando che, comunque, ogni stagione ha le sue peculiari risposte, le sue mode (si pensi all’enfasi posta sulle società miste, istituto ormai in declino) e che, mai come in questa materia, è vera l’affermazione secondo la quale non esistono degli strumenti e dei sistemi (giuridici, organizzativi) in assoluto buoni, perfetti.

## **2. La valorizzazione: la forma, i contenuti, i fini. Caratteri, problemi e natura dell’istituto.**

Il termine valorizzazione, ora comunemente usato nei più svariati settori, inizia a farsi strada, nell’ambito dei beni culturali, in Francia (*mise en valeur*)<sup>4</sup>, Paese abile nel creare e demolire miti di vario genere<sup>5</sup>. In Italia viene introdotto quantomeno a partire dalla “Commissione Franceschini”<sup>6</sup> per poi giungere ad un approdo definitivo nelle varie edizioni del Codice dei Beni culturali<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> La nozione di valorizzazione assume una connotazione giuridicamente rilevante nella legge francese n. 62-903 del 4 agosto 1962, in particolare in relazione ai centri storici (cfr. G. SEVERINI, *Valorizzazione del patrimonio culturale*, in M. A. SANDULLI, a cura di, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, p. 55).

<sup>5</sup> Marcel Proust includeva «l’arte di valorizzare» tra le «Arts du Néant», vale a dire le Arti del Nulla, come rilevato da L. CASINI, *Oltre la mitologia giuridica dei beni culturali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto online*, 2012, 1-2.

<sup>6</sup> Commissione istituita con l. 26 aprile 1964, n. 310 e incaricata di «condurre una indagine sulle condizioni attuali e sulle esigenze in ordine alla tutela e alla valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio» (art. 1 di tale legge). Per un approfondimento sull’operato della Commissione si veda G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali. Storia e attualità*, Padova, 2013. In relazione alla successiva lezione “Gianniniana” si veda da ultimo la “disincantata” ricostruzione operata da G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014,1.

<sup>7</sup> Sul Codice in questione si richiamano, a partire dai trattati più recenti: M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit.; M. CAMMELLI (a cura di), con il coordinamento di C. BARBATI e G. SCIULLO, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna,

Più in particolare, la valorizzazione, secondo la definizione di cui al vigente art. 6, comma 1, d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, «consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione e il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale...»<sup>8</sup>.

---

2007; G. LEONE e A.L. TARASCO (a cura di), *Commentario al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Padova, 2006; A.L. MACCARI e V. PIERGIGLI, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, Milano, 2006; N. ASSINI e G. CORDINI, *I beni culturali e paesaggistici*, Padova, 2006; A. ANGIULLI e V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005; G. TROTTA, G. CAIA e N. AICARDI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2005, 5-6, p. 1045 ss.; R. TAMIOZZO (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005; G. CAIA (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Padova, 2000.

Per un'esposizione sistematica della materia si si rinvia a C. BARBATI, M. CAMELLI e G. SCIULLO, *Il diritto dei beni culturali*, Bologna, 2006; G. CLEMENTE DI SAN LUCA e R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2008; A. CROSETTI e D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2011.

<sup>8</sup> Sulla nozione di «valorizzazione» si rimanda ai commenti, circa l'art. 6 del d.lg. n. 42/2004, contenuti nelle opere citate nella nota precedente.

Particolarmente interessante, da ultimo, D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, 2011. Nella monografia sono acutamente e diffusamente trattate, con dovizia di casi, alcune questioni - ancora oggi - di difficile risoluzione (il rapporto tra vincoli, usi, attività, libertà di impresa...). Cfr. altresì: N. AICARDI, *Recenti sviluppi sulla distinzione tra "tutela" e "valorizzazione" dei beni culturali e sul ruolo del ministero per i Beni e le Attività culturali in materia di valorizzazione del patrimonio culturale di appartenenza statale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2003, 1; L. CASINI, *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali*, in *Giorn.dir.amm.*, 2004, p. 479 ss.; C. BARBATI, *La valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2004, 1; D. AMIRANTE e V. DE FALCO (a cura di), *Tutela e valorizzazione dei beni culturali. Aspetti sovranazionali e comparati*, Torino, 2005; P. BILANCIA (a cura di), *La valorizzazione dei beni culturali. Modelli giuridici di gestione integrata*, Milano, 2006; M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità sociale*, in *Riv.giur.urb.*, 2007; G. SEVERINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, 3, p. 238 ss.

Per una disamina degli strumenti di valorizzazione individuati nella legislazione più recente, cfr., in questo volume, M. RENNA, *Federalismo demaniale e strumenti di valorizzazione dei beni pubblici*.

Sull'individuazione di quali beni debbano essere sottoposti a valorizzazione e quindi sulla competenza a individuare tali beni, si veda la sentenza della Corte Cost. 17 luglio 2013, n. 194, commentata da L. CASINI, *"Le parole e le cose": la nozione giuridica di bene culturale nella legislazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 3, p. 257 ss.

Dalla norma in questione si ricava quindi come gli enti a ciò deputati, ma potremmo dire la *res publica*, abbiano il potere/dovere: a) di esercitare la relativa funzione (letteralmente così definita dall'articolo citato), in senso lato amministrativa, seguendo - in astratto - lo schema tradizionale potere-funzione-procedimento; b) di svolgere, in concreto, i servizi (attività) necessari al raggiungimento dei risultati attesi: conoscenza, conservazione, promozione della fruizione del bene culturale e della cultura in generale. Tutto ciò tanto in modo mediato, attraverso la predisposizione di strumenti regolatori (la disciplina, la pianificazione), quanto direttamente attraverso un *facere* (l'attività).

L'attività e le procedure, a loro volta, possono essere: - di tipo unilaterale (eccezionalmente, solo nel caso in cui vi siano delle interferenze con la conservazione) o consensuale; - inquadrabili come pubblico servizio, mero servizio o attività materiale (dipende da quello che, in concreto, viene effettuato e/o affidato); - esercitate direttamente, con mezzi e risorse proprie dell'amministrazione, o indirettamente, tramite accordi, convenzioni, esternalizzazioni.

Il Codice dei Beni Culturali illustra poi in particolare quali siano:

- i contenuti, cioè la «costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero ... messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità indicate all'articolo 6» (art. 111). Si tratta quindi di attività di tipo imprenditoriale, stante il richiamo espresso alla terminologia utilizzata dal codice civile per identificare l'attività d'impresa;

- le forme di gestione e cioè i modelli di coordinamento, direzione, esecuzione ed esternalizzazione, con la precisazione che, a parere di chi scrive, la gestione deve essere intesa come un mero strumento della valorizzazione (si tratta del resto di mere «forme») (art. 115);

- le finalità dell'attività di valorizzazione e cioè l'utilizzo e la fruizione, in vista, più in generale, dello sviluppo della cultura (art. 6 del Codice, ma anche art. 1 che richiama, ovviamente, l'art. 9 della Costituzione).

Si specifica quindi come all'attività di valorizzazione, a partire dalla fase della programmazione, possano (debbano, diremmo noi) partecipare e collaborare, in un'ottica di sussidiarietà verticale e orizzontale, tanto le amministrazioni pubbliche, diverse da quelle titolari di diritti sui beni e a vario titolo coinvolgibili, quanto i privati (singoli, associati, imprese, volontariato). D'altro canto, già nell'art. 6 del Codice sopra citato, all'ultimo comma, è specificato che «La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione

del patrimonio culturale». E ancora «A tali attività possono concorrere, cooperare o partecipare soggetti privati».

La valorizzazione, pertanto e come sopra detto, non è prerogativa dello Stato. Si tratterebbe (considerata nel suo complesso) di un servizio pubblico «oggettivato». Tant'è vero che, in materia di «iniziativa», l'art. 111 del Codice prevede espressamente come questa sia pubblica o privata, precisando a tal fine (commi 3 e 4) che «La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione. La valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale».

Ulteriori disposizioni concernenti la valorizzazione sono poi dettate dagli artt. 112, in particolare prima parte, e 113 del Codice, dedicati alla valorizzazione rispettivamente dei beni di appartenenza pubblica e di quelli di proprietà privata<sup>9</sup>.

La partecipazione dei privati e del pubblico (enti non proprietari) all'esercizio della funzione/servizio in questione, a tutti i livelli, dalla programmazione alla fase esecutiva, sembra pertanto essere, alla luce del dettato normativo e in ultima analisi, fondamentale e quasi paritaria. Pubblico e privato dovrebbero concorrere e cooperare (da qui la rilevanza dinamica degli accordi e dei contratti) al fine rendere utilizzabili, fruibili, quindi «utili», i beni culturali, considerati beni comuni<sup>10</sup>. Il tutto appunto

---

<sup>9</sup> L'art. 113 sulla valorizzazione dei beni di proprietà privata dispone che le attività e le strutture di valorizzazione, ad iniziativa privata, di beni culturali di proprietà privata possano beneficiare del sostegno pubblico. da parte dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali. Le modalità della valorizzazione sono stabilite con accordo da stipularsi con il proprietario, possessore o detentore del bene in sede di adozione della misura di sostegno.

<sup>10</sup> A partire dagli studi del premio Nobel Elinor Ostrom è diventata quasi obbligata la scomposizione dei beni in privati, di club, pubblici e comuni. I *commons* soddisfano interessi generali fondamentali e contribuiscono al libero sviluppo della persona. All'interno di questa categoria vi rientrano i beni archeologici, culturali e ambientali. Si tratta quindi di beni che richiedono una tutela da parte dell'ordinamento particolarmente intensa, posto che sono a consumo non rivale ma con problemi di esauribilità. Essi possono appartenere non solo a persone giuridiche pubbliche ma anche ai privati e, in ogni caso, deve esserne assicurata la fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Sui vari tipi di beni (privati, pubblici, comuni), si rinvia a E. BOSCOLO, *Beni pubblici, beni privati e beni comuni*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, 3, p. 341 ss. In relazione ai beni culturali si richiama a G. GALEAZZO, *Limiti del pubblico e doveri civici*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto online*, 2011, 2.

Nella rivista da ultimo citata (2013, 1), si vedano quindi gli articoli di S. MAROTTA, *La via italiana ai beni comuni*, A. GAMBARO, *Note in tema di beni comuni*, T. BONETTI, *I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra "mito" e "realtà"*, C. IAIONE, *La città come bene comune*.

per soddisfare alcuni fra i più elevati precetti costituzionali e cioè «lo sviluppo della cultura» e della «solidarietà sociale», come recita l' art. 111 comma 4.

Tutto quanto sopra esposto vale, anche se in forma, se così si può dire, ridotta ed attenuata, degradata, per i servizi un tempo detti aggiuntivi ed ora denominati dall'art. 117 più generalmente come “*servizi per il pubblico*”. Si tratta dei servizi editoriali e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi, del recapito del prestito bibliotecario, della gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali; della gestione dei punti vendita e dell'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni; dei servizi di accoglienza, dall' accompagnamento culturale ai servizi di ristorazione; dell'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali e della realizzazione di iniziative promozionali.

I servizi in questione potrebbero insomma essere considerati, stante il carattere non esaustivo e non tassativo dell'elencazione di cui all'art.117, come un *quid minoris* rispetto alla valorizzazione. Quando l'attività «trascolora», si avvicina alla materialità del bene, è meramente ausiliaria (si pensi alle pulizie), perde il carattere di funzione, è assimilabile a un mero servizio, si rivolge direttamente alla mera corporeità dell'oggetto (il bene) o del soggetto (il pubblico fruitore), ecco che il termine ormai aulico ed onnicomprensivo di valorizzazione cede al più prosaico sostantivo di servizio aggiuntivo o per il pubblico<sup>11</sup>.

---

Il tema dei beni comuni, come dimostrano i recenti molteplici interventi, è quindi “in divenire”. Si veda da ultimo, in questo volume, V. CERULLI IRELLI e L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritto collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*.

<sup>11</sup> G. PIPERATA, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2010, 1) ricostruisce in modo completo la storia - in realtà recente - dei servizi in questione. Evidenzia come i servizi aggiuntivi museali siano stati introdotti nell'ordinamento italiano con la l. 14 gennaio 1993, n. 4 (c.d. legge Ronchey). Prima di tale legge, vi erano limitati casi di concessione d'uso a soggetti privati di aree per sfruttamento commerciale all'interno di luoghi di cultura (ma si trattava di ipotesi residuali, non integrate nel processo di valorizzazione). Successivamente alla c.d. legge Ronchey, il legislatore italiano è più volte intervenuto al fine di rivedere la disciplina dei servizi aggiuntivi, ogni volta cambiando significativi aspetti di fondo dello strumento gestionale.

Inizialmente i servizi aggiuntivi rappresentavano una categoria comprensiva di poche attività (quali il servizio editoriale e di vendita riguardante le riproduzioni di beni culturali e la realizzazione di cataloghi ed altro materiale informativo, i servizi riguardanti i beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito nell'ambito del prestito bibliotecario e i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba) ed il regime gestionale previsto era quello concessorio, basato sull'affidamento con gara di un contratto di durata quadriennale avente ad oggetto il servizio.

Successivamente, in base a quanto previsto dall'art. 47-quater, d.l. 23 febbraio 1995, n. 41, convertito in l. 22 marzo 1995, n. 85, la categoria e le attività in questione sono state

Ebbene, in relazione a quanto evidenziato circa la valorizzazione in generale (soggetti, contenuti, modalità, finalità), si potrebbe quindi affermare come i termini ed i servizi in questione (compresi quelli per il pubblico), pur essendo giuridicamente pregnanti ed individuati, siano caratterizzati – in merito alla definizione degli stessi – da almeno tre aspetti problematici.

---

ampliate ed estese in modo sensibile. Sono state cioè: a) incluse altre attività facenti parte, concettualmente, del nucleo originario (ad esempio i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica e di fornitura di sussidi catalografici, audiovisivi ed informatici, di utilizzazione commerciale delle riproduzioni, di gestione dei punti vendita, dei centri di incontro e di ristoro, delle diapoteche, delle raccolte discografiche e biblioteche museali, di organizzazione delle mostre e delle altre iniziative promozionali); b) introdotte anche alcune attività di supporto e strumentali (ad esempio, i servizi di pulizia, di vigilanza, di gestione dei biglietti di ingresso).

E' intervenuto poi il t.u. 29 ottobre 1999, n. 490, che ha preferito utilizzare la locuzione servizi di assistenza culturale e di ospitalità per identificare i servizi aggiuntivi, ha ammesso la possibilità di rinnovare la concessione alla scadenza, e, in particolare, ha per la prima volta previsto la possibilità che alcuni servizi aggiuntivi, come i servizi di biglietteria, pulizia e vigilanza, potessero essere concessi insieme alle altre attività prestazionali in un unico affidamento (la logica del *global service*). La scarsa redditività dei servizi in questione ha poi spinto il legislatore ad intervenire ulteriormente. La prima occasione è stata fornita dall'approvazione del Codice dei beni culturali, il d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, nel quale i servizi aggiuntivi sono stati ancorati al sistema della valorizzazione dei beni culturali, con l'intento di rafforzare la reale funzione dell'istituto in questione e di consentirne un idoneo utilizzo con lo scopo (recita testualmente e enfaticamente il Codice) di promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e di assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Dopo pochi anni è quindi intervenuto l'art. 14, d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 novembre 2007, n. 222 e attuato con il d.m. 29 gennaio 2008. L'obiettivo perseguito è stato quello di assicurare efficienza ed efficacia nella gestione ed erogazione dei servizi aggiuntivi, nonché una maggiore razionalizzazione delle risorse disponibili. Lo strumento utilizzato a tal fine è stato quello dell'integrazione sia tra attività (ossia tra i servizi indicati dall'art. 117) che tra istituti nei quali i servizi devono essere svolti, con riconoscimento in capo alle direzioni regionali per i beni culturali e paesaggistici e degli istituti dotati di autonomia speciale del compito di procedere all'affidamento degli stessi.

La novella del 2008 al Codice dei beni culturali e del paesaggio ha poi modificato l'art. 117, preferendo la locuzione «servizi per il pubblico».

Da ultimo (anche in ragione dell'abrogazione dell'art. 14, l. 29 novembre 2007, n. 222, riguardante l'obbligo di affidamento integrato di diversi servizi), sono quindi state emanate dal Ministero le «Linee guida in materia di affidamento in concessione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico negli istituti della cultura statale» (circolare n. 49 del 23 marzo 2009), poi aggiornate e integrate nel giugno 2010 a seguito dell'entrata in vigore della l. 29 giugno 2010, n. 100 (di conversione, con modificazioni, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64).

In primo luogo è riscontrabile una notevole complessità (e varietà) terminologica che, spesso, pone in ombra l'unitarietà della nozione. Si pensi al continuo rimando tra sostantivi diversi (per forma e contenuto) quali funzioni, servizi, attività, pubblici servizi. Il tutto potrebbe forse risolversi, considerato il richiamo espresso della socialità di cui al comma 4 dell'articolo 111, mediante l'assorbimento della nozione nel più ampio alveo (comunitario) dei servizi non economici, o solidali che dir si voglia, d'interesse generale<sup>12</sup>. Ciò con tutte le cautele del caso, ben sapendo che la definizione è quanto meno «mobile» e che nel nostro caso l'imprenditorialità è comunque, come si è detto, presupposta dalla norma.

In secondo luogo, ed è in parte conseguenza di quanto sopra esposto, si può constatare un'evidente e ampia polisemia. La valorizzazione è infatti essenzialmente un'attività e cioè la messa a disposizione e l'utilizzo, teleologicamente orientati alla fruizione del patrimonio e alla promozione della cultura, di strumenti, «risorse, strutture o reti» (cfr. art. 111), ma è anche, almeno nella nostra lingua, un risultato, cioè il buon esito che dovrebbe derivare dall'agire. Tra l'inizio e la fine del processo (ragionando in termini economici) o dei procedimenti (seguendo appunto la sequenza potere, funzione, procedimento), tra iniziativa (pubblica o privata) e *output*, esiste quindi una «foresta» di attività e significati diversi.

In terzo luogo, sempre specificando la predetta complessità semantica, è riscontrabile una «circolarità» dei concetti.<sup>13</sup> Per comprendere che cosa sia la valorizzazione occorrerebbe conoscere prima cosa significhino conservazione, restauro, tutela, fruizione, gestione, uso ed altro (e viceversa). A loro volta i concetti enunciati si intrecciano fra di loro e rimandano a quello di valorizzazione. La somma dei termini produce quindi un insieme, un «intero» frazionabile in tante parti e il senso di ogni

---

<sup>12</sup> Le classificazioni dei servizi di interesse generale (SIG), dei servizi di interesse economico generale (SIEG) e poi anche dei servizi sociali di interesse generale (SSIG), traggono origine, a livello comunitario, dal *Libro verde sui servizi di interesse generale*, Bruxelles, 21 maggio 2003, COM (2003) 270, cui hanno fatto seguito il *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, Bruxelles, 12 maggio 2004, COM (2004) 374, e la *Comunicazione della Commissione relativa a I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, Bruxelles, 20 novembre 2007 COM (2007) 724.

<sup>13</sup> E' stato rilevato come «secondo la *best practice* in atto in tutto il mondo, la sequenza tutela-conservazione-fruizione-gestione-valorizzazione è un *continuum* non segmentabile, e comporta unità di procedure conoscitive di azione amministrativa» da S. SETTIS, *Battaglie senza eroi. I beni culturali tra istituzioni e profitto*, Milano, 2005, p. 158. L'Autore critica quindi la «perniciosa» distinzione tra tutela, gestione e valorizzazione operata dai giuristi italiani in quanto «specioso e dannoso principio giuridico» (p. 119).

termine si potrebbe espandere a discapito dei significati delle altre nozioni (ferma dovrebbe restare la delimitazione dell'insieme).

Si tratta di problematiche non oziose, stante la rilevanza giuridica e pratica delle predette complessità ermeneutiche: diverso è per esempio il regime di un mero servizio, di un appalto (si pensi a parte dei servizi aggiuntivi), rispetto a quello di un pubblico servizio di valorizzazione globalmente inteso<sup>14</sup>. Al mutamento dell'inquadramento, della nozione, può insomma modificarsi sensibilmente il tipo di regole da applicare<sup>15</sup>.

Non vi è da stupirsi della predetta dinamicità, considerato il cangiante assetto dei pubblici servizi in generale e di quelli culturali in particolare (pensiamo al rapido avvicinarsi di novelle e riforme). Il diritto dei beni culturali, nella sua parte «servente», lontana dall'unilateralità e dall'autoritatività (caratteristiche del sistema sanzionatorio accessivo alla

---

<sup>14</sup> Evidenzia G. PIPERATA, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura*, cit., come, quanto alla disciplina giuridica delle varie parti di cui si compone la valorizzazione, vi siano stati tre diversi filoni interpretativi. Per il primo filone, l'affidamento a terzi di servizi aggiuntivi all'interno di luoghi o istituti di cultura è da qualificare nei termini dell'appalto pubblico di servizi. Si tratta di una qualificazione che si impone soprattutto per quei servizi come la biglietteria, la vigilanza, le pulizie, ecc. Altri autori, invece, hanno preferito enfatizzare il rapporto tra servizi e beni culturali, riconducendo così la fattispecie alla concessione di beni pubblici o, al massimo, mista (come, del resto, emerge dalle attività di gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali e di gestione dei punti vendita). Infine, una terza via è stata individuata, a maggior ragione dopo l'inquadramento dei servizi aggiuntivi tra le iniziative di valorizzazione da parte del Codice del 2004, nello strumento della concessione di servizio pubblico, qualificazione che non può essere negata, ad esempio, nel caso dei servizi connessi all'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali.

Sul punto, in giurisprudenza, si veda Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764 che qualifica quale concessione di servizi i rapporti complessi, come si vedrà nel paragrafo relativo al partenariato.

<sup>15</sup> A tale proposito è opportuno riportare, anche al fine di dimostrare la complessità della questione, quanto osservato dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nella deliberazione 6 marzo 2013, n. 6, in merito alla peculiarità dell'affidamento integrato dei servizi museali aggiuntivi.

Per l'Autorità, qualora la stazione appaltante decida di gestire i servizi strumentali in modo integrato con i servizi per il pubblico, gli stessi servizi strumentali vengono attratti nella procedura di gara con cui vengono affidati, in concessione, i servizi per il pubblico.

Quanto precede (sempre secondo l'Autorità) concorre a formare l'opinione che l'affidamento dei servizi strumentali, nel precipuo caso in esame, si integra in una concessione ma - si noti - esclusivamente da un punto di vista procedurale, non sostanziale. Pertanto, la relativa controprestazione non può essere rappresentata dal diritto di gestire tali servizi (art. 3, co. 12, D.lgs. 163/2006) "e di sfruttare economicamente" i servizi medesimi (art. 30, co. 2, D.lgs. 163/2006), ma corrisponde al prezzo di tale tipologia di servizi, ai sensi di quanto disposto dall'art. 3, commi 6 e 10, D.lgs. 163/2006 e dall'art. 1655 cod. civ.

parte sostanziale), è del resto contrassegnato da una notevole elasticità, da una bassa tipicità e da un'ampia discrezionalità<sup>16</sup>. Tutti elementi che inducono l'interprete a muoversi con estrema cautela.

Volendo riassumere e prendendo spunto dalle menzionate caratteristiche, si potrebbe affermare come anche il concetto di valorizzazione sia:

A) Elastico. Si espande infatti se le altre nozioni vengano «ridotte»;

B) Scarsamente «tipizzabile», essendo destinato a cambiare in relazione al mutare delle corrispondenti nozioni tecniche ed economiche. La valorizzazione è un concetto tecnico ancor prima che giuridico ed è «misurabile» dalle scienze aziendali;

C) Ampiamente discrezionale, nel senso letterale del termine. La sua delimitazione deve essere effettuata, nello spazio e nel tempo, mediante un attento discernimento che tenga conto del rilevato quadro interdisciplinare e della realtà della singola iniziativa oggetto di esame. La natura è destinata insomma a dipendere dal tipo di attività che venga effettivamente esplicitata e dalle modalità (mezzi e forme) concrete dell'intervento.

Da ultimo si potrebbe approfondire la relazione intercorrente tra la più generale categoria della valorizzazione dei beni pubblici e quella, appunto più specifica, riguardante i beni culturali. E' un rapporto di genere a specie, anche se in realtà la seconda categoria è - storicamente e cronologicamente parlando - antecedente e comprende anche beni non pubblici in senso formale? Ma l'argomento ci porterebbe lontano e non verrà pertanto affrontato.

### **3. La programmazione «negoziata». Gli obiettivi e i piani strategici di sviluppo culturale. I progetti e i programmi.**

La programmazione e la pianificazione intese, secondo la definizione tradizionale, come disegni ordinati di condotte future, costituiscono, anche nell'ambito del diritto dei beni culturali, tanto una necessità (un dovere giuridico, il più delle volte disatteso) quanto un mito, stante la difficoltà di coordinamento fra tutti gli enti e i soggetti, pubblici e privati, che dovrebbero essere coinvolti, seppur con pesi non uguali, diversamente ponderati, nell'attività di valorizzazione.

---

<sup>16</sup> I concetti di «elasticità», «bassa tipicità» e «ampia discrezionalità», riferiti in realtà alla diversa problematica della identificazione del bene culturale, sono ripresi da M. CAMELLI, *Introduzione*, in *Diritto e gestione dei beni culturali*, cit., p. 12.

E' comunque opportuno, prima di trarre delle conclusioni inutilmente pessimistiche, delineare il quadro di diritto positivo.

L'art. 112, comma 4, con un'impostazione (come vedremo) «irenista», pone al vertice del «disegno ordinato» un accordo di tipo pubblicistico (quindi uno strumento, non un contenuto) tra Stato, regioni e enti pubblici territoriali. L'accordo potrebbe riguardare anche beni di proprietà privata, previo consenso degli interessati, e dovrebbe avere come oggetto la definizione tanto degli obiettivi quanto dei piani strategici di sviluppo culturale e i relativi programmi.

Obiettivi e piani, in altre materie similari definiti autonomamente dagli enti titolari e depositari degli interessi pubblici oggetto di cura, sono quindi, nella disciplina in esame, normalmente – se non proprio obbligatoriamente, stante l'ipotesi da considerarsi residuale di cui al comma 6 dell'art.112 – predisposti attraverso forme negoziali. Eccezionale dovrebbe essere l'impiego di forme «unilaterali», quando invece in altri campi dell'azione amministrativa l'agire in modo indipendente è la norma (si pensi alle leggi regionali che in materia urbanistica hanno depotenziato il ruolo delle province a favore dei comuni, sempre più autoreferenziali).

La prospettiva definita irenista<sup>17</sup> ha in realtà uno scopo comprensibile, stante l'elevato numero di fallimenti di iniziative decretate, nell'ambito della valorizzazione, proprio per non avere previamente condiviso, con tutti i soggetti interessati, il percorso da seguire. Si tratta insomma di un precetto (il consenso come norma) che non deve essere considerato con sufficienza, avendo in realtà anche una sua evidente praticità, consistente nell'anticipare la «guerra». E' meglio del resto, ragionando in termini di costi in generale e di transazione in particolare, prevenire i problemi, magari arrivando anche alla decisione di non iniziare alcun tipo di progetto, piuttosto che sperare in un componimento delle tensioni in corso d'opera (le difficoltà col tempo spesso si ingigantiscono, diventano irresolubili).

---

<sup>17</sup> Il relativismo consensuale, o «panconsensualismo», è però criticato «perché rischia di offuscare il valore e l'efficacia regolativi del diritto, riducendo la norma giuridica a puro metodo, indifferente rispetto agli esiti sostanziali di graduazione e di regolazione dei rapporti: sicché in ultimo, rimettendo alle mediazioni e compensazioni che danno nuovo spazio alle pressioni locali, induttivamente degrada gli interessi di tutela e innalza allo stesso piano quelli antagonisti: ma il metodo non risolve il merito». Così G. SEVERINI, *Principi, patrimonio culturale*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 36, che richiama sul punto P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 6*, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 8.

Resta ora da chiarire quale dovrebbe essere l'oggetto del «negozio» e dei relativi strumenti programmatori.

Ebbene, gli enti a ciò deputati, nella suddetta programmazione negoziata, devono identificare e predisporre, come si è accennato:

a) *Obiettivi*. Non è indifferente, anche ai fini di valutare la legittimità di un piano, il comprendere se gli obiettivi attesi siano posti o meno in una credibile corrispondenza, in un nesso logico e rigoroso, con gli strumenti a ciò predisposti. Lo stesso discorso vale per gli oneri, i pesi, i sacrifici e i costi previsti e imposti: sono o meno diretti e proporzionati agli obiettivi?

b) *Piani strategici di sviluppo culturale*. La norma nulla dice, ma è pensabile che gli stessi debbano avere, per non incorrere in ipotesi di invalidità, un contenuto minimo. Elementi necessari potrebbero essere la definizione, in generale, di obiettivi e oggetto (contenuto), dei soggetti, dei loro ruoli, dei tempi di realizzazione, l'allocazione ripartita di costi e rischi (in questa fase genericamente previsti). In tale contesto si dovrebbe decidere se aderire o meno ad un modello in particolare (sistema, rete, distretto)<sup>18</sup> e come rapportarsi agli altri strumenti di pianificazione che, a diverso livello, potrebbero influire sulla definizione del piano. Si pensi alla pianificazione, in senso lato, urbanistica.

c) *Programmi*. Quanto sopra esposto dovrebbe trovare applicazione, in particolare e quindi in modo più dettagliato, nell'ambito dei singoli programmi di valorizzazione. Oggetto, tempo, spazio, costi, usi compatibili, individuazione della forma di gestione (diretta o indiretta), se del caso progetto (comunque attento studio di fattibilità), dovrebbero insomma essere considerati contenuto indefettibile del programma. Importante è anche il raccordo tanto con gli strumenti generali (pensiamo alla programmazione triennale e annuale dei lavori pubblici) quanto con eventuali programmi particolari, quali ad esempio i programmi unitari di valorizzazione dei beni demaniali (p.u.v.), strumenti previsti dall'art. 1, comma 262, della legge 27 dicembre 2006, n. 296<sup>19</sup>. Come è noto,

---

<sup>18</sup> Per quanto riguarda le reti, i distretti e altro, si rimanda a G.P. BARBETTA, M. CAMMELLI e S.DELLA TORRE (a cura di), *Distretti culturali: dalla teoria alla pratica*, Bologna, 2013, e ivi, in particolare, a S. DELLA TORRE, *Una strategia di valorizzazione dei beni e delle attività culturali*, p. 67.

<sup>19</sup> Il comma 262 dell'art. 1, legge n. 296 del 2006, dispone che l'Agenzia del demanio, d'intesa con gli enti territoriali interessati, possa «individuare una pluralità di beni immobili per i quali è attivato un processo di valorizzazione unico, in coerenza con gli indirizzi di sviluppo territoriale, che possa costituire, nell'ambito del contesto economico e sociale di riferimento, elemento di stimolo ed attrazione di interventi di sviluppo locale», in una considerazione unitaria degli immobili coinvolti che ne orienti l'utilizzo allo svolgimento di funzioni di «interesse sociale, culturale, sportivo, ricreativo, per l'istruzione, la promozione

difficilmente una finanziaria (quale altra legge potrebbe avere così pochi articoli e tanti commi...) si sottrae al retorico ed enfatico tentativo di prevedere consistenti «incassi» da una programmazione delle «valorizzazioni» (*rectius* dismissioni) immobiliari, quando è pacifico che anche la mera alienazione di beni ha tempi e risultati non sempre compatibili con le aspettative. Per quanto concerne i beni culturali è in realtà ben difficile (anche se non impossibile) pensare alla valorizzazione in termini di cessione di beni<sup>20</sup>. Troppi sarebbero i vincoli, le condizioni e le difficoltà per procedere fruttuosamente prima a una corretta iniziativa di dismissione e poi a una efficace pianificazione ed effettuazione dei controlli successivi alla vendita (il regime proprietario non sembra essere facilmente permeabile alle ispezioni e verifiche di amministrazioni oltretutto generalmente deboli...). Lo strumento insomma preferibile dovrebbe essere quello delle concessioni lunghe.

Definiti gli strumenti, è possibile ora evidenziare caratteristiche e problemi ricollegabili alla pianificazione.

La prima caratteristica che si evidenzia è quella inerente alla primazia della negoziazione (della programmazione). La negoziazione è, «prima che una procedura, essenzialmente una cultura, un metodo di governo territoriale, che privilegia il confronto e l'incontro delle responsabilità istituzionali, in una logica di sussidiarietà e partenariato»<sup>21</sup>. Come si è

---

delle attività di solidarietà e per il sostegno alle politiche per i giovani, nonché per le pari opportunità», funzioni che costituiscono elemento prioritario di individuazione dei beni insieme alla loro «susceptività di valorizzazione ... mediante concessione d'uso o locazione». Il p.u.v. (in modo ridondante sopra definito dalla norma) costituisce dunque una modalità di pianificazione e razionalizzazione degli interventi su un complesso patrimoniale pubblico sito nello stesso contesto territoriale, la cui programmazione viene gestita contestualmente, divenendo uno strumento di *governance* del territorio basato su condivisione e omogeneità degli obiettivi di riqualificazione urbana e sviluppo locale.

La finalità perseguita dal p.u.v. è dunque: - rendere disponibili immobili pubblici per destinarli ad attività di sviluppo territoriale, in coerenza con le strategie di programmazione economica, urbanistica e sociale locale; - ricercare una migliore collocazione degli uffici delle amministrazioni statali (perseguita attraverso la riduzione dei costi per gli affitti passivi e meccanismi di permuta di strutture appartenenti agli enti locali ma già utilizzate dalle amministrazioni stesse). Sull'argomento si veda l'attenta ricostruzione di A. SERRA, *Il coinvolgimento di beni culturali nel progetto di recupero degli immobili non più utilizzati dalla Difesa: profili giuridici*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2007, 2. Più in generale sull'argomento si rimanda a L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009.

<sup>20</sup> Circa l'alienabilità dei beni culturali si rimanda a A. FANTIN, *I beni immobili culturali di proprietà pubblica: aspetti pubblicistici*, Padova, 2008, in particolare p. 59 ss.

<sup>21</sup> Per M. CAMMELLI, *Pluralismo e cooperazione*, in *Diritto e gestione dei beni culturali*, cit., p.183, che analizza in particolar modo il profilo regionale, «Si tratta di una significativa

accennato, si tratta di un elemento positivo, che porta però con sé anche un paio di problematiche accessorie e cioè la dilatazione dei tempi delle decisioni, con conseguente aumento dei costi di transazione, e la probabilità che, nei vari passaggi, aumenti la possibilità di «accordi al ribasso» (per accontentare tutti si accettano esiti complessivamente non soddisfacenti). La programmazione negoziata<sup>22</sup>, di per sé profittevole, presupporrebbe insomma, per produrre frutti positivi, oltre ad una cultura condivisa, la capacità, che la p.a. notoriamente non ha, di negoziare.

L'argomento ci introduce ad una seconda caratteristica problematica e cioè alla doverosità della programmazione. In primo luogo non è chiaro quali possano essere le conseguenze per esempio del mancato inserimento di un'attività di valorizzazione in un previo piano, anche se, considerato il testo della norma e un'interpretazione logica-sistematica, non sembra si possa arrivare a esiti invalidanti analoghi a quelli di cui alla pianificazione urbanistica ( casi in cui un intervento edilizio non trovi corrispondenza in un piano, difformità di piani gerarchicamente ordinati ed altro). In secondo luogo, se la programmazione (della valorizzazione) è doverosa, risulta evidente come non esistano nella p.a. soggetti in grado di effettuarla, non sussistendo del resto neppure figure professionali *ad hoc*. Se insomma i piani e i programmi urbanistici sono di norma redatti da architetti ed urbanisti, per i quali esistono per esempio corsi di laurea specifici, i programmi delle opere pubbliche di cui al d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 da ingegneri e/o architetti, ci si chiede chi possa essere in grado di

---

assunzione di responsabilità da parte della Regione nell'esercizio di una funzione di coordinamento programmatico territoriale nella materia che ci occupa, che rende la Regione come soggetto di promozione e di governo dei processi di sviluppo locale e, contemporaneamente, come interlocutore istituzionale prioritario sul territorio sia del governo nazionale, sia di altri soggetti a vocazione pubblica (ancorché giuridicamente privati), come le fondazioni di origine bancaria[Petraroia 2006,172]. Il secondo elemento generale riguarda la struttura "a cascata" della programmazione negoziata [Zanetti, 2000, 2] poiché si sviluppa secondo un ordine gerarchico che muove dal generale (l'intesa istituzionale) per arrivare al particolare (l'accordo di programma o accordi semplici) per l'attuazione del concreto intervento da realizzare. L'ultimo profilo generale che emerge dalle disposizioni della l. 662/1996 è che la programmazione negoziata non dovrebbe rappresentare soltanto lo strumento per l'esercizio in comune di funzioni da parte di organismi pubblici ma anche la definizione di un quadro organico nel quale dovrebbe inserirsi l'azione dei privati interessati dagli interventi dei privati».

<sup>22</sup> Sull'istituto della programmazione negoziata e i beni in questione si rinvia a M. RENNA, *Al via la concertazione in materia di beni culturali: l'accordo di programma quadro tra ministero e regione Lombardia*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 1999, 2 e a L. Zanetti, *Gli accordi di programma quadro in materia di beni e attività culturali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2000, 4.

redigere i piani in questione. E' ovvio come debbano per forza interagire, unitamente a storici dell'arte ed esperti dei beni culturali, professionalità diverse: architetti, ingegneri, esperti di materiali lapidei nel caso in cui si debba intervenire su strutture e superfici, restauratori professionali, giuristi, aziendalisti, economisti della cultura<sup>23</sup>. Ciò con conseguente proliferazione di complicazioni e costi di vario genere; si pensi anche solo alla difficoltà «burocratica», per la p.a., di ricorrere a professionalità esterne. Tutte le figure in questione sono del resto necessarie già dall'inizio del percorso, anche se in modo e con un peso diverso, posto che, diversamente, la pianificazione si tradurrebbe in un mero libro di desideri.

#### **4. segue: gli usi consentiti tra esigenze economiche e necessità di rispettare la dignità intrinseca dei beni.**

La terza caratteristica problematica, ed è la più importante, riguarda gli usi consentiti. Bisogna infatti ritenere, come già accennato parlando del contenuto dei programmi, come quest' ultimi debbano già contenere la definizione delle utilizzazioni possibili del bene da valorizzare.

E' necessario a questo punto evidenziare come ben difficilmente - e purtroppo - siano credibili i manifesti e gli appelli riguardanti la grande rendita (sviluppo, progresso economico) che potrebbe derivare dalla valorizzazione dei beni. O meglio: a fronte dell'eccezionalità di enormi entrate che potrebbero scaturire anche dalla mera sponsorizzazione di un bene di fama internazionale (il caso Colosseo)<sup>24</sup>, fa parte del notorio come

---

<sup>23</sup> In particolare è fondamentale (per la sostenibilità dell'intervento) l'approfondimento (in senso lato) economico del piano. Non vanno cioè considerati solo gli impatti finanziari del progetto (costi / ricavi), ma anche gli effetti (positivi e negativi) che il progetto è in grado di produrre sulla collettività (costi / benefici). L'analisi costi / benefici si compone essenzialmente di due elementi e cioè: a) analisi finanziaria, che ha il compito di esaminare la redditività dell'investimento e dei costi e ricavi dell'attività economica; b) analisi economica, che deve analizzare il punto di vista della comunità rispetto alla quale l'iniziativa è destinata a produrre effetti. L'analisi economica deve insomma valutare non solo gli effetti monetari direttamente percepibili, ma anche le esternalità e i benefici indiretti. Per quanto riguarda i concetti in questione applicati alla programmazione di progetti riguardanti la valorizzazione delle risorse culturali cfr. A. LEON e V. TUCCINI, *La dimensione economica del patrimonio culturale*, cit., p. 233, nonché A. BARIILETTI e M. CAUSI, *Cultural Heritage, Resources and Employment: An Italian Perspective*, paper presentato all'Acei International Conference, Barcellona, 1998 e M. MAZZANTI, *Metodi e strumenti di analisi per la valutazione economica del Patrimonio culturale*, Milano, 2003.

<sup>24</sup> In Italia in realtà anche le cose facili diventano difficili. La sponsorizzazione del Colosseo, da parte di una nota società di moda italiana, è stata infatti contestata, con fasi alterne, *revirement*, pendenze varie, in diverse sedi. L'Autorità Garante della concorrenza e

la valorizzazione di un palazzo di grandissimo pregio (ma non conosciuto) sia, ragionando in termini contabili ed anche «forzando» sugli usi consentiti, tendenzialmente in perdita. Si tratta dello stesso problema nel quale incorre, oltre alla cultura, il sistema educativo in generale: contabilmente sempre in perdita, anche se da considerarsi, in prospettiva, nel tempo, motore di sviluppo economico e sociale.

Vista l'ampiezza e soprattutto la delicatezza del tema, in questa sede sia sufficiente rilevare, considerata la predetta «povertà» (contabilmente parlando) dei beni, l'esistenza di una notevole frizione, di una conflittualità tra «dignità» del bene (il rispetto della natura e della storia dello stesso) e usi consentiti. In parole più semplici (e con riserva di riprendere più avanti l'argomento sotto un diverso aspetto): se vengono consentiti usi altamente commerciali, si aumenta la redditività economica e si diminuisce la «povertà» del bene (circostanze fondamentali affinché quest'ultimo recuperi nel tempo la possibilità di autoconservazione, di uscire da uno stato di minorità), ma si rischia di compromettere - nell'immediato - la natura storico artistica e la dignità di quel che si vorrebbe valorizzare.

La predetta contraddizione fa emergere, come corollario, un quarto aspetto problematico, riguardante la decisione circa gli usi. Se cioè l'uso consentito (o meno) è così importante per la sopravvivenza del bene, occorre chiedersi chi e come debba prendere la determinazione in questione e che natura (e contenuto) abbia la stessa.

Sono possibili, per quanto riguarda il profilo soggettivo (*quis*) della decisione e ragionando – prescindendo dal diritto positivo – in termini astratti, svariate possibilità, corrispondenti a diversi punti di vista e visioni.

L'economista per esempio, nel caso in cui l'uso dovesse servire per remunerare gli investimenti (ristrutturazione e conservazione, apertura al pubblico), potrebbe dire: è il mercato, la pletora indifferenziata dei

---

del mercato, dopo un primo parere negativo sull'affidamento della sponsorizzazione in questione (AS 907 del 20 dicembre 2011), è tornata sui suoi passi, dichiarando legittimo l'operato del Ministero. Anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici si è pronunciata nel senso di ritenere legittimo l'affidamento di detta sponsorizzazione (deliberazione n. 9 dell'8 febbraio 2012). I giudici amministrativi, invece, chiamati a pronunciarsi non solo sulle modalità di affidamento ma anche nel merito della questione (insufficienza della somma ottenuta dallo sponsor, modalità di sfruttamento accordate a quest'ultimo per quattro lustri e altro), nulla hanno potuto statuire sul merito della questione posto che, con sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 31 luglio 2013, n. 4034, è stato dichiarato il difetto di legittimazione attiva delle associazioni che si erano schierate contro la predetta sponsorizzazione. In ogni caso la vicenda è stata, se così si può dire, positiva, nella misura in cui si è riflettuto sul fatto che, in realtà, le sovvenzioni private concernenti beni di altissima notorietà debbono e possono essere considerate non solo come dono.

possibili investitori, che, disponendo delle informazioni del caso, deve decidere gli usi (possibili, quindi remunerativi, ferma restando l'impossibilità dello «snaturamento» dei beni). Chi rischia ha tutto l'interesse a effettuare ricerche appropriate. Stabilire a priori un uso significherebbe del resto esporsi ad un «salto nel vuoto» (probabile fallimento del programma).

Una prospettiva del genere, ammissibile per chi ragionasse in termini aziendalisti, sarebbe destinata a creare scandalo e sconcerto presso i tecnici e gli studiosi del settore. Si creerebbe una santa alleanza tra intellettuali, alta burocrazia, associazioni, comitati, volta ad affermare la primazia dello stato sul mercato, dell'uso comune dei beni rispetto a una privatizzazione degli stessi<sup>25</sup>. Di norma in questi casi si ammette, più che altro per esclusione (per escludere il mercato), che la decisione debba essere di alta burocrazia e/o amministrazione tecnica, essendo improbabile che la reale determinazione possa essere assunta da una comunità indifferenziata, adespota e non responsabile (sono rari i comitati e le associazioni che si assumono il peso economico della scelta). In questa evenienza sono alte le probabilità che, ferma restando la positività di aver magari sottratto il bene ad un uso indecoroso e incompatibile con la natura dello stesso, il programma di valorizzazione sia destinato a non partire e/o a fallire.

Sempre ragionando in astratto ci potrebbe essere anche la possibilità di attribuire la decisione circa gli usi alla comunità degli utenti, per utilizzare la terminologia dimenticata della Costituzione (art. 43), o, come si usa dire oggi, a una comunità di cittadini attivi. Ragionando in termini sussidiari, con le dovute cautele (assunzione diretta di responsabilità) e tenendo conto che ipotesi del genere non potrebbero essere significative per beni ed opere di notevole rilevanza (anche sotto il profilo degli investimenti), si tratta indubbiamente di una ipotesi da approfondire e sviluppare. Il vantaggio consisterebbe anche nella riduzione dei conflitti e dei fenomeni oppositivi che, sempre più, caratterizzano le nostre società.

---

<sup>25</sup> Secondo P. CARPENTIERI, *La gestione dei beni culturali e la finanza di progetto*, in G.F. CARTEI e M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, p. 351, le posizioni rigidamente puriste «rischiano di precludere ogni apporto dei privati secondo un approccio statico-conservativo impeditivo a priori di una valorizzazione dinamica del patrimonio».

Sull'argomento ci si permette di rinviare a P. MICHIARA, *La finanza di progetto nei beni culturali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2008, 1, e, del medesimo Autore, a *Considerazioni sulla partecipazione dei privati nella gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica*, in *I beni pubblici. Tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. POLICE, Milano, 2008, p. 393 ss.

Quanto sopra esposto non confligge con il dato di diritto positivo e cioè con la potestà (*rectius* potere, autorità) decisoria di ultima istanza delle Soprintendenze, posto che ben difficilmente le stesse potranno in essere una (previa) pianificazione/programmazione di dettaglio in grado di definire, bene per bene, gli usi consentiti o, meglio, quelli vietati. Una definizione aprioristica di tal sorta rischierebbe del resto di essere inefficiente e non corrispondente alla mutevolezza dei tempi e del settore.

La decisione in questione spetta quindi, per concludere il punto (*quis*), ovviamente ai soggetti individuati dalle norme (alta burocrazia tecnica), ma la decisione sarà efficace (e potremmo spingerci a dire anche legittima) solo se sarà informata ad una previa valutazione della varietà di possibilità sopra esposte (coinvolgimento di tutti i soggetti potenzialmente interessati). La partecipazione, la concertazione, la negoziazione, sono del resto, come evidenziato, motivi guida della programmazione e la definizione degli usi compatibili non è certo aliena alla fase pianificatoria.

Quanto sopra ci consente di rispondere anche all'altro quesito e cioè sul come (*quomodo*) debba essere presa la decisione. Ferma restando la determinazione di ultima istanza, tendenzialmente «unilaterale», il procedimento ed il provvedimento dovrebbero essere improntati appunto ad una «negoziazione» progressiva. Se la programmazione deve basarsi sul consenso, anche la decisione circa gli usi dovrebbe insomma informarsi a tale *modus procedendi*.

In relazione da ultimo al contenuto e alla natura del provvedimento, si deve premettere come il parametro della decisione sia costituito, essenzialmente, da un elemento di tipo negativo (divieto). L'uso infatti non deve essere incompatibile con la natura ed il decoro del bene, con la sua rilevanza storico-artistica e non deve rendere impossibile la fruizione pubblica. Gli utilizzi devono quindi essere «compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze» (art. 6). Ragionando in positivo, deve essere rispettata essenzialmente, come già accennato, la dignità del bene<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> La casistica è abbastanza varia, come evidenziato dall'analisi di M. Brocca, *La disciplina d'uso dei beni culturali*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2006, 2, nota 4. In particolare, tra gli altri, non sono stati ritenuti compatibili con l'interesse archeologico di un bene né l'uso abitativo (Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 1994, in *Sett. giur.*, 1994, 290), né quello agricolo (Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1989, n. 425, in *Foro amm.*, 1989, 2054); altrettanto vale per l'utilizzo di reperti archeologici quali "decoro esterno ed interno di una villa" (Cass. pen., sez. III, 23 ottobre 2000, n. 3353, in *Cass. pen.*, 2002, 2460). Si rimanda, per l'esame di ulteriori casi, alla giurisprudenza citata nell'articolo riferito.

Interessante sul punto è poi l'analisi concernente la possibilità di tutelare o meno, oltre ai beni "coperti" da vincolo, le attività tradizionali ivi svolte (ci si riferisce ai locali

Ma che cos' è la dignità del bene? Risulta evidente la somiglianza con gli analoghi parametri di cui dispongono gli Ordini professionali in relazione alla promozione dei procedimenti disciplinari (è soggetto a sanzione il professionista che non rispetti la dignità e il decoro della professione). Si tratta di principi estremamente – e giustamente – vaghi, dinamici, stante la necessità di adattare, di volta in volta, nel tempo, le norme giuridiche alla realtà sociale.

Questo significa che la decisione di cui trattasi è presa in un contesto di elevata discrezionalità. Si tratta infatti di precisare, già dalla fase della programmazione, fra tutte le possibili macro aree di utilizzo, quella (in astratto) non incompatibile con la natura del bene culturale e comunque idonea a consentirne una valorizzazione piena (in senso anche economico). L'uso può essere tanto più specifico quanto più ci si avvicini a una programmazione concreta e di dettaglio, susseguente a dei più generali piani strategici di valorizzazione.

Ne deriva, in relazione al contenuto e ferme le negazioni e i divieti evidenziati, come vi sia quindi un'ampia gamma di possibilità decisionali in relazione all'*an, quando, quid, quomodo* degli usi. Fermi restando infatti alcuni utilizzi assolutamente vietati in quanto illeciti, si tratta per il resto di combinare e organizzare, nello spazio e nel tempo, le svariate possibilità di destinazione, a partire dalle più redditizie, in modo che le stesse soddisfino le esigenze della valorizzazione senza peraltro ricadere nei divieti di legge. Tutti gli usi in astratto potrebbero essere insomma considerati legittimi a condizione che, con un sapiente utilizzo della discrezionalità (la combinazione degli elementi di cui sopra), non venga snaturata e compromessa la dignità del bene.

Si ritiene, proprio per il carattere altamente discrezionale della decisione (dall'uso può dipendere la sopravvivenza o meno del bene culturale)<sup>27</sup>, che procedura e provvedimento non possano essere insomma

---

commerciali storici), analisi svolta in modo puntuale da D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, cit., p. 15 ss.

<sup>27</sup> A. SERRA, *Il coinvolgimento di beni culturali nel progetto di recupero degli immobili non più utilizzati dalla Difesa: profili giuridici*, cit., illustra diffusamente il tipo di discrezionalità in tali casi esercitata. Secondo l'Autrice appare in realtà di difficile lettura il potere connesso al divieto di usi incompatibili con il carattere storico-artistico del bene. Se infatti il tipo di valutazione che la pubblica amministrazione effettua nel momento in cui valuta l'uso passibile di creare pregiudizio all'integrità e alla conservazione del bene pare assimilabile a una valutazione tecnico-discrezionale, nel momento in cui invece compie la valutazione della compatibilità dell'uso con il carattere culturale esso sembra presentare decisi tratti di discrezionalità amministrativa. Forse il margine di discrezionalità potrebbe ridursi nell'ipotesi della predisposizione di una scheda regolativa, almeno indicativa, sugli usi che

considerati meramente tecnici (prerogativa esclusiva ed assoluta della Soprintendenza). O meglio, la tecnica «conservativa» dovrebbe tener conto, in un'istruttoria complessa, delle ragioni tanto dello stato quanto del mercato e della società civile: è bene pertanto che la scelta sia, per quanto possibile e come già accennato, concertata e, se così si può dire, negoziata, anche con i corpi politici organizzati (comunità locali).

##### **5. L'amministrazione consensuale: gli accordi, le intese, il partenariato.**

Si è accennato, nelle pagine che precedono, al fondamentale rilievo che, nell'ambito della valorizzazione programmata, assume il principio del consenso. Al fine di meglio illustrare ora detto principio, rilevante anche e soprattutto per illustrare strumenti e mezzi della valorizzazione, può essere opportuno rammentare quanto segue.

E' con l'avvento dello stato pluriclasse, sociale, sussidiario (verticale e orizzontale), differenziato e altro che, come noto, nel diritto amministrativo ha iniziato a perdere di importanza la dialettica autorità-libertà<sup>28</sup>. Nell'ambito del diritto positivo sono quindi emersi nuovi termini quali economicità, efficacia, pubblicità, proporzionalità, che hanno messo in secondo piano anche le (pur ancora fondamentali) barriere costituite dai principi di legalità-garanzia e tipicità. In questo contesto il consenso (amministrazione consensuale, per accordi), è divenuto, da costruzione dottrinale, un *modus procedendi* doveroso, reso quasi obbligatorio, per quanto possibile (nessuno può ancora essere costretto ad aderire ad un accordo con la forza), dal diritto positivo. Logico corollario di quanto sopra è stata l'enfasi posta sul diritto privato (in particolar modo la

---

già in sede di riconoscimento del bene come culturale si possano ritenere incompatibili, elaborata contestualmente al provvedimento di riconoscimento dell'interesse, se non addirittura da una scheda tecnica che orienti il proprietario positivamente in ordine agli usi cui potenzialmente il bene si possa adibire. Tale preventività della regolamentazione dell'uso, infatti, renderebbe le valutazioni dell'amministrazione svincolate dal caso concreto e dalla connessa ponderazione degli interessi in gioco, valorizzando maggiormente l'elemento della regolazione. Si può in conclusione notare, secondo l'Autrice, come la qualificazione del potere attribuito all'amministrazione con riguardo alla destinazione d'uso dei beni culturali riveli una sorta di compenetrazione di una discrezionalità amministrativa con una discrezionalità tecnica, il cui tratto caratteristico risiede nella tecnicità delle competenze facenti capo ai soggetti deputati a tali scelte, cui resta senz'altro estranea la politicità.

<sup>28</sup> Sull'argomento si rinvia a F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, p. 749 ss. e F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, p. 438 ss.

disciplina dei contratti) come diritto comune, base, anche per la pubblica amministrazione.

Le predette tendenze si sono sviluppate – rispetto ad altri settori – con ritardo nell’ambito del diritto dei beni culturali. Hanno iniziato infatti a farsi strada solo nel momento in cui la tutela, da statica che era (meramente conservativa), ha assunto connotati dinamici, sino a «partorire» il grande corpo di diritto positivo della valorizzazione. Con la nascita di quest’ultima funzione/servizio si è registrata una rapida dilatazione del momento consensuale e si è recuperato ampiamente, forse anche con degli eccessi derivanti dall’ottimismo del legislatore, il tempo perduto.

L’eccedenza è desumibile dalla frequenza con la quale nel Codice ci si appella, tanto per la tutela quanto per la valorizzazione, al momento consensuale (accordi e intese). E’ sufficiente a tal proposito rammentare gli artt. 5, 9, 17, 18, 24, 29, 37, 38, 40, 60, 67, 76, 82, 86, 102, 103, 110, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 125, 143, 146, 147, 148, 156. E che dire di tutti gli articoli (si pensi al 111) dove, non essendo citati espressamente gli accordi, si utilizzano verbi quali «concorrere, cooperare, partecipare»?

Questo significa appunto come il normale modo di procedere, nell’ambito della materia di cui trattasi (beni culturali), sia costituito, almeno e sicuramente in relazione ai momenti organizzativi, da intese e accordi. Anche la programmazione, come si è visto, deve avvenire, di norma, su base consensuale.

Si potrebbe quindi ritenere, non essendo questa la sede per approfondimenti sul punto e fatto salvo quanto si dirà nel successivo paragrafo, come gli accordi e le intese di diritto singolare di cui al Codice dei beni culturali siano una specie rispetto ai generi di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 e al d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 (il principio/modello ideale dell’amministrazione consensuale costituisce la famiglia).

In tale prospettiva l’agire mediante consenso sarebbe frazionabile - quanto alla natura - essenzialmente e ulteriormente tra: a) accordi pubblicitici, regolati dalla normativa sopra esposta in generale e, in particolare, dal Codice dei Beni culturali; b) partenariato di diritto privato, disciplinato invece dal d.lg. n. 163 del 2006 e, in via residuale (ma su questo aspetto si dirà oltre), da quanto previsto dal predetto Codice.

Nelle pagine a seguire si effettueranno quindi degli accenni prima agli accordi (partenariato di tipo pubblicitico), poi ai contratti (partenariato in senso stretto).

## **6. Gli accordi pubblicitici e il principio di trasparenza**

L'art. 112 del Codice, che si esamina, seppure brevemente, in quanto costituisce l'articolo base per quanto concerne l'attività consensuale nella materia in questione, pone quindi in grande rilievo, come si è detto, lo strumento dell'accordo (cfr. in particolare commi 4 e 9). Ciò in relazione, precipuamente, alla preliminare attività di programmazione e quindi di definizione degli obiettivi della valorizzazione.

Sembra quindi riferirsi a modelli di collaborazione per obiettivi simili o di vera e propria cooperazione per relazioni complesse, articolate e di durata (accordi infrastrutturali). Queste ultime potrebbero strutturarsi sia mediante «forme consortili non imprenditoriali», sia attraverso la vera e propria costituzione di nuovi ed appositi soggetti giuridici (comma 5), costituiti da enti pubblici ma aperti altresì all'apporto dei privati, cui affidare lo sviluppo e la realizzazione dei piani di valorizzazione, cioè dei piani strategici di sviluppo culturale

Senonché, salvo postulare una specialità rafforzata del codice, pare ormai difficile, a seguito dei continui provvedimenti di revisione della spesa e «taglia enti», poter affermare la libera costituzione di nuovi soggetti, anche se di diritto privato, da parte di enti pubblici. La norma è insomma, nel momento in cui dovesse essere intesa in tutte le sue potenzialità, destinata ad essere tenuta quanto meno in sospensione<sup>29</sup>.

Gli accordi in questione, nella misura in cui sembrano essere utilizzabili senza che la norma ponga una disciplina particolare (cfr. il comma 9),

---

<sup>29</sup> L'art. 9, comma 6, d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135) vietava espressamente agli enti locali di costituire enti e organismi di vario genere. Si leggeva infatti in tale disposizione normativa che «E' fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione.» Sulla base di tale norma la Corte dei Conti, ad esempio, si era pronunciata nel senso di ritenere vietata la costituzione di una fondazione avente quale fine lo svolgimento di funzioni culturali (cfr. sezione controllo Toscana, parere 12 dicembre 2012, n. 460).

Successivamente la disposizione in questione è stata abrogata dall'art. 1, comma 562, lettera a), l. 27 dicembre 2013, n. 147. Il divieto sopra citato sarebbe quindi venuto meno, secondo quanto rilevato da Corte dei Conti, sez. controllo Toscana (chiamata a pronunciarsi relativamente al medesimo oggetto di cui al parere sopra citato), nell'adunanza del 12 marzo 2014.

In ogni caso, per quanto concerne i beni culturali, non si è mai andati molto oltre l'istituto della Fondazione. Sull'argomento si veda G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, Atti del Convegno del 13 maggio 2005, in *Fondazioni e attività amministrativa*, a cura di S. RAIMONDI E R. URSI, Torino, 2005, p. 91 ss.

potrebbero anche essere considerati - e lo si è già accennato - come meramente ripetitivi ed attuativi del generale principio consensuale, operante nei rapporti tra stato e autonomie territoriali, tra autonomie territoriali (fra di loro) e tra pubblico e privato, di cui alla legge n. 241 del 1990 e al d.lg. n. 267 del 2000. In tale prospettiva si tratterebbe di norma superflua, confermativa di regole comuni dell'agire amministrativo. Quanto sopra a meno che si intendesse attribuire alla disciplina dei beni culturali, come usava un tempo, un carattere assolutamente singolare e derogatorio rispetto al principio di libera concorrenza di derivazione comunitaria (l'eccezione culturale)<sup>30</sup>.

In realtà gli accordi in questione, proprio per l'elevato grado di apertura ed indeterminazione di cui all'articolo citato, non dovrebbero invece essere utilizzati per eludere uno dei principi cardine dell'attività amministrativa, anche se consensuale, cioè la «trasparenza». La trasparenza è assicurata attraverso la terzietà e la separazione tra chi gestisce i servizi e chi fa parte invece della *governance* dell'organismo *ad hoc* creato o della cabina di regia dello strumento consensuale. Gli accordi di cui al comma 9 non potrebbero pertanto, almeno a parere di chi scrive, essere invocati per promuovere forme atipiche di (apparente) cogestione che, nei fatti, erodessero, in tutto o in parte, i principi dell'evidenza pubblica.

In sintesi: chi gestisce deve essere selezionato tramite procedura concorsuale, al di là del *nomen iuris* attribuito all'organismo creato e a prescindere dalla natura (pubblica o privata) del soggetto con il quale si voglia instaurare la collaborazione. Anche gli enti pubblici, se affidatari di servizi, debbono sottostare ai principi di libera competizione. Ciò a meno che: - l'ente pubblico (o al limite privato) si candidi per una mera collaborazione; - l'attività oggetto dell'accordo sia liberamente svolta da entrambi gli enti e sia di comune interesse; - gli enti stessi non si pongano, fra di loro, in una relazione di committenza e/o affidamento. In tali ultime evenienze positive si potrebbe insomma parlare di vero e proprio accordo (di tipo pubblicistico).

---

<sup>30</sup> A tale proposito si vedano le sentenze del T.A.R. Lazio, 17 novembre 2005, n. 11471 e 23 agosto 2006, n. 7373, e i relativi commenti, cui ci si permette di rinviare: P. MICHIARA, *I servizi pubblici locali tra mercati protetti e libertà di iniziativa economica*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2006, 2 e, ivi, *Considerazioni sulla nozione di valorizzazione dei beni culturali*, 2007, 1.

Sull'argomento si vedano le interessanti osservazioni di C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del Codice Urbani)*, in *Riv. Giur. dell'Edilizia*, 2006, 2, p. 167.

Degna di nota è quindi l'ultima parte del comma 9 dell'art. 112, introdotto ad opera del d.lg. 6 marzo 2008, n. 62, ove si rileva come gli accordi possano ora essere stipulati anche con associazioni di volontariato o culturali, purché le stesse abbiano adeguati requisiti e finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali<sup>31</sup>.

Ebbene, anche in questo caso, prescindendo dalla ben nota problematica circa la partecipazione delle associazioni di volontariato alle gare pubbliche<sup>32</sup>, dovrebbe valere quanto si è già accennato e cioè che non si dovrebbe affidare la mera esecuzione di appalti servizi – senza previa procedura ad evidenza pubblica – ad associazioni di volontariato. Ben vengano invece gli accordi volti a coinvolgere il volontariato culturale organizzato nell'ambito delle attività di programmazione e gestione di iniziative comuni. In tale prospettiva si potrebbe quindi parlare di accordi – di stampo pubblicistico – con il volontariato<sup>33</sup>, di strumenti cioè volti a condividere la funzione ed il servizio pubblico, non già ad affidare, in una relazione di mera committenza, l'espletamento di un servizio. In quest'ultimo caso occorrerebbe una procedura selettiva simile a quelle di cui al codice dei contratti e si tratterebbe di rapporti di natura privatistica (mero contratto sinallagmatico di diritto privato).

## 7. Il partenariato

---

<sup>31</sup> Sul ruolo del volontariato nell'ambito dei beni culturali si vedano G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Volontariato e non profit sector nel quadro del sistema giuridico istituzionale italiano con specifico riguardo al settore culturale*, in *"Ars et Labor"*. *Materiali per una didattica del diritto dei beni culturali*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Napoli, 1997, 113 ss.; G. DI CECCO, *Il "terzo settore" per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell'impresa sociale*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto* on line, 2006, 2 e, ivi, M. CARCIONE (2013, 2) *Ong internazionali e volontariato: sussidiarietà e partecipazione, per la salvaguardia e la sicurezza del patrimonio culturale*.

<sup>32</sup> Sulla possibilità, per le associazioni di volontariato, di partecipare (o meno) alle gare pubbliche, ci si permette di rinviare a P. MICHIARA, *I «servizi sociali senza scopo di lucro» e i principi del diritto comunitario*, in *Riv.it.dir.pubbl. com.*, 2009, 5, p. 1087, e a A. ALBANESE, *Pubblico e privato nell'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. FALCON e B. MARCHETTI, Padova, 2013, p. 43 ss.

Per la giurisprudenza, si veda da ultimo Cons. Stato, sez. III, 20 novembre 2012, n. 5882.

<sup>33</sup> Se la convenzione con il volontariato è accessiva al sostegno economico-finanziario attribuito, quindi alle sovvenzioni concesse, potrebbe essere riferibile agli accordi di cui all'art. 11 l. 241/1990. Sulla problematica si veda P. MICHIARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, 2005, p. 63 ss.

Abbiamo visto, nelle pagine che precedono, come gli accordi e le intese di diritto singolare di cui al Codice siano una specie rispetto ai generi di cui agli artt. 11 e 15 della legge n. 241 del 1990 (il principio/modello ideale dell'amministrazione consensuale costituisce la famiglia). Si sono constatati altresì natura e caratteri dei rapporti tra enti pubblici, di quelle relazioni strutturate di collaborazione, non di subordinazione e/o esternalizzazione.

Occorre quindi ora esaminare le relazioni di vera e propria committenza che intercorrono tra pubblico e privato e cioè gli accordi e i rapporti tra amministrazioni e soggetti, più in generale, affidatari di compiti di valorizzazione

A tale scopo pare opportuno effettuare una premessa. Sino a poco tempo addietro si contrapponevano, nell'ambito dell'amministrazione detta consensuale, solo i contratti di diritto privato (strumentali o meno) e gli accordi pubblicistici. Le società (diverse dalle partecipazioni statali) rimanevano un ibrido, terra di frontiera e di scontro tra il diritto pubblico ed il diritto comune. Ora, con l'avvento del diritto comunitario dei contratti e con la prevalenza dello stesso (anche se si tratta per lo più di *soft law* o «letteratura grigia») su ogni difforme catalogazione nazionale, è probabilmente possibile e conveniente procedere ad una diversa e nuova classificazione, non più binaria ma tripartita tra accordi, partenariato (e le società sono ricomprese nella voce), meri appalti (di forniture, servizi e lavori)<sup>34</sup>.

Si procederà pertanto, posto che degli accordi si è già, in estrema sintesi, detto, a trattare del partenariato. Ciò anche al fine di vedere: - come e se lo stesso si raccordi con gli istituti di cui al Codice dei beni culturali; - in qual misura le forme di esternalizzazione e gestione nell'ambito in questione possano o meno conservare una loro specialità. Non verrà esaminata la materia degli appalti, essendo la stessa, in linea di massima, estranea al Codice dei beni culturali e compiutamente

---

<sup>34</sup> Per un approfondimento sistematico circa la contrattualistica pubblica cfr., fra gli altri, A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005; S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013.

disciplinata dal d.lg. n. 163 del 2006 (cfr. artt. da 197 a 205) e dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ( cfr. artt. da 239 a 251)<sup>35</sup>.

Ciò premesso, occorre quindi chiedersi, in via preliminare, se abbia senso o meno una definizione giuridica di partenariato, visto che il termine ha da sempre contrassegnato, in modo per altro generico, istituzioni e relazioni prettamente sociali ed economiche, quindi notoriamente cangianti ed avulse dai rigidi confini che il diritto pretende di imporre.

La risposta è stata (giustamente) negativa sino a poco tempo addietro, cioè fino a che non è stato «trasposto» nel nostro ordinamento il termine ormai in voga nell'ambito del diritto comunitario. La ricezione è avvenuta attraverso l'inserimento, nell'art 3 d.lg. n. 163 del 2006 (Codice dei Contratti Pubblici), del comma 15-*ter*, che recita «i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti». Una volta posta la definizione si provvede, con un intento didattico e chiarificatore, tipico delle regolamentazioni leggere (*soft law*) piuttosto che delle definizioni normative, ad effettuare una elencazione meramente esemplificativa. La norma prosegue infatti precisando che: «Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi». Chiusa la parte esemplificativa, nella quale è contenuto peraltro un principio non descrittivo ma indefettibile e vincolante quale è il rischio di disponibilità, la norma prosegue ponendo quella che è ormai la caratteristica base delle operazioni finanziarie di partenariato e cioè che «fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, comma 1-bis del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla l. 28

---

<sup>35</sup> Si rinvia, per un'analisi degli articoli citati, a *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI e M. A. SANDULLI, Milano, 2008; F. SAIITA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008; G. IUDICA e A. CARULLO, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2012 e a L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Milano, 2013.

febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat»<sup>36</sup>.

Si sottolineano, nella fin troppo lunga definizione legislativa ed al fine di comprendere la natura (variegata, composita, plurima) dell'istituto, le seguenti parole chiave tratte direttamente dal testo normativo:

a) *Contratto*. Vi è e deve rimanere una significativa base di sinallagmaticità, con obblighi ripartibili tra le parti in modo analogo rispetto a quanto avviene per i contratti di diritto comune. La corrispettività moderata, attenuata rispetto alla figura affine dell'appalto pubblico, non può arrivare a trasformare il partenariato in un contratto (totalmente) aleatorio, o, peggio, a giustificare, soprattutto da parte della p.a., comportamenti di azzardo morale. La buona fede, in particolare, diventa il canone fondamentale per consentire la tenuta di un rapporto di lunga durata quale è il partenariato pubblico privato, non essendo sufficienti a tal fine le clausole di riequilibrio normativamente previste. I privilegi della p.a. non sono pertanto più giustificabili, essendo venuto meno il carattere formale della unilateralità che, pur poco riguardando l'argomento in questione, veniva utilizzato per consentire l'esercizio, da parte del pubblico, di poteri «esorbitanti» (le clausole esorbitanti della tradizione francese liberamente interpretate)<sup>37</sup> e per giustificare addirittura l'assenza di procedure selettive.

b) *Prestazioni*. Le opere, le forniture ed i servizi, sono caratterizzati dalla complessità<sup>38</sup> e cioè dal numero e dalla differenziazione delle attività e

---

<sup>36</sup> In generale, per la nozione, cfr. M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 5, p. 1201 ss.; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Torino, 2011; M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2012, 3 e, della medesima Autrice, *Il partenariato pubblico - privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2005, n. 1, p. 167.

<sup>37</sup> Sull'argomento si veda A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit.

<sup>38</sup> Sul punto, per quanto concerne espressamente i beni culturali, si veda Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2012, n. 3764 che qualifica quale concessione di servizi il rapporto avente contenuto complesso, comprensivo di «vendita dei biglietti per l'ingresso ai musei sopra indicati e di una serie di ulteriori prestazioni, quali la prenotazione e la prevendita, l'accoglienza, l'informazione ed orientamento, il marketing, il noleggio audio guide, le visite guidate, la progettazione e realizzazione di eventi, mostre, gestione del sito internet, assistenza didattica ecc. (cosiddetti "servizi aggiuntivi", ora disciplinati dall'art. 117 del d.lgs. n. 42/2004)». In tal senso cfr. altresì Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19 ove si afferma come «sia nell'art. 115 sia nell'art. 117 del Codice, si parli di forma integrata con riferimento alla "gestione", ossia con riguardo non al dato procedurale della gara, bensì alla modalità di svolgimento dei servizi, in esecuzione di un rapporto di carattere unitario».

delle funzioni, dall'estensione spaziale e temporale delle stesse. Prestazioni plurime e di lunga durata sono insomma tratto comune delle diverse figure di partenariato pubblico privato. Se così non fosse, non si giustificherebbe il ricorso all'istituto: meglio sarebbe ricorrere ad un appalto di lavori, forniture o servizi, previa contrazione di un mutuo, se possibile. La lunga durata è quindi coesistente e funzionale al recupero dell'investimento.

c) *Rischio*. La complessa allocazione dei rischi<sup>39</sup> costituisce la vera differenza del partenariato rispetto all'appalto. Si tratta di un tema problematico e oggetto di recenti approfondimenti, ricollegabile addirittura a quello che è stato individuato come un nuovo principio del diritto e cioè il principio di equilibrio economico-finanziario<sup>40</sup>.

Questo significa (ricomponendo i termini evidenziati e provando a fornire una nozione sintetica), come l'istituto del partenariato possa essere considerato come un contratto attraverso il quale il pubblico affida al privato una prestazione complessa, con allocazione dei rischi previamente e discrezionalmente ripartita dal pubblico, fermo restando il rispetto delle decisioni Eurostat.

Libera, o discrezionale che dir si voglia, sembra anche la definizione delle forme (fermo restando il rispetto degli elementi sostanziali di cui sopra). Sennonché, a parere di chi scrive, il nostro ordinamento non è ancora pronto alla fuoriuscita dai rassicuranti principi di tipicità e nominatività, neppure nell'ambito dei contratti di diritto privato (speciale). Appare quindi più conveniente una ricostruzione che valorizzi il carattere generale e astratto della nozione di partenariato, nozione che, discendendo dalla più ampia famiglia degli accordi, si ponga in un rapporto di genere a specie con gli istituti (dalle società agli appalti con contraente generale) elencati nel predetto articolo 3.

Riassumendo. Prima dell'introduzione della predetta nozione di partenariato (introdotta nel nostro ordinamento solo dal 2008, con il d.lg. 11 settembre 2008, n. 152), ci si poneva il problema di identificare (classificare) il partenariato. Si evidenziava la distinzione tra partenariato istituzionale e partenariato contrattuale<sup>41</sup>. Il primo, di tipo para

---

<sup>39</sup> Si parla (almeno) di rischio di costruzione, di disponibilità, della domanda, amministrativo, finanziario.

<sup>40</sup> Sulla rilevanza di tale principio si veda G. F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario*, in M. RENNA E F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 561 ss.

<sup>41</sup> Nel primo (istituzionale) il rapporto tra pubblico e privato si concretizza in forme di cooperazione nelle quali le parti divengono stabili partner in imprese congiuntamente detenute (società miste, ad esempio, citate nell'elenco esemplificativo del predetto art. 3,

matrimoniale, anche se a termine, il secondo, di natura strumentale. Ora, con il predetto inserimento esplicito nell'ambito della disciplina codicistica relativa agli appalti pubblici, potremmo dire che tutte le forme e tipologie riconducibili al partenariato sono state, per così dire, funzionalizzate e contrattualizzate. Non è più pensabile un collegamento diretto con il principio di sussidiarietà; sembra invece che il tutto possa essere riconducibile alla tematica delle esternalizzazioni.

Quanto sopra corrisponde, in estrema sintesi, a cosa si può intendere, oggi, per partenariato.

### **8. L'affidamento a terzi dell'attività di valorizzazione tra tipicità e autonomia.**

Occorre ora vedere e esaminare che tipo di rapporto possa intercorrere tra quanto sopra previsto in linea generale e lo specifico contenuto di cui all'art. 115 del Codice dei beni culturali, riferibile alle forme più tipicamente contrattualizzate (esternalizzazioni) e, più in generale, al partenariato.

A tal fine è opportuno riportare la parte dell'art. 115 che più ci interessa e cioè il comma 3, secondo il quale la gestione indiretta dell'attività di valorizzazione «è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti».

Fondamentale è anche il comma 5 secondo il quale «Le amministrazioni cui i beni pertengono e, ove conferitari dei beni, i soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, regolano i rapporti con i concessionari delle attività di valorizzazione mediante contratto di servizio, nel quale sono determinati, tra l'altro, i contenuti del progetto di gestione delle attività di valorizzazione ed i relativi tempi di attuazione, i livelli qualitativi delle attività da assicurare e dei servizi da erogare, nonché le professionalità degli addetti. Nel contratto di servizio sono indicati i

---

comma 15-ter, d.lg. n. 163 del 2006). Nel secondo (contrattuale), il pubblico ed il privato concludono rapporti convenzionali, contrattuali (si pensi alle concessioni, alla sponsorizzazione ed altro).

servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene». <sup>42</sup>

Da quanto sopra esposto emerge, almeno a parere di chi scrive e tenendo conto della terminologia utilizzata, come la *ratio* della norma non dovrebbe essere quella di individuare nuove tipologie, nuovi strumenti formali, bensì essenzialmente quella di fissare degli obiettivi sostanziali (minimi ed elevati allo stesso tempo) e cioè: qualità della progettazione, professionalità di chi opera, selettività, apertura alla concorrenza, trasparenza, imparzialità.

In altre parole: la concessione di valorizzazione, con relativo contratto di servizio, non costituirebbe, in tale prospettiva, un autonomo istituto, né l'articolo in questione dovrebbe avere la portata di escludere la possibilità di utilizzare le altre forme di partenariato di cui al d.lg. n. 163 del 2006. Una diversa conclusione sarebbe del resto smentita dalla circostanza che, da ultimo, anche lo stesso Codice dei contratti pubblici cita espressamente la finanza di progetto tra le forme utilizzabili per recuperare i beni culturali<sup>43</sup>. Per concessione si dovrebbe quindi intendere, in generale, ogni forma di affidamento a terzi (da qui il titolo del paragrafo).

Ma se è così, si aprirebbe per i beni culturali un ampio spettro (non utilizzato) di possibilità. Possibilità che, comunque, andrebbero attentamente vagliate e «personalizzate» al fine di non snaturare l'incomprimibile dignità intrinseca dei beni in questione.

Se si aderisse, in conclusione, alla predetta ipotesi ricostruttiva, emergerebbe pertanto:

a) la possibilità di (liberamente) utilizzare e interpretare i diversi istituti tipici appartenenti alla famiglia (o genere che dir si voglia) del partenariato. Ciò a condizione che siano stati previamente redatti i piani di cui si è in precedenza trattato e che vengano considerati - quindi successivamente raggiunti - gli obiettivi espressamente menzionati nell'art. 115;

b) non già l'obbligo di seguire esattamente e nel dettaglio tutte le forme e le procedure descritte e tipizzate dal d.lg. n. 163 del 2006, essendo la

---

<sup>42</sup> In relazione ai livelli qualitativi della valorizzazione, si ricorda come, in passato, sia stata nominata, dal Ministero dei Beni e delle Attività Culturali, una commissione al fine di definire i «Livelli minimi uniformi di qualità delle attività di valorizzazione su beni di pertinenza pubblica»; dei relativi lavori si dà atto nel volume di M. MONTELLA e P. DRAGONI (a cura di), *Musei e valorizzazione dei beni culturali. Atti della Commissione per la definizione dei livelli minimi di qualità delle attività di valorizzazione*, Bologna, 2010.

<sup>43</sup> L'art. 197, comma 3, d.lg. 163 del 2006 prevede infatti espressamente che la disciplina relativa alla finanza di progetto si applichi anche all'affidamento di lavori e servizi relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli articoli 115 e 117 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

materia dei «servizi culturali» in sé sottratta alla necessaria applicazione del Codice dei contratti (fatti salvi i principi di cui all'art. 30)<sup>44</sup>.

In questa prospettiva la p.a. potrebbe in pratica darsi delle regole, caso per caso, costruendo quindi delle procedure selettive e dei contratti (di servizio) in modo autonomo. L'autonomia – e in questo ci aiuta la nozione di partenariato riportata nel precedente paragrafo – sarebbe comunque limitata e circoscritta dai confini costituiti, oltre che dai citati principi di cui all'art. 30, dai termini base evidenziati: contratto (quindi corrispettività, anche se attenuata); complessità (il servizio di pulizie, pur in astratto essendo parte dei servizi un detto detti aggiuntivi, non costituisce una prestazione complessa, è un appalto di servizi); rischio (la complessa allocazione delle incognite e delle sopravvenienze, di cui si è accennato).

In altre parole: se il pubblico (dopo aver costruito la procedura in modo autonomo, fermi restando i citati principi di cui all'art. 30) affida al privato un contratto complesso di valorizzazione, con allocazione dei rischi previamente e discrezionalmente ripartiti, fermo restando il rispetto delle decisioni Eurostat, si potrebbe comunque indifferentemente parlare – tanto ai sensi del Codice dei contratti, quanto ai sensi del Codice dei beni culturali – di partenariato o di concessione di valorizzazione. Nel caso invece in cui il contratto di valorizzazione non rispetti i parametri di cui sopra, non si potrebbe parlare (almeno a parere di chi scrive) né di partenariato né di concessione di valorizzazione, bensì di mero appalto (peraltro non vietato) di valorizzazione. Si pensi all'ipotesi in cui il pubblico affidi a terzi il servizio delle visite guidate, con pagamento da

---

<sup>44</sup> L'art. 30 in questione richiede l'osservanza dei «principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità...».

In giurisprudenza, sulla sottrazione della concessione di servizi inerenti alla gestione di beni culturali all'applicazione del Codice dei Contratti, si veda, da ultimo, la citata decisione Cons. Stato, Ad. Plen., n. 19/2013.

Anche la nuova direttiva comunitaria «concessioni» (2014/23/UE, pubblicata sulla GUUE del 28 marzo 2014, n. L94), all'art. 19, esclude i servizi culturali dall'applicazione delle norme della direttiva stessa, fatti salvi gli obblighi in materia di avvisi di preinformazione e di aggiudicazione. Questo, come già avuto modo di rilevare (P. MICHIARA, *È rivoluzione per le concessioni: mani più libere alle coop sociali*, in *Direttiva Concessioni. Le nuove norme europee*, [www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com](http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com), 2014, p. 32 ss.), non significa che le concessioni in questione siano sottratte al «gioco della concorrenza» *lato sensu* intesa, ma piuttosto che risultino esentate dai principi e dalle norme che integrano la nozione comunitaria di concorrenza e che impongono il rispetto di parametri tassativi.

parte dell'ente delle prestazioni, senza assunzione del rischio da parte dell'affidatario.

Per completezza è bene comunque precisare come la prassi sia nel senso invece di promuovere una sorte di tipizzazione, almeno sotto il profilo terminologico e delle procedure, delle concessioni di valorizzazione. Si tratta, peraltro, di un giusto tentativo di venire incontro, anche mediante la redazione di bandi tipo e circolari di vario genere, alla preoccupazione degli operatori, a volte smarriti per non avere un quadro certo di riferimento. Sennonché l'omogeneizzazione, non tenendo conto dell'estrema differenziazione (caratteristica tipica) dei beni culturali, potrebbe indebolire il buon esito dei piani e dei progetti di valorizzazione, progetti che, per avere esiti fruttosi, dovrebbero invece essere assolutamente parametrati alla singolarità del bene.

## 9. Conclusioni

Si è cercato, nelle pagine che precedono, di proporre una breve ricostruzione dei termini rilevanti, non già al fine di definire la materia (valorizzazione), ma al più modesto scopo di evidenziare gli aspetti tuttora problematici, aperti. Ciò anche in considerazione del fatto che la disciplina - nonostante i beni di cui ci si occupa siano essenzialmente immobili - è in perenne movimento. Si è passati anzi, nell'ultimo periodo, da una logica riformistica (le diverse riforme che si sono succedute) ad una prospettiva emergenziale (la decretazione d'urgenza)<sup>45</sup>. Può essere quindi compito dei giuristi, proprio quando tutto scorre molto velocemente, quello di provare a fermare delle immagini, magari abbozzando qualche didascalia esplicativa.

In tale limitata prospettiva si possono trarre le seguenti conclusioni.

Le figure descritte, per poter funzionare proficuamente, devono essere necessariamente coordinate. E' bene insomma che vi sia un'unica disciplina (il Codice dei beni culturali) che, via via aggiornata, contenga delle nozioni base e, soprattutto, degli obiettivi chiari, riferibili agli istituti esaminati (principio dell'uniformità).

Questo non significa però che il Codice debba necessariamente dettare una disciplina speciale (ad esempio per le concessioni di valorizzazione), normando in ogni dettaglio la prefigurazione dei diversi istituti. Se è vero

---

<sup>45</sup> Ultimo in ordine di tempo è il d.l. 8 agosto 2013, n. 91, contenente «Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo», convertito in legge 7 ottobre 2013, n. 112.

che i beni culturali hanno una loro peculiarità, non è detto insomma che sia essenziale una sensibile differenziazione degli strumenti (rispetto per esempio al Codice dei contratti pubblici)<sup>46</sup>.

Potremmo arrivare anzi ad affermare che una certa indeterminatezza, *rectius*, apertura, dovrebbe essere utile proprio per effettuare, di volta in volta, gli adattamenti del caso. Non sarebbe del resto pensabile, sempre per esemplificare, dettare una regolamentazione di dettaglio utile per gestire tanto un grande sito archeologico quanto un piccolo museo di paese.

In questo modo la progressiva rarefazione delle forme gestorie previste dall'art. 115<sup>47</sup>, anziché essere letta in modo negativo, potrebbe proprio servire per sperimentare tutte le diverse possibilità offerte dalla nozione di partenariato di cui al Codice dei Contratti<sup>48</sup>. Non solo. In considerazione del fatto che, come si è detto, il settore cultura è estraneo alla necessaria integrale applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti<sup>49</sup> e

---

<sup>46</sup> Sembrerebbe invece ricercare, se non proprio una tipizzazione, una disciplina particolare della concessione di servizi la relazione finale datata 31 ottobre 2013 della Commissione per il rilancio dei beni culturali e del turismo e per la riforma del Ministero in base alla disciplina sulla revisione della spesa (commissione istituita con decreto del Ministro Massimo Bray il 9 agosto 2013).

<sup>47</sup> La versione «originaria» dell'art. 115 prevedeva infatti, per la gestione in forma indiretta: a) l'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 pertengono; b) la concessione a terzi.

A seguito delle modifiche apportate al d.lg. 42/2004 dall'art. 2, comma 1, lettera h) del d.lg. 24 marzo 2006, n.156 e, poi, dall'art. art. 2, comma 1, lettera vvv) del d.lg. 26 marzo 2008, n. 62., l'art. 115 in questione prevede ora che «La gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti. I privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'articolo 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione».

<sup>48</sup> Sembra essere in tal senso, nella misura in cui esamina diverse forme di partenariato pubblico privato nei beni culturali, il *paper* «I servizi del sistema di beni culturali: come interpretarli, combinarli, innovarli, qualificarli», a cura di A. LEON e P. VERDINELLI DE CESARE, patrocinato dal Ministero per i Rapporti con le Regioni e per la Coesione Territoriale e dal Dipartimento per lo Sviluppo e la Coesione Economica, in [www.dps.tesoro.it](http://www.dps.tesoro.it).

<sup>49</sup> La nuova Direttiva Comunitaria Appalti Pubblici (n. 2014/24/UE) esclude, all'art. 74, l'applicazione delle norme da essa dettate agli appalti inerenti i servizi culturali inferiori a 750.000 euro. Per appalti superiori a tale soglia, la direttiva prevede le modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi (art. 75) e demanda agli Stati membri l'introduzione di norme a livello nazionale per l'aggiudicazione degli appalti in tale materia al fine di

del d.lg. n. 163 del 2006, ne deriva come, nell'ambito di cui trattasi, gli istituti del partenariato potrebbero essere utilizzati con grande libertà. Le procedure e i contenuti, ispirati ma non condizionati nel dettaglio dal predetto decreto legislativo, potrebbero essere di volta in volta modellati alle peculiarità del caso (principio della differenziazione).

Se esistono insomma, come si è soliti sentire, diverse emergenze e se, come è noto, non è facile risolvere le emergenze con soluzioni standardizzate, ne consegue come non si dovrebbe aver paura di soluzioni aperte, libere o discrezionali che dir si voglia. Non è auspicabile del resto, come spesso avviene, lamentarsi della burocratizzazione del settore, per poi invocare invece norme *ad hoc*, oltretutto di dettaglio (le norme primarie - nazionali e regionali - necessitano di regolamenti, di circolari interpretative ed altro), che avrebbero l'effetto di irrigidire ulteriormente le procedure che, come da tutti auspicato, nella materia esaminata dovrebbero avere una certa flessibilità.

La conclusione rassegnata non è però a costo zero. La libertà e l'autonomia hanno infatti un senso qualora siano funzionalizzate al raggiungimento degli obiettivi attesi e, a tal fine, occorrerebbe che l'amministrazione innalzasse sensibilmente il livello della propria capacità progettuale. La p.a. cioè, a partire dalla fase della programmazione per arrivare a quella della verifica (circa la corretta esecuzione dei progetti di valorizzazione), si dovrebbe quindi dotare non solo – in generale – di personale competente, ma anche di consulenti esperti non già di un settore (i beni culturali), ma di una pluralità di discipline diverse (giuridico-procedurali, per quanto concerne le forme della negoziazione, economiche-finanziarie, tecniche ...).

Senonché, mentre in alcuni ambiti, si pensi alle privatizzazioni e ai settori industriali, la nomina di *advisor* è la norma, nei settori (ormai impropriamente denominati) non economici l'utilizzo di consulenze viene stigmatizzato negativamente, considerato eccezionale, nella sostanza vietato. Eppure le consulenze sarebbero necessarie; sono proprio le «opere fredde» che andrebbero, appunto, «riscaldate» e, per effettuare ciò, occorrono specialisti, non essendo pensabili soluzioni preconfezionate.

Si pensi alla contrattualista e, più in generale, ai lavori pubblici. La (maggior) qualificazione del settore, a partire dalla legge Merloni, si è resa possibile grazie all'enfasi posta sulla progettazione. Un progetto completo è la *conditio sine qua non* i principi di cui all'art. 2 del d.lg. n. 163 del 2006

---

garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento degli operatori economici (art. 76).

(trasparenza, economicità, efficienza ed efficacia) rimarrebbero lettera morta. Se è vero che il cammino è ancora lungo, è comunque da tutti gli esperti del settore condiviso il fatto che, dopo la legge Merloni, non vi sia più stata la proliferazione delle varianti in corso d'opera<sup>50</sup> che, prima appunto degli anni '90, arrivavano normalmente a stravolgere i lavori, con conseguenti aumenti di spesa e altri fenomeni deteriori.

La capacità progettuale, assicurata da competenze plurisetoriali, è insomma il presupposto indefettibile affinché si possa utilmente parlare di programmazione, di accordi (anche per negoziare occorre esperienza e formazione specifica), di valorizzazione - da intendersi ora non come attività ma come esito del processo - dei beni culturali. Esperienza e competenza, da non confondersi con la mera tecnica conservativa o, viceversa, con visioni (fittiziamente) *marketing oriented*, sono altresì le uniche armi di cui disponiamo per contrastare lo sterile dibattito ideologico, cui talvolta si assiste, tra sostenitori di strumenti statalisti, privatistici e comunitari<sup>51</sup>.

Occorrerebbe insomma, per addivenire alla realizzazione di progetti non fallimentari, quindi per consentire prima il mero recupero e poi la valorizzazione dei beni in questione, procedere senza urgenza, caso per caso e dotandosi delle necessarie competenze, avendo la possibilità di utilizzare tutti gli strumenti che si sono menzionati, senza aver paura di dover adattare una disciplina che, come si è evidenziato, ben potrebbe rimanere «aperta».

Diversamente argomentando, volendo per esempio normare e tipizzare un *numerus clausus* di istituti, magari enfatizzando soluzioni che in realtà potrebbero essere utili solo per alcune realtà di grande richiamo, si rischierebbe di perdere la possibilità di stringere profittevoli accordi con privati, finanziatori o sponsor di vario genere. L'esito di quanto sopra ipotizzato, cioè il mancato accordo con chi potrebbe sovvenzionare o gestire, sarebbe negativo non solo e non tanto per il fallimento del singolo progetto in sé, quanto per l'elevata probabilità di procurare un generale effetto disincentivante, con il risultato di rendere difficile la sopravvivenza proprio di quei beni culturali (quelli meno noti ma di sicuro valore) che, costituendo il patrimonio diffuso delle nostre collettività locali,

---

<sup>50</sup> Il «fenomeno» ovviamente esiste ancora, si è solamente ridotto.

<sup>51</sup> Non esistono del resto soluzioni «gerarchicamente migliori», né soluzioni sempre valide «in tutti i contesti e in tutti i momenti storici», come rilevato da A. LEON E V. TUCCINI, *La dimensione economica del patrimonio culturale*, cit., p. 243.

richiederebbero invece un'attenzione particolare, magari mediante una personalizzazione delle procedure e delle convenzioni.

Si potrebbe obiettare, a quanto sopra esposto, che in realtà gli investitori richiedono regole certe, quindi occorrono norme, procedure, tipizzazioni. E' sicuramente vera la prima proposizione (esigenza di certezze, di affidamento), ma è tutto da dimostrare che sia attendibile la seconda affermazione (circa la tipizzazione). Non solo: ma non è la stessa proliferazione di norme (comunitarie, nazionali, regionali, di rango primario, secondario, *soft law*) che, a volte, costituisce proprio la causa della vituperata assenza di certezze?

Probabilmente, ma qui il giurista si ferma, le certezze di cui vi sarebbe bisogno per tutelare l'affidamento - e per addivenire a convenienti iniziative di valorizzazione - sono proprio le citate competenze plurisetoriali, la capacità progettuale e la serietà di chi negozia. Diversamente ci si esporrebbe in ogni caso, come avvenuto per la contrattualistica pubblica nel recente passato, a fenomeni di azzardo morale (se non proprio corruttivi), di degrado e di spesa fuori controllo.