

# INDICE

*Introduzione*

## CAPITOLO I

### I BENI CULTURALI

1. Premessa;
2. I beni culturali *ope legis*;
3. I beni culturali appartenenti a figure soggettive pubbliche ovvero private senza fine di lucro;
4. Gli altri beni culturali;
5. Conclusioni.

## CAPITOLO II

### LE ATTIVITA' DI VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI

1. Premessa;
- 2.1 I referenti normativi dell'attività di valorizzazione dei beni culturali;
- 2.2 *Segue:* la distinzione tra attività di valorizzazione, di tutela e di gestione dei beni culturali di cui al Decreto Legislativo 31 Marzo 1998, n.112;

2.3 *Segue*: l'attività di valorizzazione nel nuovo Codice dei beni culturali;

3.1 Il concetto di valorizzazione;

3.2 *Segue*: valorizzazione, tutela e offerta di fruizione dei beni culturali;

4. I lavori pubblici per la valorizzazione dei beni culturali;

5. Conclusioni.

## CAPITOLO III

### LE FORME DI GESTIONE DELLE ATTIVITA' DI VALORIZZAZIONE

1. Gestione e valorizzazione dei beni culturali;

2. Doverosità delle attività di valorizzazione e discrezionalità dell'Amministrazione;

3.1. La gestione (in forma) diretta delle attività di valorizzazione;

3.1.2 *Segue*: la gestione diretta;

3.1.3. *Segue*: la gestione diretta dei servizi culturali da parte degli Enti locali. 3.2. Il modulo organizzatorio dell'Azienda autonoma statale;

3.3. Le aziende municipalizzate;

3.4. L'azienda speciale;

3.5. L'Istituzione;

3.6. La Società per azioni con partecipazione pubblica totalitaria;

3.7. La gestione consortile;

4.1 La gestione (in forma) indiretta delle attività di valorizzazione;

4.1.2. *Segue*: le procedure di individuazione dell'affidatario;

4.2 L'affidamento del servizio a Società cd. Mista;

5. Conclusioni

## INTRODUZIONE

Oggetto del presente studio sono le forme di gestione ed i moduli organizzativi che possono essere prescelti dalle figure soggettive pubbliche per valorizzare i beni culturali, in base alla normativa statale e regionale vigente; nonché la compatibilità di detta normativa interna con i principi comunitari volti a garantire la libertà di concorrenza nel mercato unico europeo.

L'interesse è maturato dopo aver ascoltato l'intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi del 5 maggio 2003, il quale, in occasione della consegna delle medaglie d'oro ai benemeriti della cultura e dell'arte, ha affermato che *"È nel nostro patrimonio artistico, nella nostra lingua, nella capacità creativa degli italiani che risiede il cuore della nostra identità, di quella Nazione che è nata ben prima dello Stato e ne rappresenta la più alta legittimazione. L'Italia che è dentro ciascuno di noi è espressa nella cultura umanistica, dall'arte figurativa, dalla musica, dall'architettura, dalla poesia e dalla letteratura di un unico popolo. L'identità nazionale degli italiani si basa sulla consapevolezza di essere custodi di un patrimonio culturale unitario che non ha eguali nel mondo. Forse l'articolo più originale della nostra Costituzione repubblicana è proprio quell'articolo 9 che, infatti, trova poche analogie nelle costituzioni di tutto il mondo . . . La Costituzione ha espresso come principio giuridico quello che è scolpito nella coscienza di ogni italiano. La stessa connessione tra i due commi dell'articolo 9 è un tratto peculiare: sviluppo, ricerca, cultura, patrimonio formano un tutto inscindibile. Anche la tutela, dunque, deve essere concepita non in senso di passiva protezione, ma in senso attivo, e cioè in funzione della cultura dei cittadini, deve rendere questo patrimonio fruibile da tutti. Se ci riflettiamo più a fondo, la presenza dell'articolo 9 tra i principi fondamentali della nostra comunità offre un'indicazione importante sulla missione della nostra Patria, su un modo di pensare e di vivere al quale vogliamo, dobbiamo essere fedeli. La cultura e il patrimonio artistico devono essere gestiti bene perché siano effettivamente a disposizione di tutti, oggi e domani per tutte le generazioni. La doverosa economicità della gestione dei beni culturali, la sua efficienza, non sono l'obiettivo della promozione della cultura, ma un mezzo utile per la loro conservazione e diffusione. Lo ha detto chiaramente la Corte Costituzionale in una sentenza del 1986, quando ha indicato la primarietà del valore estetico-culturale che non può essere subordinato ad altri valori, ivi compresi quelli economici e anzi indica che la stessa economia si deve ispirare alla cultura, come sigillo della sua italianità. La promozione della sua conoscenza, la tutela del patrimonio artistico non sono dunque un'attività fra altre per la*

*Repubblica, ma una delle sue missioni più proprie, pubblica e inalienabile per dettato costituzionale e per volontà di una identità millenaria”.*

In effetti, l'articolo 9 della Costituzione costituisce il riferimento costituzionale delle attività di valorizzazione dei beni culturali, prevedendo che *“La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica”* e che *“Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”*. Al riguardo, autorevole dottrina<sup>1</sup> ha chiarito che l'articolo 9 della Costituzione deve essere interpretato alla luce *“dell'ideale, di matrice illuministica, che assegna alla tutela un ruolo che non è più di pura conservazione”*, ma che diviene strumento per la crescita culturale della società, attraverso la pubblica fruizione del valore culturale.

Per quanto attiene specificamente alle forme giuridiche ed ai moduli organizzativi utilizzabili per la valorizzazione dei beni culturali ed, in genere, per la loro gestione, l'articolo 111, comma 3, del Codice dei beni culturali<sup>2</sup> impone alle figure soggettive pubbliche l'osservanza dei principi *“di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione”*, nell'espletamento delle attività di valorizzazione, ma tale affermazione di principio non spiega quali sono i moduli organizzativi compatibili con l'ordinamento comunitario.

Il citato articolo 111, al comma 1, chiarisce altresì che le *“attività di valorizzazione dei beni culturali consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità”* di promozione della *“conoscenza del patrimonio culturale”* e dello *“sviluppo della cultura”*.

Posso anticipare, sin da ora, che le attività di valorizzazione non sembrano tipizzabili in un numero chiuso di atti e che la disciplina

---

<sup>1</sup> Così, P. CARPENTIERI, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'articolo 9 della Costituzione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). L'Autore osserva altresì che *“Questa linea di pensiero, intesa a sottolineare nel pubblico godimento del bene il profilo attivo del valore culturale come ragione giustificatrice della tutela, è sottesa alle più note ricostruzioni dogmatiche del bene culturale come “bene di interesse pubblico”, bene pubblico per destinazione, come bene non di “appartenenza”, ma di “fruizione”, sottoposto al concorso del dominio utile del proprietario con il dominio eminente pubblico sul valore culturale della cosa, come bene funzionalmente immateriale”*.

<sup>2</sup> Il Codice dei beni culturali è stato adottato con D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 ed è stato adottato in virtù della delega di cui all'articolo 10 della Legge 6 luglio 2002, n. 137.

giuridica delle stesse dipende innanzitutto dal regime proprietario dei beni.

Più precisamente, si deve evidenziare che i beni culturali possono essere di proprietà pubblica ovvero di proprietà privata e che, in tale ultima ipotesi, l'attività di valorizzazione si configura come esercizio di una libera facoltà del proprietario, pur essendo espressamente qualificata dal Codice come "*attività socialmente utile*"<sup>3</sup>.

Qualora, invece, l'attività di valorizzazione inerisca a beni di proprietà pubblica, la valorizzazione può venire in rilievo, come si chiarirà nel prosieguo, come funzione pubblica, come pubblico servizio ovvero come attività materiale.

Il Codice dei beni culturali stabilisce che le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica possono essere gestite in forma diretta o indiretta.

Attesa la complessità della materia e la pluralità ed eterogeneità delle fonti giuridiche da esaminare, sembra opportuno procedere per approssimazioni successive, previo esame della nozione giuridica di bene culturale.

Tale modo di procedere sembra il più opportuno, anche perché il presente studio è certamente complicato anche dalla vaghezza e dalla storicizzabilità<sup>4</sup> dei concetti di riferimento, quali il concetto di cultura, di bene culturale ed, addirittura, di attività di valorizzazione.

Nel primo capitolo, pertanto, verranno, sia pur brevemente, esaminate le norme che disciplinano le procedure di individuazione dei beni culturali, poiché trattasi di un presupposto logico necessario ed indispensabile perché possano essere compiutamente individuate, prima, e studiate, dopo, le attività di valorizzazione (dei beni culturali) ed il regime concorrenziale al quale sono soggette, in virtù della normativa vigente.

Al riguardo, il nuovo Codice, all'articolo 10, comma 2, individua direttamente talune "*cose*" come beni culturali, mentre, per altri beni (*recte*: "*cose*"), affida tale compito all'autorità amministrativa, determinando taluni eterogenei criteri<sup>5</sup>, in base ai quali dovrà essere esercitata la discrezionalità tecnica nei relativi accertamenti,

---

<sup>3</sup> Come si chiarirà nel prosieguo, i beni culturali sono però assoggettati, qualora di proprietà privata, ad "*un duplice dominio*".

<sup>4</sup> In tal senso, *ex plurimis*, T. ALIBRANDI, *Beni culturali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Volume V, pag.4.

<sup>5</sup> Tali criteri sono, ad esempio, la figura soggettiva proprietaria, la natura del bene, la dimensione dell'interesse culturale connesso, ecc.

nonché procedendo ad una compiuta elencazione, la quale non ha, però, carattere esaustivo, ma soltanto esemplificativo dei possibili beni culturali.

È pacifico, infatti, che *“la nozione di bene culturale per il giurista non può essere che una nozione aperta, il cui contenuto viene dato da teorici di altra disciplina: e così anche la definizione di bene culturale, come testimonianza materiale avente valore di civiltà può essere assunta come nozione giuridicamente valida a patto di intendersi sul punto che si tratta, comunque, di una nozione a cui la normativa giuridica non dà (e non può dare) un proprio contenuto a tratti giuridicamente conclusi e rigorosamente vincolanti”*<sup>6</sup>.

Inoltre, è evidente che una definizione di bene culturale, che dovesse essere effettivamente vincolante per l'interprete, ancorerebbe la relativa nozione ad un determinato momento storico ed impedirebbe quella naturale ed indispensabile evoluzione della categoria e del concetto stesso di cultura<sup>7</sup>, che è, per sua natura, eminentemente storicizzabile.

Ciò nonostante, sembra necessario tentare di procedere ad una delimitazione della categoria, anche al fine di potere determinare quali sono le attività di valorizzazione che i soggetti pubblici e privati debbono o possono effettuare e, specialmente, attraverso quali moduli organizzativi.

È noto che il Codice dei contratti pubblici dedica un intero Capo ai *“Contratti relativi ai beni culturali”*, al fine di garantire la compatibilità delle scelte organizzative dell'amministrazione alla normativa comunitaria a tutela della concorrenza e del mercato, ma

---

<sup>6</sup> Così M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1976, pagg.20 e ss.

<sup>7</sup> Com'è noto, l'articolo 9 della Costituzione attribuisce ai pubblici poteri (Ministeri della cultura, uffici e dipartimenti per la cultura in sede comunitaria, assessori alla cultura delle Regioni e dei Comuni) il compito di promuovere la cultura, statuendo che *“la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica”*. Il secondo comma dell'articolo generale statuisce anche sulla tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico della nazione, sono di interesse, altresì, gli articoli 33 e 34 Cost., i quali hanno ad oggetto l'arte, la scienza, l'istruzione e gli istituti di alta cultura. G.P. Cirillo, *La <<cultura>> nell'ordinamento giuridico*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ad avviso del quale *“Dal sistema costituzionale emerge che i poteri pubblici possono solo promuovere e non già imporre cultura. Ma ciò non è tanto l'effetto della disposizione contenuta nell'art. 9 quanto di quella contenuta nell'art. 21, che garantisce il diritto fondamentale di manifestazione del pensiero, nonché del principio costituzionalmente garantito del pluralismo dei gruppi sociali e degli ordinamenti giuridici, ora rafforzato dal principio della sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 della Costituzione, in virtù del quale lo Stato sovrano non ha la potestà di imporre una eventuale propria cultura agli altri soggetti dotati di autonomia negoziale e normativa”*.

non è assolutamente pacifico se dette norme si applicano a tutte le attività di valorizzazione specificamente intese.

È dunque opportuno procedere, innanzitutto, ad individuare i cd. "*beni culturali*", per poi valutare quali attività di valorizzazione debbono essere affidate in osservanza del Codice dei contratti pubblici e quale disciplina sia applicabile, invece, alle altre attività di tutela o valorizzazione.

# CAPITOLO I

## I BENI CULTURALI

### Sommario

1. Premessa. 2. I beni culturali *ope legis*. 3. I beni culturali appartenenti a figure soggettive pubbliche ovvero private senza fine di lucro. 4. Gli altri beni culturali. 5. Conclusioni.

### 1. Premessa

Sono assai risalenti nel tempo i primi tentativi di una *reductio ad unitatem* della eterogenea categoria dei beni culturali o, più precisamente, della categoria delle “cose di interesse artistico o storico”<sup>8</sup>, secondo la terminologia utilizzata dalla Legge Bottai<sup>9</sup>.

La terminologia “bene culturale” viene utilizzata, per le prime volte<sup>10</sup>, in ambito internazionale, innanzitutto dalla “Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato”<sup>11</sup>, ai sensi della quale “sono considerati beni culturali, prescindendo dalla loro origine o dal loro proprietario:

---

<sup>8</sup> Cfr G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, Milano, 1960, pag.210 e ss, il quale dedica, così come tutta la dottrina tradizionale, particolare attenzione all’effetto limitativo delle libere facoltà del proprietario del bene, in conseguenza della qualificazione culturale della *res*; cfr., al riguardo, anche M. CANTUCCI, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e culturale*, Padova, 1953.

<sup>9</sup> Trattasi della Legge 29 Giugno 1939, n.1497, giusta la quale erano meritevoli di tutela le “cose di interesse artistico o storico”, altresì definite come “cose d’arte” o “antichità e belle arti”. In questa legge il concetto di cultura è legato ad un giudizio sul valore estetico, al concetto del “bello”. In questo senso G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali*, 2007, p. 112; T. ALIBRANDI, *L’evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro amm.*, 1999, 11, p. 2701 ss.

<sup>10</sup> Cfr. anche la Convenzione culturale europea, Parigi, 19 Dicembre 1954; la Convenzione concernente le misure da prendere per vietare e impedire ogni illecita importazione, esportazione e trasferimento T. ALIBRANDI, *L’evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro amm.*, 1999, 11, p. 2701 ss.

<sup>11</sup> Cfr. anche la Convenzione culturale di proprietà riguardanti beni culturali, Parigi, 14 Novembre 197, ratificata in Italia con Legge 30 Ottobre 1975, n.873, nonché la Convenzione di Parigi del 14 novembre 1970 e del 23 novembre 1972 relative rispettivamente alle forme di divieto delle illecite importazioni, esportazioni e trasferimenti di proprietà dei beni in questione ed alla protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale.

<sup>11</sup> Sottoscritta a L’Aja, nel Maggio del 1954.



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

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

c) i centri comprendenti un numero considerevole di beni culturali, definiti ai commi a) e b), detti "centri monumentali".

In Italia, è la Commissione Franceschini<sup>12</sup> ad utilizzare, per la prima volta<sup>13</sup>, tale espressione, anche al fine di costruire una categoria unitaria comprendente tutte quelle cose che, per il fatto di

---

<sup>12</sup> La Commissione Franceschini fu istituita per effettuare una "indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio", dalla Legge 26 Aprile 1964, n.310, la quale utilizza, per la prima volta, come si chiarirà anche nel prossimo capitolo, l'espressione "valorizzazione". La Commissione Franceschini, si può subito anticipare, ribadì l'espressione, riferendo della necessità delle attività di tutela e valorizzazione dei beni culturali. Gli esiti dei lavori della Commissione furono tradotti in "dichiarazioni" tra cui particolarmente rilevante appare la Dichiarazione I relativa appunto ai "Beni culturali", secondo la quale "Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti beni aventi riferimento alla storia della civiltà.

Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà."

E' evidente dalla prefata definizione l'intento della Commissione di superare la concezione estetizzante di bene culturale propria della Legge Bottai, con l'accoglimento di una concezione estesa di bene culturale che facesse riferimento ad esempio al suo carattere storico (distinto invece nella Legge Bottai dal carattere estetico) nonché alla sua collocazione ambientale.

<sup>13</sup> Sulla natura recente dell'espressione de qua cfr. T. ALIBRANDI, *L'evoluzione del concetto di bene culturale*, in *Foro Amm.*, 1999, 11, 2701. Secondo l'A. "La terminologia di bene culturale ha origini relativamente recenti. Essa sostituisce le vecchie categorie "cose di interesse artistico o storico" - dette anche "cose d'arte" o "antichità e belle art"i - e "bellezze naturali", disciplinate rispettivamente dalle l. 1 giugno 1939 n. 1089 e 29 giugno 1939 n. 1497 entrambe tuttora in vigore e regolatrici di gran parte della materia; assorbe il patrimonio archivistico e documentale tutelato dal d.P.R. 30 settembre 1963 n. 1409, ed è comprensiva di quei beni librari che, secondo la strutturazione prevista dal d.P.R. 3 dicembre 1975 n. 805, coincidono solo in parte con i libri aventi carattere di rarità e di pregio di cui parla l'art. 1, l. n. 1089 del 1939".

E' evidente il giudizio estetizzante che connota la legge Bottai, di cui si fa cenno nel testo, nel riferimento ai suddetti caratteri della rarità e del pregio.

possedere taluni caratteri oggettivi, consistenti in un particolare pregio artistico, storico, archeologico, paesistico, naturalistico, ecc., sono testimonianze di civiltà ed appartengono al patrimonio culturale della Nazione: esse acquisiscono una speciale natura giuridica<sup>14</sup> allorché viene “riconosciuta” tale loro qualità.

Dunque si deve ai lavori della Commissione Franceschini l’utilizzo del termine beni culturali in sostituzione delle “cose di interesse artistico o storico” di cui alla legge Bottai del 1 giugno 1939, n. 1089; secondo alcuni l’esigenza di tale sostituzione sarebbe derivata dalla norma programmatica di cui all’art. 9 della Costituzione giusta la quale “*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.*”

*Tutela il paesaggio ed il patrimonio storico e artistico della Nazione”*.<sup>15</sup>

La definizione accolta dalla Commissione Franceschini di bene culturale, quale “testimonianza materiale avente valore di civiltà”, oltre che avere il merito di soddisfare l’esigenza di introdurre nel nostro ordinamento il termine di bene culturale in luogo di quello, probabilmente più atecnico, di cosa, ha avuto, altresì, quello di interrompere il nesso tra la culturalità del bene ed il giudizio di valore estetico, pure affermato dalla Legge Bottai,<sup>16</sup> pur tuttavia mantenendo il limite della materialità del bene.

Il predetto limite della materialità del bene, tuttavia, si pone a ben vedere in contrasto con le teorie elaborate, dopo l’entrata in vigore del codice civile del 1942, in tema di beni di cui agli artt. 810 e ss., atteso che le situazioni giuridiche soggettive riconosciute rilevanti

---

<sup>14</sup> In relazione ai beni culturali privati, ad esempio, la qualificazione conforma il diritto di proprietà, nel senso che le facoltà dominicali non spettano più tutte al *dominus* privato, bensì, in parte, all’amministrazione, con conseguente “duplice dominio” sulla *res*: si parla al riguardo di proprietà conformata. Secondo A. RENDE E R. ROLLI, *Lo status giuridico dei beni culturali*, in *Giustizia amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, “*Lo status di bene culturale è per così dire trasversale rispetto alla tradizionale distinzione, confermata dall’art. 42 della Costituzione, tra proprietà pubblica e proprietà privata, essendo un aspetto connaturato a detto bene; la Corte Costituzionale parla al riguardo di proprietà conformate ab origine*”

<sup>15</sup> S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, 2001, p. 17. Secondo l’A. tale esigenza “*..era già avvertita con crescente intensità, fin dai primi anni del secondo dopoguerra, come corollario dell’impegno alla tutela del patrimonio culturale nazionale formalizzato nel testo costituzionale*”.

<sup>16</sup> Vedi *supra* nota 6. Secondo T. ALIBRANDI, *L’evoluzione del concetto di bene culturale*, *op. cit.*, “*..l’adozione della terminologia di culturale segna un definitivo distacco, nel senso anticipato da Piva, dalla nozione strettamente estetico-idealista*”.

per l'ordinamento possono avere ad oggetto anche entità non necessariamente materiali.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> "Tra queste nuove fonti di utilità assumono importanza prevalente le invenzioni industriali e le opere d'arte, che, al pari di altre produzioni di natura intellettuale, trovano in tutti i moderni ordinamenti, dopo lunga e contrastata evoluzione, una tutela obiettiva, non alternativa, ma concorrente con la protezione del mezzo materiale di estrinsecazione o di realizzazione del contenuto intellettuale delle produzioni stesse". M. ARE, *Beni immateriali*, in *Enciclopedia del diritto*, V, 1959, p. 244.

Di diverso avviso S.FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, op. cit., p. 21 che propende per la tesi della materialità del bene culturale, materialità che lo pone in rapporto di specie rispetto al genus del patrimonio culturale. "Il bene culturale si incorpora, di regola, in una cosa fisicamente individuabile, che può anche essere di proprietà privata, dovendo comunque assicurare nei termini previsti dalla legge il rispetto delle esigenze della funzione collettiva culturale. L'ampliamento della nozione di bene culturale derivante dai lavori della Commissione Franceschini ha aperto discussioni in ordine ad una sua possibile sovrapposizione a quella più generale di "patrimonio culturale della Nazione" di cui all'art. 9 Cost. La soluzione negativa pare preferibile se solo si considera che nello stesso "patrimonio culturale" debbono altresì essere comprese le opere dell'ingegno, autonomamente tutelate dalla legge sul diritto d'autore e sulla proprietà industriale".

Secondo altri, invece, "Fino al d.lgs. 42/2004, l'espressione unitaria adoperata dal legislatore per indicare i beni culturali era rappresentata dal "patrimonio storico-artistico", come si desume dall'art. 9 Cost., che affida alla repubblica tutta il compito di tutelare "il paesaggio ed il patrimonio storico ed artistico della Nazione". Così G. LEONE - A. L. TARASCO, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2006, p. 41. Secondo questo diverso orientamento pertanto ci sarebbe piena sovrapposibilità tra i beni culturali ed il patrimonio storico artistico, concernente quest'ultimo "la intera pluralità degli oggetti immateriali nei quali viene riconosciuta la idoneità a costituire e ad esprimere i valori culturali della collettività". Così S. CATTANEO, *Cultura e patrimonio culturale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, 2002, p. 28. Contra F. S. MARINI, *Profili costituzionali della tutela dei beni culturali nell'ordinamento italiano*, in *Manuale dei beni culturali*, a cura di N. Assini e P. Francalacci, 2000, p. 637, secondo il quale "la disciplina costituzionale dei beni culturali immateriali può, invece, più correttamente individuarsi nel primo comma dell'art. 9 Cost..".

Ad avviso della scrivente la sovrapposibilità tra bene culturale e patrimonio culturale poteva già affermarsi sulla base della definizione di bene culturale così come formulata per la prima volta nella Dichiarazione I della Commissione Franceschini, definizione che per quanto aperta mantiene il riferimento alla materialità della testimonianza avente valore di civiltà.

Definizioni sganciate dall'espresso riferimento alla materialità si hanno invece successivamente, all'art. 148 del d.lgs. 112/1998 e all'art. 4 del d.lgs. n. 490/1999.

Di contrario avviso pare una parte della dottrina che ha rilevato, invece, come la materialità caratterizzi la concezione normativa di bene culturale contenuta agli artt. 2 e 3 del t.u. del 1999, atteso che i beni ivi indicati presenterebbero l'elemento comune e caratterizzante di essere res quae tangi possunt. Così G. SCIULLO, *I beni*, in *Il diritto dei beni culturali*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuillo, (a cura di) afferma che "...I tipi al momento legislativamente stabiliti - ossia quelli elencati agli artt. 2 e 3 del Tu - presentano il carattere della materialità, sia perché,

L'espressione bene culturale è stata poi ripetutamente ripresa e rimaneggiata dal legislatore statale<sup>18</sup>, per essere, infine, recepita dal

---

infine, è di nuovo lasciata aperta la possibilità che il legislatore in futuro configuri tipi di beni culturali immateriali" sottolineandosi in particolare che nella concezione normativa di bene di cui agli artt. 2 e 3 del T.U. in questione sono qualificabili beni culturali solo quelli rientranti nelle categorie ivi indicate e che tali beni si caratterizzerebbero per il fatto di presentare l'elemento comune della materialità

Con l'entrata in vigore del Codice dei beni culturali ed ambientali si assisterebbe invece al ritorno più che del riferimento alla materialità a quello della cosalità essendo beni culturali ai sensi dell'art. 2 "le cose immobili e mobili..e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà". Sebbene sia stato affermato che a partire dal d.lgs. 112/1998 fino all'attuale Codice il legislatore avrebbe avuto "l'accortezza di espungere il requisito della materialità del bene" e che "ciò varrebbe a sostenere una concezione aperta, o come si è detto "onnicomprendiva" di bene culturale, con l'abbattimento delle barriere tra e dentro i generi" (Così G. VOLPE, *Manuale dei beni culturali*, 2007, p. 119) si potrebbe obiettare alla luce della definizione contenuta all'art. 2 che la predetta accortezza sia più apparente che reale.

Pare doveroso precisare al riguardo che il riferimento alla cosalità non è tuttavia indice della necessaria materialità dei beni *de quibus*. In questo senso appare illuminante la definizione di cosa in senso giuridico affermata da M. Are, giusta la quale "Cosa in senso giuridico quale porzione della realtà obiettiva in cui si esplica quel comportamento cui la norma riferisce le sue valutazioni" in *Enciclopedia del diritto*, p. 247

Inoltre la definizione di cui all'art. 2 potrebbe essere interpretata nel senso che la categoria dei beni culturali ricomprenderebbe sia i beni materiali (prima parte della definizione) sia quelli che di tale materialità sono sprovvisti e pur tuttavia sono testimonianza avente valore di civiltà.

La categoria *de qua*, inoltre, ora anche per espressa previsione legislativa coincide con quella più ampia di patrimonio culturale, ricomprendente al suo interno anche i beni paesaggistici.

Per espressa volontà legislativa viene superato l'orientamento tradizionale secondo il quale la differenza dei beni culturali rispetto agli altri beni del patrimonio culturale risiederebbe nella materialità dei primi rispetto ai secondi.

Ecco allora che la categoria di bene culturale viene ricondotta ad unità, essendo indifferente - attesa la definizione fornita all'art. 2 del Codice - la materialità o meno del bene in cui si identifica il valore culturale.

<sup>18</sup> Cfr., ad esempio, il D.L. 14 Dicembre 1974, n.657, conv. nella Legge 29 Gennaio 1975, n.5; il D.P.R. 3 Dicembre 1975, n.805; D.P.R. 24 Luglio 1977, n.616; ecc. Cfr. art. 148 d.lgs. 112/1998 secondo cui "Ai fini del presente decreto legislativo si intendono per beni culturali quelli che compongono il patrimonio storico, artistico, monumentale, demotnoantropologico, archeologico, archivistico e librario e gli altri che costituiscono testimonianza avente valore di civiltà così individuati in base alla legge"; art. 4 d.lgs. n. 490/1999 "Beni non compresi nelle categorie elencate agli articoli 2 e 3 sono individuati dalla legge come beni culturali in quanto testimonianza avente valore di civiltà."

nuovo Codice dei beni culturali, il quale chiarisce che il “*patrimonio culturale*” si compone dei “*beni culturali*” e dei “*beni paesaggistici*”.<sup>19</sup> Essi sono individuati, rispettivamente, come “*le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*” e come “*gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge*”.

La definizione accolta dal Codice dei beni culturali e del paesaggio ha il pregio “*di espungere il requisito della materialità (rectius di*

---

<sup>19</sup> Si tratta appunto di un chiarimento atteso che già la definizione di bene culturale, così come formulata dalla Commissione Franceschini, avrebbe secondo alcuni “*irresistibilmente attratto*” nella propria sfera anche la categoria del bene ambientale. Così T. ALIBRANDI, *op. cit.*, il quale osserva che nella legge del 1939, n. 1497 sulle bellezze naturali “*è in essa evidente che il concetto di bellezza naturale, in tutte le sue varie ipotesi costitutive, è dominato da un'impostazione estetica, di ricerca – come si è detto – del bello di natura..Non si riescono a scorgere serie difficoltà per l'inserimento nella categoria “culturale” di tutti quei beni ambientali nei quali si sia esplicito in qualche modo l'intervento formativo dell'uomo*”.

E' stato evidenziato tuttavia che il successivo T.U. del 1999, n. 490 avrebbe adottato criteri diversi per definire i beni culturali ed ambientali. Per questi ultimi “*..ci si è attenuti ad un criterio più rigoroso, basato sullo stretto ancoraggio alla legge 29 giugno 1939, n. 1497 ed alla legge 8 agosto 1985, n. 431, con una sostanziale coincidenza con ciò che si ritiene appartenere, anche secondo la giurisprudenza costituzionale, alla tutela del paesaggio*”. Così S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, *op. cit.* p. 20.

E' stato osservato che se prima dell'entrata in vigore del Codice il legislatore per riferirsi ai beni culturali usava l'espressione patrimonio storico artistico di cui all'art. 9 Cost. non ricomprendente nel suo genus i beni paesaggistici ( “*La Repubblica tutela il paesaggio ed il patrimonio storico artistico della Nazione*”) con la conseguenza che per patrimonio culturale si intendeva solamente il patrimonio storico – artistico ovvero secondo altri anche le opere dell'ingegno (in questo ultimo senso M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. pubblico*, 1976; con l'entrata in vigore del Codice il legislatore “*compone ad unità il sistema, dapprima fondando una categoria unitaria, il patrimonio culturale, e poi dettando nella parte I i principi unitari di disciplina delle due categorie di beni (culturali e paesaggistici), oggetto di distinta normazione, rispettivamente nella parte I e II*”. Così G. LEONE A. L. TARASCO, *commentario*, *op. cit.* p. 41.

Sempre secondo gli autori citati l'attrazione dei beni paesaggistici nel genus del patrimonio culturale rafforza la distinzione dogmatica e concettuale dei predetti rispetto a quelli ambientali “*con conseguenze, tra l'altro, sulla funzione organizzativa che vede preposto alla tutela dell'ambiente strictu sensu il Ministero dell'ambiente e del territorio, a differenza del paesaggio le cui competenze amministrative sono radicate specificamente in capo al Ministero per i beni e le attività culturali*”

cosalità) del bene, ampliandosi indefinitamente quella felice formula in testimonianza avente valore di civiltà".<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Cfr. G. VOLPE, *Manuale di diritto dei beni culturali*, op. cit., pag. 119. L'A. osserva che "Ciò varrebbe a sostenere una concezione aperta, o come si è detto, onnicomprensiva di bene culturale, con l'abbattimento delle barriere tra e dentro i generi."

Ad avviso della scrivente gli interventi legislativi succedutisi nel tempo fino all'entrata in vigore dell'attuale Codice rilevano nel senso, da un lato, di tentare di definire un concetto comunque sfuggente quale quello di bene culturale legato come è al contesto anche ambientale e non solo storico; dall'altro di abbandonare la necessaria presenza del requisito di materialità (o cosalità) quale elemento indefettibile della culturalità del bene per affermare, invece, anche la immaterialità della res culturale. Pertanto il bene culturale non perde la sua realtà ma semplicemente la sua cosalità nel senso di bene materialmente percepibile. Pertanto beni culturali saranno anche cose ma non solo esse.

Si rammenta comunque che il problema definitorio del concetto di bene e del distinguo rispetto a quello di cosa non è nuovo nel nostro sistema. Ai sensi infatti dell'art. 810 c.c. sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti. Secondo autorevole dottrina dalla riportata definizione codicistica si ricaverebbero due importanti indicazioni "Innanzi tutto che la nozione giuridica di bene non coincide con quella naturalistica di cosa, ma si avvicina di più a quella economica. Infatti le cose che possono formare oggetto di diritti sono quelle appropriabili, suscettibili cioè di entrare a far parte del patrimonio individuale o collettivo..In secondo luogo dall'art. 810 si ricava un'ulteriore indicazione assai importante sul piano ricostruttivo: i beni sono oggetto di diritti". Così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2004, p. 193.

La dottrina più risalente ha evidenziato come il termine bene ponga problemi alla scienza giuridica di definizione, di collocazione sistematica, di funzione e di portata. Tale dottrina, in particolare, ha rilevato la "radice economica" dei beni in senso giuridico individuando nei beni in senso economico gli elementi di una ricchezza intendendosi per questa ciò che è utile e/o utilizzabile; i beni in senso giuridico invece sarebbero quelli considerati in rapporto alla tutela ad essi accordata dall'ordinamento giuridico. "Il termine "bene" in senso giuridico, dunque, può essere assunto, per i fini sistematici della scienza, nel significato generico di oggetto di tutela giuridica. Nella terminologia legale, invece, assume normalmente il significato di termine oggettivo di un diritto soggettivo (e caso mai di una situazione soggettiva)" S. PUGLIATTI, *Beni* (teoria generale), in *Enciclopedia del Diritto*, V, 1959, p. 173.

E' sempre dello stesso autore la definizione di bene quale "Sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela" destinato ad un soggetto particolare, in *Riflessioni in tema di universitas*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1952, p. 992.

Il concetto di bene, pertanto, non è pienamente sovrapponibile a quello di cosa almeno in senso naturalistico, comprendendo il primo, infatti, sia le *res quae tangi possunt* sia *quae tangi non possunt* e sempre in relazione alla tutela accordata dall'ordinamento giuridico mediante il riconoscimento di una definita situazione giuridico soggettiva.

Attese le suddette indicazioni, il bene culturale è tale in quanto, accertata la sua culturalità, è oggetto di particolari di diritti di cui sarà titolare ora lo Stato ora il privato cittadino, precisandosi che in quest'ultimo caso il privato sarà titolare di un diritto c.d. conformato.

E' stato osservato inoltre che i caratteri che distinguono il bene culturale oltre a quello della ormai affermata immaterialità, che si affianca alla materialità dello stesso, sono la culturalità del valore di cui sono portatori, la patrimonialità nel senso di sottoposizione ad uno speciale regime giuridico e la pubblicità dell'interesse cui sono funzionali con il conseguente definitivo tramonto della concezione meramente estetizzante quale accolta nella Legge Bottai.<sup>21</sup>

## **2. I beni culturali *ope legis*.**

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio ha tentato di assolvere al difficile compito di dare contenuto giuridico all'espressione beni culturali, compito secondo alcuni ineludibile attesa l'esigenza di dare contenuto ai nuovi artt. 117 e 118 della Costituzione in relazione alla determinazione dei precisi confini della potestà legislativa nonché delle funzioni amministrative inerenti ai beni culturali ed involgenti i complessi rapporti tra Stato ed enti locali.

Il legislatore ha assunto il criterio legale per l'identificazione in concreto dei beni che presentano l'interesse culturale tali essendo

---

Così inteso il bene culturale, nel senso di bene e quindi cosa suscettibile di essere oggetto di diritti, non deve stupire allora che la definizione di cui all'art. 2 del Codice non ricomprenda tra i beni culturali anche le attività culturali. *"Il legislatore non si è spinto fino al punto di ricomprendere nella nozione di patrimonio culturale sia i beni che le attività culturali. ...L'innovazione appare riduttivamente terminologica, e sembra trascurare i numerosi dati di diritto positivo e di politica culturale che tendono a considerare unitariamente i beni e le attività culturali in funzione di salvaguardia e promozione della identità culturale della Nazione, così come pure il 2 comma dell'art. 1 Codice proclama di fare"*. Così G. LEONE - L. TARASCO, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2006, p. 22. *Contra* C. Costituzionale sentenza n. 118 del 9 marzo 1990 *"La cultura non assume valore autonomo, separato e distinto dai beni di interesse storico, artistico, archeologico ed etnografico, ma si compenetra nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale e, conseguentemente, non può essere protetta separatamente dal bene; pertanto, gli artt. 1 e 2, L. 1 giugno 1939, n. 1089, non sono in contrasto con l'art. 9 Cost. nella parte in cui non prevedono la possibilità di tutelare attività tradizionali caratterizzanti una parte del territorio cittadino ed in particolare i centri storici, con conseguente difetto di tutela del bene culturale"*, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 660.

E' stato inoltre osservato che merito dell'attuale Codice è stato quello di ricomprendere nel concetto di patrimonio culturale anche il bene paesaggistico oltre al bene culturale. In particolare *"Il Codice cerca di ricomporre ad unità il sistema, dapprima fondando una categoria unitaria, il "patrimonio culturale", e poi dettando nella parte I i principi unitari di disciplina delle due categorie di beni, oggetto di distinta normazione, rispettivamente, nella Parte II e III."* Così G. LEONE - L. TARASCO, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2006, p. 42.

<sup>21</sup> G. SCIULLO, *I beni*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuillo, (a cura di), *Il diritto dei beni culturali*, 2006, pag. 19 ss.

non solo quelli analiticamente elencati all'art. 10, comma 2, ma altresì quelli individuati, previo provvedimento amministrativo assunto in base alla legge, ai sensi dell'art. 2 del Codice medesimo, quali testimonianze aventi valore di civiltà ovvero quelli così definiti in base ad altre specifiche leggi.<sup>22</sup>

Passando all'esame del dettato legislativo ai sensi dell'art. 10 del Codice, talune "cose", ivi specificamente individuate - quali, ad esempio le raccolte di musei, le pinacoteche, gli archivi, le raccolte librerie - qualora appartengano allo Stato o ad altri enti pubblici, sono beni culturali *ope legis*, essendo qualificate come tali direttamente dal Codice.<sup>23</sup>

Il comma 2, dell'articolo 10, del Codice, statuisce, infatti, che sono *"beni culturali, quand'anche i soggetti cui esse appartengono mutino in qualunque modo la loro natura giuridica:*

a) *le raccolte di musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;*

b) *gli archivi e i singoli documenti dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente ed istituto pubblico;*

c) *le raccolte librerie delle biblioteche dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente e istituto pubblico, ad eccezione delle raccolte delle biblioteche indicate all'articolo 47, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e di quelle ad esse assimilabili".*

---

<sup>22</sup> Secondo G. CAIA, in *Commento all'art. 2 del d.lgs. 42/2004*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2005, fasc. 4-5, p. 1061 "…la riconduzione alla categoria giuridica dei beni culturali può aversi solo laddove l'individuazione normativa abbia ad oggetto beni qualificabili come testimonianze aventi valore di civiltà consente di affermare che tale concetto rappresenta il minimo comune denominatore dell'intera categoria ed il suo limite definitivo". Ciò significa che in tanto un bene culturale può qualificarsi tale in quanto sia testimonianza avente valore di civiltà o per definizione legislativa o per previa dichiarazione provvedimento assunta in base alla legge.

<sup>23</sup> Come anticipato questa norma è da leggere in combinato disposto all'art. 2 sul patrimonio culturale, di cui è specificazione. Secondo D. VAIANO, in *Commento all'art. 10 del d.lgs. 42/2004*, in *Le nuove leggi civili commentate*, p. 1116 e ss. "Nel loro rapporto con la ricordata norma fondamentale posta dall'art. 2, le disposizioni in questione valgono dunque a soddisfare e realizzare concretamente il principio generale della tipicità e tassatività delle categorie di beni ascrivibili alla nozione giuridica di bene culturale, ai sensi e per gli effetti delle leggi di tutela". L'Autore osserva inoltre che detta limitazione farebbe da contrappeso al carattere aperto della nozione di cultura, carattere che secondo altra tesi dovrebbe indurre il legislatore a sposare una nozione di bene culturale svincolata dai caratteri della normatività e della materialità. I predetti caratteri non escludono tuttavia che l'elencazione de qua non sia esaustiva di tutti i beni culturali.



La qualificazione della *res* è effettuata direttamente dal Codice, il quale provvede altresì a definire taluni di questi beni, all'articolo 101, ai sensi del quale il "museo" è "una struttura permanente che acquisisce, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio"; la "biblioteca" è "una struttura permanente che raccoglie e conserva un insieme organizzato di libri, materiali e informazioni, comunque editi o pubblicati su qualunque supporto, e ne assicura la consultazione al fine di promuovere la lettura e lo studio; e un "archivio" è "una struttura permanente che raccoglie, inventaria e conserva documenti originali di interesse storico e ne assicura la consultazione per finalità di studio e di ricerca".

Si tratta di beni contemplati, quasi tutti, dagli articoli 822 e ss. del Codice civile, il quale, qualora di proprietà dello Stato o di altri Enti pubblici territoriali, li qualifica come beni demaniali e li assoggetta al connesso regime vincolistico e di tutela da parte dell'autorità amministrativa competente.

In conclusione, per i suddetti beni, diversamente da quelli contemplati al successivo comma 3 del medesimo articolo, non è necessario un preventivo accertamento, ad opera dell'autorità amministrativa, della esistenza di un interesse culturale, al fine della loro qualificazione e del conseguente loro assoggettamento alla speciale disciplina giuridica propria dei "beni culturali", come espressamente statuito dall'articolo 13, comma 2, del Codice, ai sensi del quale "non è richiesta per i beni di cui all'articolo 10, comma 2", la dichiarazione che accerta la sussistenza dell'interesse culturale.

È stato rilevato inoltre che il carattere elastico dell'elencazione contenuta al comma 2 sarebbe funzionale all'esigenza di garantire il miglioramento del livello culturale dei consociati. Conseguentemente "allorché nuovi beni incorporanti il valore materiale dell'interesse culturale si sono manifestati, proponendosi all'attenzione degli organi amministrativi preposti alla funzione di tutela, essi hanno infatti in linea di massima ottenuto riconoscimento e protezione da parte dell'ordinamento dei beni culturali: e ciò è avvenuto con il consenso, nella gran parte dei casi, della giurisprudenza amministrativa, che ha ritenuto legittimo ascriverli, di volta in volta, all'una o all'altra delle tipologie espressamente prese in considerazione dal legislatore".<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Così D. Vaiano, *op. cit.*, p. 1119.

### 3. I beni culturali appartenenti a figure soggettive pubbliche ovvero private senza fine di lucro

L'articolo 10, comma 1, del Codice dei beni culturali stabilisce che *"le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro"* sono beni culturali, qualora presentino *"interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico"*<sup>25</sup>.

Parte della dottrina<sup>26</sup> ritiene che la citata norma individui una specifica categoria di beni culturali, i quali sarebbero così, anch'essi, qualificati *ope legis* in base ad un criterio di tipo soggettivo<sup>27</sup>, sia

---

<sup>25</sup> Al riguardo, il successivo comma 4 individua a titolo esemplificativo taluni beni *"tra le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettera a):*

- a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà;*
- b) le cose di interesse numismatico che, in rapporto all'epoca, alle tecniche e ai materiali di produzione, nonché al contesto di riferimento, abbiano carattere di rarità o di pregio, anche storico (2);*
- c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe e le incisioni, con relative matrici, aventi carattere di rarità e di pregio;*
- d) le carte geografiche e gli spartiti musicali aventi carattere di rarità e di pregio;*
- e) le fotografie, con relativi negativi e matrici, le pellicole cinematografiche ed i supporti audiovisivi in genere, aventi carattere di rarità e di pregio;*
- f) le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico;*
- g) le pubbliche piazze, vie, strade e altri spazi aperti urbani di interesse artistico o storico;*
- h) i siti minerari di interesse storico od etnoantropologico;*
- i) le navi e i galleggianti aventi interesse artistico, storico od etnoantropologico;*
- l) le architetture rurali aventi interesse storico od etnoantropologico quali testimonianze dell'economia rurale tradizionale".*

Come è stato osservato la distinzione tra beni culturali di appartenenza pubblica e di appartenenza di soggetti privati senza fini di lucro non è nuova nel nostro ordinamento. Così G. PASTORI, *Commento all'art. 10 del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2004, p. 107 afferma che *"la distinzione di fondo basata sull'appartenenza dei beni a cui si ispira la struttura dell'art. 10 sfuma quindi in contorni incerti che sarebbe stato utile meglio precisare, mentre paiono in parte ripetersi i nodi interpretativi delle corrispondenti norme del Testo Unico"*.

<sup>26</sup> Cfr., *ex multis*, G. MORBIDELLI, *Beni culturali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè 2006. Più precisamente, ad avviso di tale autorevole dottrina, per i beni appartenenti a figure soggettive pubbliche ovvero senza fine di lucro, *"si ha la qualità di bene culturale senza necessità di un previo accertamento ad hoc"*.

<sup>27</sup> L'appartenenza della cosa mobile o immobile ad una determinata figura soggettiva pubblica e cioè *"allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro"*.

pure soltanto presuntivamente e con possibilità, per così dire, di “*prova contraria*”.<sup>28</sup>

Atteso il tenore del disposto normativo in commento la distinzione operata a seconda dell'appartenenza soggettiva rileva sotto un duplice profilo: da un lato per ciò che attiene alla verifica dell'interesse culturale e, quindi, della testimonianza avente valore di civiltà necessaria per la qualificazione di un bene come culturale; dall'altro per l'accertamento del diverso livello di interesse culturale di volta in volta richiesto dalla legge a seconda appunto del soggetto cui appartiene il bene.

Sussisterebbe una vera e propria “*presunzione di culturalità*”<sup>29</sup> di tutte le cose di proprietà di figure soggettive pubbliche o non lucrative che non ricadono nella fascia di esclusione di cui all'articolo 10, comma 5<sup>30</sup>, con la conseguenza che “*la qualità di bene*

---

<sup>28</sup> In questo senso anche N. AICARDI, *Commento all'art. 12 del d.lgs. 42/2004*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2005, p. 1138 che rileva che “*il nuovo sistema – ad avviso di chi scrive – poggia su una presunzione legale, ma soltanto relativa (iuris tantum), di sussistenza dell'interesse culturale in tutte le << cose immobili e mobili >> appartenenti allo Stato, ad ogni altro ente o istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro << che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni >>*”.

<sup>29</sup> G. MORBIDELLI, *Beni culturali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè 2006, pag.117, ritiene che “*la qualità di bene culturale si consolida definitivamente per i beni di proprietà di tali enti, a seguito della verifica ex art.12, comma 2, che opera come condizione risolutiva (se negativa) o da conferma (se positiva)*”. Lo stesso Autore chiarisce, al riguardo, che “*le zone grigie e le incertezze non mancano e (..) sono superabili solo una volta esercitata la verifica ex art.12*”.

Secondo la giurisprudenza, inoltre, la qualità culturale del bene disposta *ope legis* escluderebbe anche l'operatività degli elenchi dichiarativi, già desueti nella prassi amministrativa. Cfr. in tal senso Cass. sez. I, 24 aprile 2003, n. 6522, in *Foro amm.*, 2003, p. 1257, secondo la quale “*l'interesse storico artistico di un immobile di proprietà dello Stato, la cui presenza ne determina, ai sensi degli artt. 822, comma 2 ed 823, comma 1 c.c. l'inclusione nel demanio pubblico e l'assoluta inalienabilità, non postula formali e specifici provvedimenti valutativi della pubblica amministrazione, ed è riscontrabile, pure in assenza di tali provvedimenti, sulla scorta delle intrinseche qualità e caratteristiche del ben, evincibili anche dagli atti e comportamenti posti in essere dall'autorità amministrativa nella gestione dello stesso*”.

<sup>30</sup> Ai sensi del quale, “*Salvo quanto disposto dagli articoli 64 e 178, non sono soggette alla disciplina del presente Titolo le cose indicate al comma 1 e al comma 3, lettere a) ed e), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni*”.

Secondo N. AICARDI, in *L'individuazione dei beni culturali di appartenenza pubblica e di enti privati non lucrativi*, in *Foro amm.* TAR 2005, 6, 2219, “*L'individuazione previa dichiarazione nei casi sub b ( e cioè gli archivi, i singoli documenti e le raccolte librerie di proprietà delle persone giuridiche private senza fine di lucro nonché per l'individuazione dei beni culturali, « a chiunque appartenenti » (e, quindi, anche di proprietà pubblica o di enti privati non lucrativi), aventi interesse culturale c.d. relazionale ovvero da tutelare come universalità di beni in quanto costituenti*

*culturale si consolida definitivamente per i beni di proprietà di tali enti, a seguito della verifica ex art.12, comma 2, che opera come condizione risolutiva (se negativa) o da conferma (se positiva)”.*

Invero, la tesi interpretativa dell’insigne giurista è conforme al consolidato orientamento giurisprudenziale, giusta il quale i beni di proprietà degli enti pubblici sono *ex lege* assoggettati al regime per essi dettato dalle norme protettive di cui alla Legge n. 1089/1939, senza che sia necessario alcun accertamento costitutivo della loro qualificazione.

La Giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito, al riguardo, che, in tal caso, non è strutturalmente configurabile un’attività di accertamento costitutivo ma solo un’attività di mera ricognizione di una situazione giuridica esistente<sup>31</sup>.

---

*« collezioni o serie di oggetti ») si giustifica in parte in quanto derivante dalla disciplina previgente al Codice [la quale - specie per i beni di proprietà privata - non poteva essere toccata, stante il divieto, posto dalla legge delega da cui il Codice è scaturito, di introdurre « ulteriori restrizioni alla proprietà privata»], in parte per l'impossibilità, nei casi dell'interesse culturale non intrinseco al bene, ma discendente dal nesso con un accadimento storico ovvero con una collezione, di ravvisare tale nesso altrimenti che con un atto puntuale di accertamento.*

Secondo l’autore “La sottoposizione a tutela disposta dal comma 1 dell’art. 12 non ha, dunque, valore e finalità meramente cautelativi in attesa della verifica dell’interesse culturale, ma si fonda - in combinato disposto con l’art. 10 comma 1 - su una presunzione legale di sussistenza di detto interesse”.

31 cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 22/03/2005, n.1160, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ad avviso del quale, però, diversa disciplina deve essere applicata ai beni culturali di proprietà privata: “Contrariamente a quanto avviene per i beni di interesse artistico-storico di proprietà privata, per i quali ai fini della sottoposizione al particolare regime giuridico di cui alla L. 1° giugno 1939, n. 1089 è necessaria la notificazione di un apposito provvedimento che accerti l’esistenza del particolare interesse culturale, i beni di proprietà degli enti pubblici sono *ex lege* assoggettati al regime per essi dettato dal codice civile e dalle norme protettive di cui alla L. n. 1089, cit., senza che sia necessario alcun accertamento costitutivo della loro qualificazione, con la conseguenza che in tal caso non è strutturalmente configurabile un’attività di accertamento costitutivo ma solo un’attività di mera ricognizione di una situazione giuridica esistente, diretta cioè ad accertare che per il bene in questione ricorrono i presupposti che, per effetto scaturente direttamente dalla legge, fondano il suo assoggettamento al particolare regime di tutela”, in *Ragiusan*, 2005, 255/256.

Cfr. Cass. 10 febbraio 2006, n. 2995 in *Juris data on line*, che “Il riconoscimento, (dal quale soltanto discende la sottoposizione alla legislazione protezionistica) che in gergo è detto notifica, è previsto per le sole cose di proprietà privata, al fine di assoggettarle alle limitazioni e agli obblighi della legislazione di tutela...per queste il presupposto è che si tratti di cose di cose in cui l’interesse culturale sia particolarmente importante, ovvero ai fini dell’assoggettamento alla tutela, non basta la mera appartenenza alla categoria storica, artistica, archeologica che viceversa è sufficiente, ove di proprietà pubblica, a far scattare, tra l’altro, l’obbligo dei legali rappresentanti degli enti alla compilazione degli speciali elenchi (elenchi cui la giurisprudenza de qua attribuisce effetti ricognitivi e non già costitutivi)...la notifica depone per la proprietà privata del bene, mentre per

È certamente vero, inoltre, che l'art. 12, comma 1, prevede, un indistinto, ancorché provvisorio, assoggettamento a tutela di tutte le cose di proprietà pubblica e di quelle appartenenti a persone giuridiche private senza fine di lucro<sup>32</sup>, salve le eccezioni individuate dall'articolo 10, comma 5, del Codice.

Ciò nonostante, tale tesi interpretativa non sembra completamente condivisibile, innanzitutto perché sono beni culturali, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, soltanto i beni "che presentino interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico" e tale requisito deve necessariamente essere accertato.

Ad avviso della scrivente, tale accertamento deve essere effettuato necessariamente da un pubblico potere, qualora se ne voglia far derivare una cd. certezza legale.<sup>33</sup>

---

*l'assoggettamento delle cose alla proprietà pubblica (il che avviene, per i beni archeologici, al momento del loro movimento) è sufficiente la presenza dell'oggetto dell'interesse storico, artistico, archeologico, anche semplice, o generico, abbia questo costituito o meno oggetto di accertamento."*

Si registra tuttavia in seno alla Corte di Cassazione un contrasto interpretativo sulla qualificazione di bene culturale delle cose ritrovate nel sottosuolo ovvero sul fondo marino: secondo un primo orientamento tale qualificazione competerebbe indipendentemente dalla dichiarazione ex art. 13 d.lgs. 42/2004 (cfr. Cass. 28 novembre 2006, n. 39109; Cass. 12 giugno 2007, n. 32198); secondo altro, invece, è necessaria in ogni caso la preesistenza di quest'ultima dichiarazione (Cass. 2 luglio 2004, n. 28929).

Secondo il primo orientamento esisterebbe una presunzione di culturalità dei beni "la quale assume carattere provvisorio, in quanto le cose ritrovate nel sottosuolo o sui fondali marini che appartengono allo Stato sono sottoposte al regime indicato fino a quando non sia effettuata la verifica di effettiva culturalità di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 12, comma 2, il cui esito positivo determina la definitiva sottoposizione alla disciplina dei beni culturali", così Cass. 12 giugno 2007, n. 32198.

<sup>32</sup> Tale regime provvisorio, che comporta anche l'inalienabilità dei beni (art. 54, co. 2, lett. a), cessa solo al termine del procedimento - di competenza del Ministero - di verifica dell'interesse culturale che il bene presenta.

Secondo N. AICARDI, in *L'individuazione dei beni culturali di appartenenza pubblica e di enti privati non lucrativi*, in *Foro amm. TAR 2005*, 6, op. cit., "La verifica negativa rappresenta - secondo l'interpretazione qui accolta - la "prova contraria" che fa venire meno la presunzione legale relativa di sussistenza dell'interesse culturale della cosa che ne costituisce oggetto.

Dunque, a seguito della verifica negativa, il bene va considerato, ad ogni effetto, come bene non culturale e ad esso conseguentemente non si applica il relativo regime, così come chiaramente dispone il comma 4 dell'art. 12".

<sup>33</sup> In tal senso, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, pag. 485.

Sempre dello stesso Autore è illuminante la spiegazione di accertamento e di certazione contenuta nelle relative voci della Enciclopedia del diritto. Secondo la tesi dell'Autore, cui in questa sede si aderisce, la questione relativa agli accertamenti costitutivi sarebbe "un autentico idolon theatri ..i fatti di certazione hanno, dunque, tutti, un effetto qualificatorio, che consiste nella creazione di modi di

Inoltre, si ritiene solo relativamente utile una qualificazione generalizzata di una categoria di *res*, in assenza della relativa qualità intrinseca del bene.

In altre parole, sembra alla scrivente che l'attribuzione di una determinata qualità, quale quella di bene culturale, normalmente ha un substrato naturale, ma l'attribuzione in questione non può comunque prescindere da una "dichiarazione" da parte di

---

*essere della realtà giuridica entro la quale i soggetti agiscono: con locuzione breve, di situazioni giuridiche oggettive...La differenza tra fatti di certazione ed i fatti di accertamento è facilmente rilevabile: gli uni e gli altri contengono un accertamento, nel senso pregiudiziale di accertamento di vicende nella loro storicità o nella loro teoresi, ma nei primi l'accertamento è volto a immettere nel mondo del diritto una realtà per l'innanzi non presente, nei secondi è volto a regolare una realtà già immessa nel mondo del diritto ma effettivamente incerta; i primi operano quindi solo su situazioni oggettive, i secondi su situazioni soggettive".* Tanto premesso l'insigne giurista sottolinea come in realtà quegli atti che dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono denominati atti di accertamento sono in realtà atti sì di accertamento ma nel senso di certazione e, quindi, dichiarazioni di scienza primigenie aventi la funzione di dare ingresso nel mondo del diritto a realtà allo stesso prima di allora estranee. Che poi a questo effetto dichiarativo dell'atto possa riconnettersi anche un effetto costitutivo non significa che debba ciò ricollegarsi all'esistenza di una autonoma categoria di atti in quanto invece "nulla vietava di spiegare il fenomeno del cosiddetto accertamento costitutivo per la via più semplice: il preteso accertamento costitutivo, in quanto atto, rimane dichiarativo, come tutti gli altri cosiddetti accertamenti; in quanto fatto giuridico produce effetti costitutivi". Secondo l'insigne Autore, più precisamente, anche i "soggetti di autonomia privata possono creare delle qualificazioni giuridiche di elementi del mondo reale, ma non possono imporle ad altri che non abbiano prestato il loro consenso in modo volontario."

La verifica dell'interesse culturale contemplata all'art. 12 del Codice ed avente ad oggetto la sussistenza dell'interesse culturale nei beni appartenenti a figure soggettive pubbliche non può non avere alla luce della tesi sopra riportata natura di atto di certazione e, quindi, di dichiarazione di scienza per effetto della quale si attribuisce una particolare *qualitas*, quella culturale appunto, ai predetti beni. Che poi possa trattarsi, come alcuni sostengono, di atto meramente ricognitivo con riferimento ai beni di appartenenza pubblica e, invece, di accertamento vero e proprio (da intendersi certazione) per quelli privati è da escludere se si considera anche il tenore del dettato legislativo. Ed invero ai sensi del comma 7 dell'art. 12 "L'accertamento dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, effettuato in conformità agli indirizzi generali di cui al comma 2, costituisce dichiarazione ai sensi dell'articolo 13" quella dichiarazione che ai sensi del successivo comma 1 dell'art. 13 *accerta la sussistenza*.

La natura di atto di certazione con funzione qualificatoria primigenia si giustifica anche in relazione a quegli ulteriori effetti costitutivi che discendono dal provvedimento de quo se considerato quale fatto giuridico. Ed invero tale atto ha l'effetto di conformare il regime giuridico del bene non solo del privato, ma anche della figura soggettiva pubblica essendo esso destinato a sottostare a alla disciplina speciale dettata dal Codice.

un'autorità amministrativa<sup>34</sup> sussistendo delle esigenze di certezza legale.

D'altronde, quali esigenze possono essere soddisfatte dall'attribuzione di una "qualità" *sub conditione* risolutiva<sup>35</sup> a *res* che pacificamente non hanno (*recte*: possono non avere) alcun valore culturale, ovvero che possono non avere alcun substrato naturale idoneo a consentire il riconoscimento della qualità in esame?

Si consideri, al riguardo, che non è sempre agevole distinguere i beni culturali dai beni, per così dire, non culturali vuoi a causa della pacifica difficoltà di definire il concetto di cultura, vuoi in considerazione della indubbia storicizzabilità di tale concetto.<sup>36</sup>

Inoltre, il riconoscimento di tale qualità della "cosa" ad opera dell'autorità amministrativa sembra essere connessa, come si

---

<sup>34</sup> TAR Liguria, Sentenza 1 Giugno 2005, n.791 ha avuto occasione di chiarire che, ai sensi dell'art 12, comma 1, del Codice "i competenti organi del Ministero, d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono e corredata dai relativi dati conoscitivi, verificano la sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose di cui al comma 1, sulla base di indirizzi di carattere generale stabiliti dal Ministero medesimo al fine di assicurare uniformità di valutazione..... il procedimento di verifica si impone infatti come passaggio necessario al fine di accertare la rilevanza culturale del bene, ovvero di escluderla, e la necessità di applicare o meno la connessa disciplina di tutela. le contrapposte esigenze di tutela di tale patrimonio culturale e di certezza del traffico giuridico trovano nel medesimo articolo 12 un adeguato bilanciamento: infatti, l'assoggettamento a tutela delle cose di proprietà pubblica, previsto dalla normativa previgente in base ad una presunzione *juris tantum* della qualità culturale, non opera più a tempo indeterminato ma recupera la sua naturale dimensione di misura cautelare a carattere provvisorio, ancorata a requisiti oggettivi e destinata a venir meno con la conclusione del procedimento di verifica".

<sup>35</sup> È soltanto la certezza "legale" a determinare l'obbligo di assumere come certezza l'enunciato dell'atto. La Cassazione penale, Sez. III, 6 novembre 2001, n.42291, in *Cass. Pen.*, 2002, 3857, sembra presupporre proprio l'esistenza di una certezza legale: la *qualitas* di bene culturale, che integra un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice. In dottrina, è particolarmente chiaro M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, pag. 537, il quale osserva che, se "l'atto di certezza legale si limitasse a rendere manifesto un fatto giuridicamente rilevante, non vi sarebbe alcuna ragione per dire che esso è di certezza "legale".

<sup>36</sup> Consiglio di Stato, V Sezione, 23 marzo 2007, n. 1413, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, IV, p. 812 e ss. accoglie la tesi giusta la quale è necessaria una specifica indagine per constatare la rilevanza culturale di un immobile di proprietà comunale. Esclusione della presunzione di tale rilevanza relativamente agli immobili ultra cinquantennali. La tesi della potenziale rilevanza culturale dei beni che risalgono ad oltre 50 anni, fino all'adozione di un atto di natura negativo da parte dell'amministrazione dei beni culturali, non è condivisibile, posto che la durata ultracinquantennale del bene è irrilevante ai fini della natura culturale del medesimo bene.

accennava, ad esigenze di certezza, proprie di qualsivoglia ordinamento giuridico.

La Giurisprudenza penale ha più volte affermato che, ai fini della configurabilità del reato di impossessamento di beni archeologici o artistici, già sanzionato dall'art. 125 del Decreto Legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, non è necessaria una indagine tecnico-peritale per l'accertamento dell'interesse culturale del bene, poiché tale *qualitas* risulta sulla base di quanto accertato e dichiarato dai competenti organi della pubblica amministrazione<sup>37</sup>.

Non bisogna neanche dimenticare che tali cose, allorché vengono qualificate come beni culturali, sono assoggettate, qualora di proprietà privata, ad "un duplice dominio", che comporta, in fatto, un notevole sacrificio imposto al proprietario.

Inoltre, i beni in esame, per espressa *voluntas legis*, sono soggetti al procedimento di verifica disciplinata dall'articolo 12<sup>38</sup>, a differenza

---

<sup>37</sup> Cfr., *ex multis*, Cassazione penale, Sez. III, 6 novembre 2001, n.42291, in *Cass. Pen.*, 2002, 3857.

<sup>38</sup> Ai sensi dell'articolo 12 del D.Lgs. n.42/2004, "Le cose immobili e mobili indicate all'articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, sono sottoposte alle disposizioni della presente Parte fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2.

I competenti organi del Ministero, d'ufficio o su richiesta formulata dai soggetti cui le cose appartengono e corredata dai relativi dati conoscitivi, verificano la sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico nelle cose di cui al comma 1, sulla base di indirizzi di carattere generale stabiliti dal Ministero medesimo al fine di assicurare uniformità di valutazione.

Per i beni immobili dello Stato, la richiesta di cui al comma 2 è corredata da elenchi dei beni e dalle relative schede descrittive. I criteri per la predisposizione degli elenchi, le modalità di redazione delle schede descrittive e di trasmissione di elenchi e schede sono stabiliti con decreto del Ministero adottato di concerto con l'Agenzia del demanio e, per i beni immobili in uso all'amministrazione della difesa, anche con il concerto della competente direzione generale dei lavori e del demanio. Il Ministero fissa, con propri decreti i criteri e le modalità per la predisposizione e la presentazione delle richieste di verifica, e della relativa documentazione conoscitiva, da parte degli altri soggetti di cui al comma 1.

Qualora nelle cose sottoposte a schedatura non sia stato riscontrato l'interesse di cui al comma 2, le cose medesime sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente Titolo.

Nel caso di verifica con esito negativo su cose appartenenti al demanio dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali, la scheda contenente i relativi dati è trasmessa ai competenti uffici affinché ne dispongano la sdemanializzazione, qualora, secondo le valutazioni dell'amministrazione interessata, non vi ostino altre ragioni di pubblico interesse.

Le cose di cui al comma 4 e quelle di cui al comma 5 per le quali si sia proceduto alla sdemanializzazione sono liberamente alienabili, ai fini del presente codice.

L'accertamento dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, effettuato in conformità agli indirizzi generali di cui al comma 2, costituisce dichiarazione ai sensi



dei beni di cui al comma 2, del citato articolo 10, del Codice, per i quali non è previsto il procedimento di verifica dell'interesse culturale<sup>39</sup>, trattandosi di beni culturali *ex lege*<sup>40</sup>.

Inoltre, potrebbe ipotizzarsi che l'interpretazione prospettata integri addirittura una violazione di talune norme di principio della Carta costituzionale, tra cui assumerebbero preminente rilievo gli artt. 3 e 41 Cost., atteso che la qualificazione come "bene culturale" conforma il diritto di proprietà, nel senso che le facoltà dominicali proprie del diritto di proprietà non spettano più soltanto al *dominus* privato<sup>41</sup>, bensì, in parte, all'amministrazione.

Com'è noto, infine, in base al combinato disposto di cui all'articolo 12, comma 3 e di cui all'articolo 15, comma 2, soltanto dopo la conclusione del procedimento amministrativo in esame è possibile procedere alla trascrizione dell'atto nei relativi registri, con l'espressa conseguenza che la dichiarazione "*ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo*".

---

*dell'articolo 13 ed il relativo provvedimento è trascritto nei modi previsti dall'articolo 15, comma 2. I beni restano definitivamente sottoposti alle disposizioni del presente Titolo.*

*Le schede descrittive degli immobili di proprietà dello Stato oggetto di verifica con esito positivo, integrate con il provvedimento di cui al comma 7, confluiscono in un archivio informatico accessibile al Ministero e all'agenzia del demanio, per finalità di monitoraggio del patrimonio immobiliare e di programmazione degli interventi in funzione delle rispettive competenze istituzionali.*

*Le disposizioni del presente articolo si applicano alle cose di cui al comma 1 anche qualora i soggetti cui esse appartengono mutino in qualunque modo la loro natura giuridica.*

*10. Il procedimento di verifica si conclude entro centoventi giorni dal ricevimento della richiesta".*

<sup>39</sup> Una particolare procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è stata invero prevista dagli artt. 2-ter e 2-quater d.l. n. 63/2005, conv. in l. n. 109/2005, ai fini dell'applicazione dell'art. 28, co. 4, del Codice; il quale si riferisce alla realizzazione di opere pubbliche ricadenti in aree di interesse archeologico, quando per esse non siano intervenute la verifica di cui all'art. 12, co. 2, o la dichiarazione di cui all'art. 13 del codice

<sup>40</sup> Esenti, dunque anche dal procedimento di dichiarazione dell'interesse culturale di cui al successivo articolo 13, prescritta per beni culturali di proprietà prevalentemente privata.

<sup>41</sup> Si pensi agli enti privati, sia pure senza scopo di lucro, contemplati dall'articolo 10, comma 1, del Codice. Secondo A. RENDE - R. ROLLI, *Lo status giuridico dei beni culturali*, in *Giustizia amministrativa*, "Lo status di bene culturale è, per così dire, trasversale rispetto alla tradizionale distinzione, confermata dall'art. 42 della Costituzione, tra proprietà pubblica e proprietà privata, essendo un aspetto connotato a detto bene; la Corte Costituzionale parla al riguardo di proprietà conformate ab origine...Ebbene la spiccata vocazione sociale dei beni culturali ora descritti, rispetto alla maggiore tendenza a soddisfare l'interesse individuale dei beni privati privi di detto valore culturale, importa, anzitutto, un serie di limitazioni, di sacrifici, alle tradizionali ed attuali facoltà proprietarie, lo *jus fruendi* e lo *jus alienandi*".

Sembra pertanto alla scrivente che il Codice abbia soltanto voluto superare il previgente regime degli elenchi<sup>42</sup>, il quale, peraltro, non aveva mai ricevuto applicazione pratica, richiedendo, come da prassi e giurisprudenza consolidata, una dichiarazione di tale qualità ad opera dell'autorità amministrativa<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> A. L. TARASCO, *Beni, patrimonio e attività culturali: attori privati e autonomie territoriali*, [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/beni.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/beni.htm), 13, osserva che la più consistente novità dell'istituto della verifica dell'interesse culturale, introdotta dall'art. 12, è data dalla procedimentalizzazione della ricognizione del patrimonio pubblico, mobiliare e immobiliare, al fine di distinguere quanto effettivamente rilevante da quanto, invece, può restare escluso dalle disposizioni di tutela; C. VOLPE, *Commento agli articoli da 12 a 16 del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), osserva che "Ulteriore novità è rappresentata dall'espressa menzione dello Stato tra i soggetti destinatari delle disposizioni di tutela; per cui anche i beni dello stesso, così come quelli di tutti gli altri enti pubblici e delle persone giuridiche private senza fine di lucro, divengono oggetto di verifica circa il loro interesse culturale".

<sup>43</sup> Si è molto discusso in dottrina ed in Giurisprudenza sulla natura giuridica della dichiarazione di interesse culturale del bene, in quanto atto costitutivo e/o meramente dichiarativo del vincolo: cfr. N. ASSINI e R. COLONNA, *Il vincolo storico-artistico*, AA. VV., *Manuale dei beni culturali*, a cura di N. Assini e P. Francalacci, pag. 327; A. PAPA, *Oggetto della tutela*, AA.VV., *Testo unico sui beni culturali. Commento al D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490*, coordinato da V. Italia, pag. 33; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, pagg. 65 e ss., i quali ne sostengono la natura dichiarativa; *contra*, nel senso che trattasi di un atto di accertamento costitutivo, D. CARLETTI e G. VECCIA, *Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, coordinato da R. Tamiozzo, pag. 71; A. CATELANI, *I beni culturali, I beni e le attività culturali*, a cura di A. Catelani e S. Cattaneo, *Trattato di diritto amministrativo*, XXXIII, diretto da G. Santaniello, pag. 121; A. PONTRELLI, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli e V. Caputi Jambrenghi, pag. 76. In Giurisprudenza è stato chiarito che "Ai fini della configurabilità del reato di impossessamento di beni culturali, attualmente previsto dall'art. 176 del D.Lgs. n. 42 del 2004 (codice dei beni culturali e del paesaggio), a differenza delle disposizioni previgenti di cui all'art. 67 della legge n. 1089 del 1939 e all'art. 125 del D.Lgs. n. 490 del 1999, è necessario che i beni oggetto materiale del reato siano qualificati come tali in un formale provvedimento dell'autorità amministrativa, in quanto rivestano un oggettivo interesse, che risulti eccezionale o particolarmente importante; pertanto, quando si tratta di un bene mai denunciato all'autorità competente, deve avere inizio il procedimento per la dichiarazione di interesse culturale, prevista dall'art. 13 del citato D.Lgs. n. 42 del 2004, e a tal fine esso può essere legittimamente sottoposto a sequestro probatorio qualora sia presente il fumus del c.d. «furto d'arte» desunto dalle caratteristiche della res in riferimento al valore comunicativo spirituale ed ai requisiti peculiari attinenti alla sua tipologia, localizzazione, rarità o analoghi criteri": Cassazione penale, Sez. III, 27 maggio 2004, n.28929, in *Riv. Pen.*, 2005, 1111. In ordine alla natura dell'atto, la Giurisprudenza ha avuto occasione di affermare che trattasi di un provvedimento ampiamente discrezionale e che, proprio per questa ragione, necessita di congrua motivazione: T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 10/08/2005, n.10693, ha ritenuto che "Deve essere dichiarata la nullità di un

È dunque sufficiente che esista una tale “dichiarazione” espressa dell’autorità amministrativa, perché le “cose” di cui all’articolo 10, comma 2, del Codice debbano essere oggetto delle attività di valorizzazione.

Pertanto, l’esito negativo della verifica libera la cosa da ogni vincolo cautelare e provvisorio, mentre l’eventuale esito positivo è una dichiarazione di interesse culturale della cosa medesima, che rende doverosa l’attività di valorizzazione, atteso che la *res* viene così assoggettata, definitivamente, allo speciale regime giuridico dettato dal codice per i beni culturali.

In tal senso, sembra deporre anche la circostanza giusta la quale il procedimento dovrebbe essere avviato d’ufficio per tutti i beni, per essere poi concluso in forma espressa entro centoventi giorni dalla data della relativa istanza o denuncia<sup>44</sup>, nonché la circostanza che la novella legislativa n. 156/2006, che ha introdotto il comma 10 all’art. 12, impone che la verifica de qua debba necessariamente concludersi con provvedimento espresso.<sup>45</sup>

---

*provvedimento (di tutela) adottato con riferimento all'esercizio di un potere che, seppur connotato da ampia discrezionalità, non sfugge comunque a logiche di coerenza e adeguatezza, e ciò proprio in considerazione dell'ampio raggio in cui si estende l'apprezzamento dell'Amministrazione e della particolare tutela rafforzata che connota i beni culturali "de quibus", in Arch. Locazioni, 2005, 678. E' stato, però, anche chiarito, sia pure con riferimento ai beni paesaggistici, che "L'imposizione del vincolo paesaggistico non richiede una ponderazione degli interessi privati unitamente e in concorrenza con quelli pubblici connessi con la tutela paesaggistica, sia perché la dichiarazione di particolare interesse sotto il profilo paesistico non è in concorrenza con gli interessi pubblici connessi con la tutela paesaggistica, sia perché la dichiarazione di particolare interesse sotto il profilo paesistico non è un vincolo a carattere espropriativo, costituendo i beni aventi valore paesistico una categoria originariamente di interesse pubblico, sia perché comunque la disciplina costituzionale del paesaggio (art. 9, cost.) erige il valore estetico-culturale a valore primario dell'ordinamento": cfr. Cons. Stato, 23 novembre 2004, n.7667, in Giustizia amministrativa, Rivista di diritto pubblico; Cons. Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2003, n.8145, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)*

<sup>44</sup> Invero, il Codice stabilisce che la verifica della sussistenza dell’interesse culturale deve necessariamente avvenire sulla base di indirizzi di carattere generale, stabiliti dal Ministero al fine di assicurare uniformità di valutazione, al fine di assicurare omogeneità e unicità di indirizzo dell’azione amministrativa. Eguali esigenze sussistono anche nel procedimento di dichiarazione dell’interesse culturale dei beni di proprietà privata, ai sensi degli artt. 13 e 14 del codice, che però, inspiegabilmente, non prevedono che l’interesse culturale debba essere accertato sulla base di indirizzi di carattere generale.

<sup>45</sup> L. CASINI, *La disciplina dei beni culturali dopo il d.lgs. 156/2006*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, 10, p. 1073 ss., osserva che “Ove l’Amministrazione non provveda entro il termine stabilito, si configura un’ipotesi di silenzio – inadempimento, regolato dalla legge processuale amministrativa..Ciò sembra maggiormente in linea, in via generale, con il

Anche l'ente proprietario del bene, però, può avere interesse ad una sollecita pronuncia dell'autorità amministrativa, atteso che - come si è già detto - le cose immobili e mobili indicate all'articolo 10, comma 1<sup>46</sup>, del Codice, sono sottoposte a regime vincolistico di tutela sino alla conclusione del suddetto procedimento di verifica dell'interesse culturale.

La verifica della sussistenza dell'interesse culturale comporta un giudizio di carattere tecnico-discrezionale<sup>47</sup>, che, se negativo, comporta l'esclusione delle cose verificate dalle disposizioni di tutela, nonché può comportare, se trattasi di beni demaniali, la loro eventuale<sup>48</sup> sdemanializzazione.

Avverso il provvedimento di verifica, il quale deve essere motivato congruamente e dare atto dei presupposti in base ai quali è stato adottato, è esperibile anche il ricorso amministrativo previsto dall'art. 16 del Codice, *“per motivi di legittimità e di merito, entro trenta giorni dalla notifica della dichiarazione”*.

---

*novellato art. 20, l. n. 241/1990, che, in via generale, sottrae i procedimenti in materia di del patrimonio culturale alle ipotesi di silenzio assenso”*.

<sup>46</sup> Trattasi, come si è già detto, delle *“cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico”*.

<sup>47</sup> Cfr., al riguardo, G. PITRUZZELLA, *Commento all'articolo 2*, in *La nuova disciplina dei beni culturali ed ambientali*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, 2004, n.109. L'Autore osserva che il legislatore avrebbe dovuto procedere ad una tassativa definizione della fattispecie oggetto di tutela. Anche G. MORBIDELLI, *Beni culturali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. A. SANDULLI, Giuffrè, 2006, pag.115, ad avviso del quale le aggettivazioni utilizzate dal legislatore per qualificare l'interesse culturale connesso alla *res* - *“eccezionale interesse culturale”*, *“particolarmente importante”*, *semplice*, ecc - sono *“invero di difficile apprezzamento, e danno così luogo a non poche incertezze applicative”*.

<sup>48</sup> La sdemanializzazione presuppone altresì l'accertamento, ai sensi del comma 5, dell'articolo 12, che *“non vi ostino altre ragioni di pubblico interesse”*. In generale sull'acquisto, modifica e perdita della demanialità dei beni pubblici cfr. A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, 1959 il quale afferma sulla sdemanializzazione in generale che *“..la generalità della dottrina e della giurisprudenza si sono orientate nel senso del carattere meramente dichiarativo dell'atto previsto da tale articolo (atto di classificazione di cui all'art. 829 c.c.). Le disposizioni contenute in quest'ultimo si limitano infatti a imporre un mero dovere giuridico all'amministrazione nell'interesse della certezza delle situazioni giuridiche: in mancanza di una formulazione univocamente chiara in senso diverso, esse non possono infatti venire interpretati nel senso di lasciar prevalere - in contrasto con la tradizione - un elemento di carattere puramente formale su quelli che sono gli effettivi elementi costitutivi della demanialità (appartenenza all'ente pubblico, e sussumibilità in uno dei tipi di beni considerati dal legislatore come demaniali)”*.

#### 4. Gli altri beni culturali

Il comma 3, dell'articolo 10, individua talune altre "cose", chiarendo che esse sono assoggettate al regime proprio dei beni culturali soltanto se è *"intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13"*, mediante la quale è accertata *"la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse richiesto dall'articolo 10, comma 3"* e cioè un *"interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante"* ovvero un *"eccezionale interesse culturale"* ovvero ancora *"un eccezionale interesse"*, a seconda delle diverse categorie di beni:

- a) per *"le cose immobili e mobili"*, *"appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1"* <sup>49</sup>, la dichiarazione è subordinata all'accertamento di un *"interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante"*;
- b) per gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, è necessario un *"interesse storico particolarmente importante"*;
- c) per la dichiarazione di interesse culturale delle raccolte librerie, appartenenti a privati, la norma richiede un *"eccezionale interesse culturale"*;
- d) per *"le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti"*, che hanno una valore culturale soltanto derivato, si richiede l'accertamento di *"un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose"*;
- e) ed, infine, *"le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti"* possono essere dichiarate di interesse culturale *"per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica"*, qualora rivestano *"come complesso un eccezionale interesse"*.

La dichiarazione dell'autorità amministrativa è tradizionalmente qualificata come atto di certazione<sup>50</sup>, mediante il quale viene riconosciuta la *qualitas* culturale e viene dichiarata la speciale natura giuridica della *res*, in virtù della quale, se trattasi di beni di appartenenza privata, *"sono soggetti ad un duplice dominio per ciò che concerne le facoltà dominicali proprie del diritto di proprietà quale"*

---

<sup>49</sup> Dunque, appartenenti a figure soggettive diverse dallo Stato, dalle regioni, dagli altri enti pubblici e dalle persone giuridiche private senza fine di lucro.

<sup>50</sup> Cfr., al riguardo, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, pag. 538 e dottrina ivi citata.

*concepito dalle norme generali, alcune facoltà spettando non al dominus privato ma all'amministrazione*"<sup>51</sup>.

I procedimenti di certazione sono - com'è noto - dei procedimenti dichiarativi, che sono volti ad immettere nel mondo giuridico delle realtà giuridicamente definite, le quali, seppur preesistevano all'adozione del provvedimento amministrativo dichiarativo, divengono certezze legali soltanto in esito a detto procedimento.

Come è stato autorevolmente affermato, l'atto di certazione modella il fatto a cui esso di riferisce<sup>52</sup>.

In base al principio di legalità, peraltro, soltanto lo Stato ed altri pubblici poteri possono, in base alla legge, avere un potestà di certazione, nell'esercizio della quale vengono immesse nel mondo giuridico delle realtà "solo giuridiche", il cui "uso" viene così imposto a tutti<sup>53</sup>.

Al riguardo, è importante precisare che, per consolidata giurisprudenza<sup>54</sup> il potere di accertamento dell'interesse artistico-culturale afferente al bene può essere esercitato in ogni tempo, poiché la legge non stabilisce al riguardo alcun termine entro il quale la pubblica amministrazione debba esercitarlo.

---

<sup>51</sup> Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, ult. cit.*, pag. 629. L'Autore ricorda, a titolo esemplificativo delle facoltà non spettanti al proprietario la facoltà di modificare la *res*.

<sup>52</sup> Cfr., al riguardo, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, ult. cit.*, pag. 537

<sup>53</sup> Così, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, pag.485. L'Autore chiarisce che anche i "soggetti di autonomia privata possono creare delle qualificazioni giuridiche di elementi del mondo reale, ma non possono imporle ad altri che non abbiano prestato il loro consenso in modo volontario".

<sup>45</sup> Cfr. con riferimento ad un bene immobile sul quale imporre il vincolo di cui alla legge 1 Giugno 1939 n. 1089, Consiglio di Stato, Sezione VI, 29 Settembre 1999, n.1295, in *Foro Amm.*, 1999, 1798, che evidenzia qualora si intenda apporre un vincolo a tutela del valore storico - artistico di un immobile, alla luce dell'art. 2 l. n. 1089 del 1939, l'avvio del relativo procedimento va comunicato ai sensi dell'art. 7 l. n. 241 del 1990, anche se trattasi di beni immobili di proprietà pubblica, data la portata istituzionalmente generale ed integrativa della l. n. 241 del 1990, da cui consegue l'applicabilità anche a procedimenti anteriori alla novella.

<sup>54</sup> *Ex multis*, P. VIRGA, *Beni Pubblici e di interesse pubblico*, Palermo, 1962

<sup>47</sup>In tal senso, M.S.GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1971.

## 5. Conclusioni

Com'è noto, parte della dottrina<sup>55</sup> ha spiegato che i beni culturali di proprietà privata sono dei beni di interesse pubblico, in considerazione della loro oggettiva capacità di realizzare un pubblico interesse, contestualmente chiarendo che la concorrente sussistenza dell'elemento soggettivo, dell'appartenenza del bene culturale ad una figura soggettiva pubblica, importa la sua qualificazione come bene pubblico e l'applicazione del relativo statuto giuridico.

Un altro importante contributo alla sistemazione teorica della materia è stato fornito da M.S. Giannini<sup>56</sup>, il quale, utilizzando la nota distinzione fra beni giuridici e cose, definisce il bene culturale come un bene immateriale, sempre di proprietà della pubblica amministrazione, distinto dalla *res* che la incorpora e che può essere di proprietà pubblica o privata. Il distinguo tra beni culturali di proprietà pubblica e privata così come la stessa locuzione di bene culturale non è neutrale atteso che i beni culturali di proprietà privata in ragione dell'immanente pubblico interesse di cui sono portatori nascono come beni conformati con conseguente limitazione delle facoltà dispositive del proprietario.<sup>57</sup>

Pregiudiziale appare allora l'individuazione della portata della locuzione "bene culturale" che non è, come si è tentato di dimostrare, scevra di implicazioni teoriche e pratiche ponendosi quale presupposto di forti restrizioni alle ordinarie facoltà riconosciute dalla disciplina comune al *dominus* dei beni privati che in ragione del loro interesse pubblico sono assoggettati ad uno speciale regime proprietario.

In conclusione, si osserva che la categoria dei beni culturali è costituita, innanzitutto dalle "cose" di proprietà pubblica individuate e qualificate come beni culturali direttamente e specificamente dall'articolo 10, comma 2, del Codice dei beni culturali; nonché dalle "cose" che sono dichiarate beni culturali dall'autorità amministrativa in base alla Legge.

---

<sup>55</sup> M.A. SANDULLI, *I beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, 1958

<sup>56</sup> In tal senso, M.S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1971

<sup>57</sup> In tal senso, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1974, pag.522 e ss; A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 277 e ss.; T. ALIBRANDI, *Beni culturali*, in *Enc. Giur.* V, il quale spiega come la garanzia di conservazione e la possibilità di fruizione pubblica siano i due principi fondamentali che consentono di individuare la caratteristica unificante del regime giuridico della materia.

Non interessa ai fini del presente studio soffermarsi specificamente sulla natura costitutiva e/o ricognitiva dei provvedimenti amministrativi contemplati negli articoli 12 e 13 del Codice, pur essendosi manifestata una propensione per la qualificazione di detti atti come provvedimenti di certazione, atteso che analoghe sembrano essere le esigenze di certezza legale.

Certamente, ai fini delle attività di valorizzazione, possono essere considerati beni culturali, soltanto le "cose" che sono state oggetto di uno specifico provvedimento dell'amministrazione dei beni culturali.

È dunque sempre necessario, perché la cosa possa essere qualificata come bene culturale, che sia intervenuta almeno una dichiarazione espressa dell'amministrazione dei beni culturali.

Come si avrà modo di chiarire nel prossimo capitolo, l'attività di valorizzazione dei beni culturali riguarda, ai sensi dell'articolo 113 del Codice, anche i beni di proprietà privata.

In relazione a tali ultimi beni, però, come si è accennato, non si pone un problema di intervento autoritativo della pubblica amministrazione<sup>58</sup>, poiché le attività di valorizzazione sono prevalentemente di competenza della figura soggettiva privata titolare del relativo diritto di proprietà<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Certo, come si chiarirà nel prossimo capitolo, l'articolo 104 del Codice disciplina la visita pubblica dei beni culturali di proprietà dei privati, quale strumento idoneo a garantirne la fruizione alla collettività e/o come un uso collettivo del bene.

<sup>59</sup> G. PIPERATA, *La valorizzazione dei beni culturali di proprietà privata*, in *Aedon*, 172004, chiarisce che, ai sensi dell'articolo 113, comma 3, del Codice, il momento per la determinazione della misura di sostegno al proprietario privato rappresenta l'occasione per stipulare l'accordo per la valorizzazione. L'Autore evidenzia, tra l'altro, che le parti dell'accordo sono tenute a fare riferimento, ai sensi del successivo articolo 114, ai livelli uniformi di qualità della valorizzazione, i quali seppur non vengono imposti autoritativamente al privato, sono però vincolanti per la parte pubblica che stipula l'accordo, dopo aver concorso a determinare tali livelli di qualità.



## CAPITOLO II

### LE ATTIVITA' DI VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI

#### Sommario

1. Premessa. 2.1 I referenti normativi dell'attività di valorizzazione dei beni culturali. 2.2 *Segue*: la distinzione tra attività di valorizzazione, di tutela e di gestione dei beni culturali di cui al Decreto Legislativo 31 Marzo 1998, n.112. 2.3 *Segue*: l'attività di valorizzazione nel nuovo Codice dei beni culturali. 3.1 Il concetto di valorizzazione. 3.2 *Segue*: valorizzazione, tutela e offerta di fruizione dei beni culturali. 4. I lavori pubblici per la valorizzazione dei beni culturali. 5. Conclusioni.

#### 1. Premessa

Oggetto del presente studio sono le attività di valorizzazione di quelle *res* di cui si è trattato nel precedente capitolo e che sono direttamente (ed espressamente) qualificate come "beni culturali" dall'articolo 10, comma 2, del d.lgs. n.42/2004, ovvero che sono state già qualificate come tali con provvedimento espresso dell'Autorità amministrativa, adottato ai sensi degli articoli 12 e 13 del citato Codice.

Al riguardo, la Giurisprudenza amministrativa ha, anche recentemente, chiarito come "*i principi di trasparenza dell'azione amministrativa, dettati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, impongano all'amministrazione dei beni culturali di prevenire incertezze circa il regime dei beni che possono essere oggetto d'interesse, adottando provvedimenti espressi, costitutivi dell'assoggettamento del bene al regime di cui si tratta*" e che "*le incertezze interpretative concernenti l'art. 4 della legge 1 giugno 1939, n. 1089, (hanno) perso attualità in quanto il D. Lgs. 22 gennaio 2004 (...), agli artt. 10 sgg. ha espressamente imposto la declaratoria espressa dell'interesse culturale dei beni da assoggettare alla sua disciplina*"<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Così, Consiglio di Stato, Sezione IV, Sent. 22 Giugno 2007, n. 3450, in *Giustizia amministrativa, Rivista di diritto pubblico*.

S. FOÀ, in *La gestione dei beni culturali*, 2001, p. 33 rileva che "*L'originaria concezione della disciplina, connessa alla mera esigenza di sottrazione dei beni tutelati dai rischi di distruzione o di pregiudizievole modificazione, si è modificata in una accezione di tutela tesa ad accostare il concetto di conservazione a quello di valorizzazione, nella prospettiva della fruizione pubblica e della trasmissione alle persone dei valori culturali*".

Ciò nonostante, problematica si rivela l'esatta definizione ed individuazione delle attività sussumibili nella categoria della valorizzazione, innanzitutto perché non è agevole segnare una netta linea di demarcazione tra le attività di tutela, di conservazione, di fruizione e di gestione dei beni culturali.

La dottrina ha avuto occasione di precisare che l'azione di valorizzazione non può, per sua natura, prescindere dalla difesa e dalla protezione dei valori di cui i beni sono testimonianza, concorrendo dunque, anch'essa, alla conservazione dei beni culturali<sup>61</sup>.

Più precisamente, è stato chiarito che la *"valorizzazione del bene culturale non può che ridondare in una tutela, mentre una efficace tutela del bene costituisce già essa valorizzazione dello stesso"*<sup>62</sup>.

Questa interpretazione, peraltro, appare da accogliere in quanto costituzionalmente orientata atteso che la funzione di tutela

---

Secondo autorevole dottrina del secolo scorso la gestione avrebbe ricompreso sia la funzione di tutela che quella di valorizzazione per contrapporsi, invece, all'attività di circolazione del bene. In questo senso M.S. GIANNINI, *I Beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1976, 3 ss. L'Insigne Autore osserva che *"Il bene culturale è pubblico, in quanto bene di fruizione, e non di appartenenza"*. Il bene pubblico in quanto a fruizione collettiva si aggiunge così alle note categorie del bene pubblico in senso oggettivo ed in senso soggettivo.

<sup>61</sup> Cfr., ex multis, G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it). *Rivista di arti e diritto on line*, 3/2004. Secondo l'Autore in particolare *"..La tutela richiede di per sé una disciplina unitaria fondata anzi su regole e protocolli concordati nelle sedi disciplinari e scientifiche non solo nazionali, ma anche sopranazionali e chiede anche di essere governata ed amministrata avvalendosi di strutture e corpi tecnico-professionali che operino al di fuori di indirizzi e condizionamenti politici contingenti. La valorizzazione che guarda al bene come risorsa e come servizio pare essere soprattutto azione da svolgere prevalentemente in sede regionale e locale a cura delle corrispondenti istituzioni di governo, pur sempre con l'apporto delle necessarie strutture tecnico-professionali, nell'ambito di indirizzi e scelte di sviluppo sociale ed economico"*

<sup>62</sup> Così, P. CARPENTIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione* (Nota di commento a Corte costituzionale 28 marzo 2003, n. 94), in *Urbanistica e Appalti*, n. 9 del 2003. L'Autore rileva l'insufficienza del *"dato normativo ai fini di una esatta delimitazione del concetto di valorizzazione dei beni culturali, la dottrina ha fornito sostanzialmente due letture di tale nozione. Una prima concezione, più tradizionalmente ancorata alla tutela, ritiene che la valorizzazione non sia altro che la realizzazione delle condizioni per la migliore fruizione del bene culturale, ovvero sia per la migliore gestione del bene al fine di assicurare la massima esplicazione dell'ontologica sua vocazione e destinazione alla pubblica fruizione. Una seconda concezione, più economicistica, della nozione di mise en valeur del bene culturale, tende invece a considerare la valorizzazione come modalità di gestione imprenditoriale del bene culturale idonea a determinare (quanto meno) il ricavo di proventi sufficienti a coprire (tendenzialmente) i costi di gestione e ad assicurare un reinvestimento utile per il rafforzamento e il miglioramento della tutela"*.

ricomprende pure la accessibilità del bene funzionalizzata alla fruizione conforme al dettato costituzionale atteso che l'art. 9

L'individuazione e la qualificazione delle attività di valorizzazione è, peraltro, complicata dalla possibilità di valorizzare i beni culturali anche mediante lavori pubblici e non soltanto mediante la gestione di un servizio pubblico o di un'attività: si pensi, ad esempio, alle attività di restauro delle *res in esame*.

Ed ancora, si deve evidenziare che questa attività - la valorizzazione dei beni culturali - può essere espletata sia da figure soggettive private, sia da figure soggettive pubbliche, considerato che il Codice recepisce, a tale ultimo riguardo, il principio giusta il quale ciascuna figura soggettiva pubblica e privata dell'Ordinamento è legittimata a valorizzare i beni di cui è titolare e di cui dispone<sup>63</sup>.

Il tutto consente, dunque, di affermare che la materia-attività di valorizzazione dei beni culturali si può concretizzare in una molteplicità di azioni eterogenee e qualificabili, a volte, come pubblica funzione, altre volte, come pubblico servizio, come attività di pubblico interesse, ovvero, addirittura, come mere attività commerciali o materiali<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr., artt. 6, 113 e 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio nonché, Corte Costituzionale, Sent. 20 Gennaio 2004, n. 26, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 2/2004, secondo la quale "La norma censurata, rinviando all'art. 152 del d.lgs. n. 112 del 1998 il quale stabilisce, sia pure ai fini della definizione delle funzioni e dei compiti di valorizzazione dei beni culturali, che Stato, regioni ed enti locali esercitano le relative attività, "ciascuno nel proprio ambito", presuppone un criterio di ripartizione di competenze, che viene comunemente interpretato nel senso che ciascuno dei predetti enti è competente ad espletare quelle funzioni e quei compiti riguardo ai beni culturali, di cui rispettivamente abbia la titolarità. Tale criterio, pur essendo inserito nel decreto legislativo n. 112 del 1998, anteriore alla modifica del Titolo V della Costituzione, conserva tuttora la sua efficacia interpretativa non solo perché è individuabile una linea di continuità tra la legislazione degli anni 1997-98, sul conferimento di funzioni alle autonomie locali, e la legge costituzionale n. 3 del 2001, ma soprattutto perché è riferibile a materie-attività, come, nel caso di specie, la tutela, la gestione o anche la valorizzazione di beni culturali, il cui attuale significato è sostanzialmente corrispondente con quello assunto al momento della loro originaria definizione legislativa".

<sup>64</sup> La dottrina ha rilevato numerosi profili di incertezza in sede di individuazione della nozione di valorizzazione, in quanto contrapposta a quella di tutela ed a quella di gestione. Particolari problemi esegetici sono stati generati dalle incertezze in ordine alla corretta qualificazione giuridica dell'attività come una funzione ovvero come un'attività di erogazione di un servizio pubblico ovvero ancora come un complesso di operazioni ed attività strumentali e serventi rispetto alla tutela e all'offerta alla pubblica fruizione del bene culturale. Offerta alla pubblica fruizione che costituisce il bene della vita cui è preordinato il servizio al pubblico e la stessa funzione di tutela del bene culturale. In tal senso,

Si può anticipare, al riguardo, che la valorizzazione<sup>65</sup> dei beni culturali è certamente oggetto sia di programmazione, sia di attività gestionale e deve essere espletata, normalmente, attraverso la concertazione dei diversi soggetti, pubblici o privati, interessati, sul presupposto che lo strumento per ottimizzare l'attività di valorizzazione deve essere individuato in meccanismi di amministrazione concordata e negoziata tra i vari livelli istituzionali<sup>66</sup>, in attuazione del principio di sussidiarietà verticale e di sussidiarietà orizzontale.<sup>67</sup>

---

cfr. L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 698 e ss. par. 10, ad avviso del quale la valorizzazione ha i caratteri propri in parte della funzione, sussistendo un potere discrezionale nella scelta degli interventi e nell'uso dei procedimenti, ed, in parte, del servizio pubblico: si pensi ai servizi di assistenza culturale e di ospitalità presso i musei. Osserva l'autore che *"Il carattere pubblico dei beni culturali trascende, dunque, la tradizionale dicotomia proprietà pubblica - proprietà privata per approdare ad una nozione di <<funzione sociale>> incentrata sulla fruizione e sul godimento dei valori immateriali da parte della collettività; questa interpretazione ha trovato conferma nella distinzione tra tutela, diretta a salvaguardare la conservazione fisica del supporto materiale del valore culturale, e valorizzazione, finalizzata alla fruizione e alla diffusione del medesimo valore"*.

<sup>65</sup> Si consideri, peraltro, che la valorizzazione può venire in rilievo sia come attività, sia come risultato dell'attività. Si noti comunque la diversità del dato normativo riscontrabile nel d.lgs. 112/1998 prima e nel T.U. n. 490/1999 poi. In particolare mentre il primo prevede espressamente all'art. 148 le funzioni di tutela, valorizzazione e gestione il secondo non contempla autonomamente la gestione nella classificazione delle funzioni. S. FOÀ, in *La gestione dei beni culturali*, op. cit., p. 35 rileva che *"Manca dunque una definizione riservata all'attività di gestione, forse perché si tratta di un servizio e non di una funzione, ma la stessa pare desumibile dalla rubrica del capo VI <<valorizzazione e godimento pubblico>>"*.

<sup>66</sup> Vedasi art. 112 del Codice. In dottrina cfr. L. ZANETTI, *Sistemi locali e investimenti culturali*, in *Aedon*, 2/2003, secondo il quale *"La cultura dunque, nonostante le sue peculiarità ontologiche e giuridiche, non sembra (più) suscettibile di una visione del tutto separata ed estranea rispetto alle logiche più generali che governano i fenomeni di sviluppo locale almeno quando venga concepita anche come fattore attivo per la crescita socio economica. Si tratta probabilmente di tirare le fila del più ampio processo concernente l'inclusione nella politica culturale di obiettivi non solo di tutela ma anche di valorizzazione e promozione. Nelle fasi iniziali del processo, l'attenzione del legislatore e degli operatori si è incentrata prevalentemente sulle misure di tipo puntuale, ossia inerenti ai singoli attori della cultura, sotto il profilo ora dell'attività (come per il coinvolgimento dei privati nello svolgimento dei "servizi aggiuntivi" presso gli organismi pubblici), ora dell'organizzazione (come per la trasformazione degli enti di diritto pubblico in soggetti di diritto privato), ora del finanziamento (come per gli incentivi fiscali al mecenatismo). Nelle fasi successive del processo, l'attenzione dei decisori pubblici e privati viene spostandosi verso le misure di tipo collettivo, che cioè si riferiscono al complesso degli attori culturali, al loro ambiente relazionale, al tessuto dei reciproci contatti"*.

<sup>67</sup> Cfr. sul punto G. D'ALESSIO, *Le fonti di regolazione dei servizi culturali alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *La gestione dei servizi culturali e del*

## **2.1. I referenti normativi dell'attività di valorizzazione dei beni culturali.**

Il legislatore italiano, sino ai primi anni novanta, aveva incentrato la propria attenzione<sup>68</sup> prevalentemente sulla conformazione dello statuto proprietario dei beni culturali, ed, in genere, del patrimonio culturale, privilegiandone la tutela del valore culturale; ciò perché si riteneva che detto valore fosse “garantito” da un'attività di tipo prevalentemente conservativo.

Ed infatti, la Legge 1 Giugno 1939, n. 1089 e la Legge 29 Giugno 1939, n.1497 non contemplavano assolutamente l'attività di valorizzazione delle *res* in esame.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, l'espressione valorizzazione era stata utilizzata in Italia<sup>69</sup> in modo, per così dire,

---

*tempo libero ad un bivio*, tratto da Rapporto Federculture, 2005, p. 27 e ss. rileva che l'attività del servizio pubblico prende forma quando il bene viene considerato nel suo momento dinamico, cioè destinato alla fruizione ovvero alla sua valorizzazione. “Da quanto ora detto, si trae conferma del fatto che i servizi culturali (riguardanti la gestione dei beni) afferiscono essenzialmente alla dimensione della valorizzazione/fruizione. Su queste basi, la risposta sull'assetto delle competenze legislative può apparire estremamente chiara e lineare: sulla valorizzazione dei beni culturali (e quindi, nel modello interpretativo sopra definito, anche sulla fruizione) l'art. 117, comma 3, Cost., come visto, prevede norme di principio, mentre per il resto sono abilitate ad intervenire le leggi delle regioni. Tale indicazione è fatta esplicitamente propria dal Codice, agli artt. 102 e 112, dove le disposizioni in tema di fruizione e valorizzazione nello stesso contenute sono qualificate come principi entro e nel rispetto dei quali è chiamato ad intervenire il legislatore regionale: in particolare sono da intendere come principi fondamentali le previsioni, contenute nell'art. 115, relative alla tipologia delle forme di gestione delle attività di valorizzazione,...Inoltre va ricordato che il Codice in perfetta sintonia con le risultanze dell'ultima giurisprudenza costituzionale (in particolare, il richiamo, è alla sentenza n. 9/2004 e, soprattutto, alla sentenza n. 26/2004) – nel definire il riparto delle competenze normative, e di quelle amministrative, sulla valorizzazione/fruizione dei beni culturali non tiene conto solo del criterio finalistico o tipologico /contenutistico (cioè rispettivamente, alle finalità ed alle attività di tutela o di valorizzazione), ma lo incrocia e lo integra con il <<criterio dominicale>>, che tiene conto dell'appartenenza o, comunque, della disponibilità dei beni oggetto delle attività in questione: nelle citate disposizioni degli artt. 102, comma 2, e 112 comma 2, infatti, si legge che la legge regionale nel rispetto dei principi fondamentali dettati dallo stesso Codice, disciplina rispettivamente la fruizione e la valorizzazione non di tutti i beni facenti parte del patrimonio culturale, ma solo di quelli <<presenti negli istituti e luoghi della cultura non appartenenti allo Stato o dei quali lo Stato abbia trasferito la disponibilità sulla base della normativa vigente>>”.

<sup>68</sup> Cfr., al riguardo, T. ALIBRANDI, Voce Beni culturali, in *Enc. Giur. Treccani*, Volume V, pag. 1 ss.

<sup>69</sup> In Francia, invero, era già stata adottata la Legge n. 62-903 del 4 agosto 1962 sulla protezione del patrimonio storico ed estetico della Francia. La Legge prevedeva, in particolare, un intervento amministrativo di salvaguardia e di *mise en valeur* dei beni protetti.

occasionale, al di fuori di una disciplina organica delle relative attività<sup>70</sup>.

Così, la legge 26 Aprile 1964, n. 310, nel conferire l'incarico alla Commissione Franceschini, ne individuava l'oggetto in *"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"*.

Né la Legge n. 310 del 1964<sup>71</sup>, né la Commissione d'indagine incaricata si premurarono, però, di definire il significato dell'espressione valorizzazione, la quale veniva indicata sempre contestualmente all'attività di tutela, quale *"inscindibile endiadi"*<sup>72</sup> espressiva del concetto che costituisce già essa stessa un'indispensabile attività di valorizzazione<sup>73</sup>.

Il significato dell'espressione è individuato, a livello legislativo, soltanto dal d.lgs. 31 Marzo 1998, n.112<sup>74</sup>, il cui articolo 148, prima assorbito dal T.U. n. 490/1999 ed oggi abrogato dal Codice dei beni culturali, definiva la valorizzazione come *"ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione"*.

Invero, anche il Testo Unico di cui al d.lgs. 29 Ottobre 1999, n. 490 conteneva un intero Capo intitolato *"Valorizzazione e godimento pubblico"*<sup>75</sup>, ma detto Capo accorpava prevalentemente norme in

---

<sup>70</sup> L'espressione valorizzazione, invero, può indicare sia un'attività, sia gli effetti di detta attività.

<sup>71</sup> Contiene un mero riferimento all'attività di valorizzazione anche il D.P.R. 3 Dicembre 1975, n.805.

<sup>72</sup> Cfr. T. ALIBRANDI, *Valorizzazione e tutela dei beni culturali: il ruolo dello Stato*, in *Foro Amministrativo*, 1998, pag.1638. L'Autore osserva che la tutela, salvo concepirla solo in termini di divieti, presuppone e/o comporta un progetto di conservazione ed insieme di fruizione, dunque di valorizzazione.

<sup>73</sup> Principio avallato anche dalla dottrina più recente, come indicata nel par. I; cfr. anche nota n. 3 e dottrina ivi citata. Cfr. anche F. MERUSI, *Commento all'art. 9 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione, Principi Fondamentali* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, pagg. 454 e ss.

<sup>74</sup> Il d.lgs. 368 del 1998 - istitutivo del Ministero per i beni e le attività culturali - conferma la distinzione tra tutela, gestione e valorizzazione introdotta dal citato D.lgs. 112 del 1998.

<sup>75</sup> Si tratta del Capo VI del Titolo primo del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali, articoli 91-117, il quale conteneva, però, tre Sezioni intitolate *"Espropriazioni"*, *"Fruizione"* e *"Uso collettivo"* e sembra certo che l'espropriazione dei beni culturali possa essere più facilmente ascritta nell'ambito delle attività di tutela che in quelle di valorizzazione dei beni in esame.

materia di tutela e non di valorizzazione dei beni culturali, probabilmente a causa della sua natura meramente compilativa<sup>76</sup>.

Il nuovo Codice disciplina certamente in modo più organico le funzioni e le attività di valorizzazione dei beni culturali: nella parte prima agli articoli 6 e 7; nella parte seconda agli artt. 111 e seguenti; nella parte terza agli artt. 131 e seguenti.

Si tratta, però, è opportuno evidenziarlo subito, di principi fondamentali della materia, individuati ai sensi dell'articolo 117, comma 3, Cost., in virtù del quale è materia di legislazione concorrente la *“valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali”*<sup>77</sup>.

Com'è noto, infatti, la riforma del Titolo V della Costituzione, attuata con legge costituzionale n. 3 del 2001, ha distinto espressamente le attività di tutela e valorizzazione dei beni

---

<sup>76</sup> La delega legislativa della legge n. 352/1997 impediva l'introduzione di nuove norme sostanziali ed, in particolare, non consentiva innovazioni in materia di valorizzazione del patrimonio culturale.

<sup>77</sup> Cfr., al riguardo, Corte costituzionale, Sentenza n. 93/2004 reperibile sul sito ufficiale della Corte Costituzionale.

Osserva L. CASINI, op. cit, che l'assetto delineato dalla novella n. 3/2001 che ha riservato alla potestà esclusiva statale la tutela dei beni culturali, devolvendo la valorizzazione tra le materie di legislazione concorrente tra Stato e Regioni, *“ha generato diversi contrasti; non a caso, il legislatore costituzionale ha incluso la tutela dei beni culturali sia tra le materie in cui lo Stato può attribuire alle regioni <<ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia>> (art. 116, c. 3, Cost.), sia tra i casi in cui la legge statale disciplina, per l'esercizio di funzioni amministrative, <<forme di coordinamento tra Stato e Regioni>> (art. 118, c. 3, cost.)*.

Osserva ancora l'autore che *“Circa le competenze amministrative, vi è un parallelismo con i compiti legislativi. Vi è, infatti, una riserva di competenza statale sulla tutela dei beni culturali, giustificata dall'esigenza di garantirne l'esercizio unitario ai sensi dell'art. 118 cost., nonché dalla peculiarità del patrimonio storico artistico italiano, formato in grandissima parte da opere nate nel corso di oltre venticinque secoli nel territorio italiano e che delle vicende storiche del nostro Paese sono espressione e testimonianza. Essi vanno considerati nel loro complesso come un tutt'uno, anche a prescindere dal valore del singolo bene isolatamente considerato>> (C. cost. 9/2004). Alle regioni sono comunque attribuite competenze di tutela dei beni librari..*

*Inoltre il contesto di leale cooperazione nel settore dei beni culturali è ribadito sia dall'uso del termine Repubblica nell'art. 9 cost. e nell'art. 1 del codice, sia dal frequente richiamo a forme di coordinamento tra Stato, regioni e enti locali, da realizzare tramite specifici accordi”*.

Osserva G. VOLPE, *Manuale dei beni culturali*, 2007, p. 297 che *“La tutela<<parametro limite>> rispetto all'esercizio dell'attività di valorizzazione, trova un titolare naturale nel Ministero, ma il Governo ha prefigurato <<il conferimento, sulla base di appositi atti d'intesa e coordinamento, di specifici settori di attività in primis alle regioni e in via subordinata anche agli enti locali>> secondo un'adeguata applicazione dei principi di sussidiarietà e differenziazione, rispettivamente ai sensi dei commi terzo e primo dell'art. 118, Cost.”*

culturali, mantenendo in capo allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materia di tutela ed affidando, invece, alla competenza concorrente delle Regioni, la disciplina della valorizzazione.<sup>78</sup>

## **2.2 Segue: la distinzione tra attività di valorizzazione, di tutela e di gestione dei beni culturali di cui al Decreto Legislativo 31 Marzo 1998, n.112.**

Invero, ancor prima dell'accennata riforma costituzionale, il d.lgs. n.112 del 1998<sup>79</sup>, al fine di determinare l'insieme delle attribuzioni regionali in materia di beni culturali<sup>80</sup>, già distingueva l'attività di valorizzazione e l'attività di tutela, individuando, altresì, la cd. attività di gestione.

---

<sup>78</sup> Osserva L. CASINI, *I beni culturali*, che il ricorso al termine valorizzazione si pone come alternativa al distinguo tra tutela statica e tutela dinamica, sostituita quest'ultima dal concetto appunto di valorizzazione. Osserva ancora che le predette due funzioni perseguono finalità diversa.

Secondo la Corte Costituzionale, sentenza 9/2004, *"La tutela, infatti, è diretta principalmente ad impedire che il bene possa degradarsi nella sua struttura fisica e quindi nel suo contenuto culturale; ed è significativo che la prima attività in cui si sostanzia la tutela è quella del riconoscere il bene culturale come tale. La valorizzazione è diretta soprattutto alla fruizione del bene culturale, sicché anche il miglioramento dello stato di conservazione attiene a quest'ultima nei luoghi in cui avviene la fruizione ed ai modi di questa"*.

<sup>79</sup> Com'è noto, il Decreto Legislativo n. 112 del 1998, in esecuzione della legge-delega n. 59 del 1997, ha tentato di realizzare il *"terzo decentramento"* amministrativo dopo gli interventi realizzati con la Legge n. 281 del 1970, ed i relativi d.lgs. nn. da 1 a 11 del 1972, e con la Legge n.382 del 1975, ed i relativi d.lgs delegati n. 616 del 1977 e n.617 del 1977. Cfr., in dottrina, S. CASSESE, *Decentramento e riforma amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, 5, pag. 417. L'Autore osserva che *"..Sotto il profilo funzionale il decentramento è attenuato dalla riserva al centro di un complesso di compiti definiti<<di rilievo nazionale>> e ulteriormente individuati per materia. Soggetti beneficiari del decentramento statale sono, contrariamente a quel che poteva suggerire una tendenza ispirata dalla concezione gradualistica e piramidale dell'ordinamento, sia le regioni, sia gli enti locali, tra i quali lo Stato distribuisce i suoi compiti. Ma la legge non solo ha scelto di non rimettere alle regioni l'ulteriore decentramento a favore degli enti locali. Ha anche disposto, accanto al decentramento statale, un altro decentramento questa volta regionale, imponendo alle regioni (ma nelle sole materie dell'art. 117 Cost.) di decentrare l'esercizio locale di funzioni regionali"*.

<sup>80</sup> Cfr., in senso parzialmente diverso, G. SEVERINI, *Disposizioni generali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. M. SANDULLI, Giuffrè 2006, ad avviso del quale il termine valorizzazione *"è servito piuttosto a designare l'insieme delle attribuzioni regionali in materiali beni culturali, che non a definire un esatto complesso di funzioni"*; P. CARPENTIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione?* (nota a C. Cost. 28 marzo 2003, n. 94), *Urbanistica e appalti*, 2003, pag. 1016.



L'articolo 152 del Decreto Legislativo n. 112, intitolato espressamente *"La valorizzazione"*, stabiliva, innanzitutto, che lo Stato, le Regioni e gli Enti locali dovevano provvedere, *"ciascuno nel proprio ambito"*<sup>81</sup> alla *"valorizzazione dei beni culturali"* e che detta attività doveva essere espletata *"di norma" "mediante forme di cooperazione strutturali e funzionali"*.

Lo stesso articolo 152 chiariva che la valorizzazione poteva concretizzarsi in una funzione ovvero nell'espletamento di compiti di diversa natura e che la valorizzazione, sia pure a titolo esemplificativo<sup>82</sup>, si poteva concretizzare nelle seguenti attività:

- a) il miglioramento della conservazione fisica dei beni e della loro sicurezza, integrità e valore;
- b) il miglioramento dell'accesso ai beni e la diffusione della loro conoscenza anche mediante riproduzioni, pubblicazioni ed ogni altro mezzo di comunicazione;
- c) la fruizione agevolata dei beni da parte delle categorie meno favorite;
- d) l'organizzazione di studi, ricerche ed iniziative scientifiche anche in collaborazione con università ed istituzioni culturali e di ricerca;
- e) l'organizzazione di attività didattiche e divulgative anche in collaborazione con istituti di istruzione;
- f) l'organizzazione di mostre anche in collaborazione con altri soggetti pubblici e privati;
- g) l'organizzazione di eventi culturali connessi a particolari aspetti dei beni o ad operazioni di recupero, restauro o ad acquisizione;
- h) l'organizzazione di itinerari culturali, individuati mediante la connessione fra beni culturali e ambientali diversi, anche in collaborazione con gli enti e organi competenti per il turismo.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha avuto occasione di affermare che la nozione di valorizzazione contenuta nell'articolo 152 del D.Lgs. n.112/1998 sembra *"esaurire tutte le competenze in materia di gestione materiale dei beni culturali"* ed è certo che l'elencazione ivi contenuta attenesse ad una molteplicità di attività, peraltro, assolutamente eterogenee e qualificabili, a volte, come pubblica funzione, altre volte, come pubblico servizio, come attività

---

<sup>81</sup> Cfr., in materia, Corte Costituzionale, Sent. 20 Gennaio 2004, n. 26.

<sup>82</sup> Invero, il Consiglio di Stato, Sezione controllo sugli atti normativi, con parere interlocutorio del 1° Luglio 2002, aveva ritenuto che la nozione di valorizzazione contenuta nell'articolo 152 del D.Lgs. n. 112/1998 sembrava *"esaurire tutte le competenze in materia di gestione materiale dei beni culturali"*. Ma sulla distinzione tra attività di gestione e attività di valorizzazione si veda anche *infra*.

di pubblico interesse, ovvero, addirittura, come mere attività commerciali o materiali.

Il tratto accomunante di tali attività sembra individuabile nella loro idoneità alla “messa in valore” del bene culturale; nella introduzione di un *quid pluris* idoneo a migliorare le condizioni di offerta (*recte*: le condizioni d’uso) del bene culturale e, quindi, un *quid pluris* idoneo a consentire un apprezzamento migliore o un accesso più ampio al bene culturale<sup>83</sup>.

In tal senso, sembrano deporre anche le definizioni di *tutela* e di *gestione* dei beni culturali contenute nel medesimo decreto legislativo, il quale – come si è già accennato – individuava altresì la “tutela”, definita come “ogni attività diretta a riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali e ambientali”; nonché, quale autonoma attività, anche la “gestione” dei beni culturali, definendola come “ogni attività diretta, mediante l’organizzazione di risorse umane e materiali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione”.

### **2.3 Segue: l’attività di valorizzazione nel nuovo Codice dei beni culturali.**

L’articolo 6 del d.lgs. n. 42 del 2004, nel prevedere che l’attività di valorizzazione dei beni culturali può concretizzarsi sia nell’esercizio di una funzione, sia in attività non qualificabili come tali (ed addirittura di natura privata), stabilisce che è un’attività doverosa soltanto in relazione ai beni di proprietà pubblica, a differenza della tutela che “è essenziale ed indeclinabilmente pubblica”<sup>84</sup>.

Si tratta di un’attività diretta “a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale” e, più in generale, diretta a “promuovere lo sviluppo della cultura”.

---

<sup>83</sup> Cfr., in tale senso, la Relazione ministeriale al Codice dei beni culturali (pag. L). In dottrina, G. SEVERINI, *Disposizioni generali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. M. SANDULLI, Giuffrè 2006. Secondo T. ALIBRANDI, *Valorizzazione e tutela dei beni culturali: Ruolo dello Stato*, in *Foro Amministrativo*, 1998, 5, p. 1635 ss., “La funzione valorizzante va invece ricostruita attorno ad un connotato essenziale del bene culturale, e cioè alla sua istituzionale destinazione alla fruizione da parte della collettività”.

<sup>84</sup> Cfr. G. SEVERINI, *Disposizioni generali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. M. SANDULLI, Giuffrè 2006, pag. 50. L’Autore chiarisce che “La tutela si oppone al diritto di proprietà. La valorizzazione segue la titolarità della cosa, come facoltà se in proprietà privata, come dovere se di appartenenza pubblica territoriale”.

La norma statuisce che la valorizzazione è l'attività diretta "ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso", ma che deve essere necessariamente "attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze".

Assolutamente condivisibile sembra, dunque, quella tesi dottrinale, ad avviso della quale la fruizione od offerta alla fruizione rappresenta l'attività di apprestamento dei mezzi minimi necessari o utili per il pubblico godimento della *res*, mentre l'attività di valorizzazione si concretizzerebbe nell'apprestamento dei mezzi ulteriori idonei a migliorare "la fruizione pubblica del patrimonio".<sup>85</sup>

Il Codice non provvede, però, ad individuare le attività di valorizzazione, neanche agli articoli 111 e seguenti del Codice, i quali, dunque, non sono di ausilio ai fini della distinzione delle attività in esame da quelle di tutela ovvero di gestione o di fruizione del patrimonio culturale<sup>86</sup>.

In particolare, l'articolo 111, comma 1, del Codice si limita a chiarire che "Le attività di valorizzazione dei beni culturali consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti" ovvero "nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali"<sup>87</sup>, finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità indicate nel succitato articolo 6.

---

<sup>85</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 9 del 13 gennaio 2004, reperibile sul sito ufficiale della Corte Costituzionale.

<sup>86</sup> Anzi, l'articolo 115, nella rubrica, utilizza l'espressione "gestione", mentre, nel contesto della norma, sembra utilizzare promiscuamente le espressioni "valorizzazione" e "gestione". Autorevole dottrina osserva che l'articolo 115 del Codice si riferisce sicuramente a tutte le attività gestionali largamente intese. P. CARPENTIERI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali (nota a C. Cost., 28 marzo 2003, n. 94)*, cit., evidenzia come il legislatore del Codice abbia voluto confermare il variegato sistema dei servizi aggiuntivi, introdotto dalla riforma cd. Ronchey.

A proposito della legge Ronchey (l. n. 4/1933) T. ALIBRANDI, in *I musei italiani fra pubblico e privato*, in *Foro Amm.*, 1995, 11, p. 2879 ss. rileva come tale legge sia nata dall'esigenza di ovviare all'inefficienza della custodia nei musei, nonché "di aprire ai privati un largo spazio di attività collegate al museo ma di natura imprenditoriale, tali da consentire un ritorno economico per il museo in vista non certo di un impossibile autofinanziamento ma di un concorso finanziario (tanto preferibile quanto più consistente) ai costi di gestione".

Ecco allora che a tale ultimo fine presso i musei, le biblioteche, gli archivi di Stato sono offerti al pubblico alcuni servizi a pagamento indicati a titolo esemplificativo nel testo.

Secondo il citato autore, tuttavia, gli effetti economici ottenuti dalla prima applicazione della legge de qua ai servizi aggiuntivi della Galleria nazionale d'arte moderna sarebbero "fortemente" deludenti.

<sup>87</sup> Tale norma è di particolare interesse - ai fini della presente ricerca - perché sembra prevedere, *ex lege*, la necessità di un prestatore d'opera attrezzato con

L'articolo 117 del Codice contiene, invero, un'elencazione non esaustiva<sup>88</sup> dei "servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico", in virtù della quale devono essere considerati tali:

- a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali;
- b) i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario;
- c) la gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali;
- d) la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni;
- e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro;
- f) i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba;
- g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali.<sup>89</sup>

È evidente che almeno taluni dei suddetti servizi - quali i servizi riguardanti beni librari ed archivistici, i servizi di informazione, ecc. - sono indubbiamente qualificabili come attività di valorizzazione dei beni culturali, essendo funzionali alla fruizione dei beni che ne sono oggetto.

Si tratta, però, di attività eterogenee: si pensi, rispettivamente, alle attività di organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, espressione della funzione di promozione della cultura, alle attività

---

capitali ed organizzazione e sembra, sia pure implicitamente ed in punto di fatto, escludere e/o limitare la possibilità di una gestione delle attività direttamente da parte della pubblica amministrazione, con i propri uffici e con i propri mezzi, atteso che quest'ultima, solitamente, dispone di strutture organizzative inadeguate e cioè prive delle necessarie risorse finanziarie e strumentali.

<sup>88</sup> Cfr. in tal senso, A. L. TARASCO, *Attività di valorizzazione. Commento all'articolo 111*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. LEONE e A. L. TARASCO, Padova, 2006.

<sup>89</sup> Sui servizi aggiuntivi cfr. T. ALIBRANDI, *I musei italiani fra pubblico e privato*, in *Foro amm.*, 1995, p. 2879 ss.; C. FUORTES, *I servizi aggiuntivi nel sistema museale italiano: vincoli attuali, obiettivi raggiunti e possibili sviluppi futuri*, in *Economia della cultura*, 1999, n. 2, pp. 183-199; L. ZAN, *Conservazione e innovazione nei musei italiani*, Milano, 1999; V. DE SANTIS, *La gestione del museo nell'esperienza italiana: evoluzione normativa e prospettive di cambiamento*, in *Cons. Stato*, 2001, pp. 499-511; V. GRILLO, *Dai servizi aggiuntivi a quelli di assistenza culturale e di ospitalità*, in P. VALENTINO, G. MOSSETTO, (a cura di), *Museo contro Museo. Le strategie, gli strumenti, i risultati*, Firenze, 2001, pp. 205-229; R. CAPPELLI, *Politiche e poietiche per l'arte*, Milano, 2002.

di assistenza didattica ovvero ai servizi di informazione, che sembrano assumere la valenza di pubblico servizio, sino alle attività meramente commerciali di gestione dei punti vendita ovvero ai servizi di caffetteria o guardaroba.

Orbene, dalle suddette definizioni legislative, emerge l'esigenza di procedere ad una più compiuta definizione delle attività di valorizzazione e ad una loro differenziazione dalle attività di tutela, di conservazione e di gestione<sup>90</sup> dei beni culturali, avvertendo, sin da ora, però, che, ad avviso di un'autorevole dottrina<sup>91</sup>, *“la sequenza tutela-conservazione-fruizione-gestione-valorizzazione è un continuum non segmentabile, e comporta unità di procedure conoscitive e di azione amministrativa”*.

### **3.1 Il concetto di valorizzazione.**

A fronte delle lacune definitorie della vigente normativa in materia, la dottrina si è interrogata ai fini di un'esatta delimitazione del concetto rispetto, innanzitutto, alle contigue attività di fruizione, di gestione e di tutela dei beni culturali<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Si è già detto, all'inizio del presente paragrafo, della distinzione tra attività di fruizione (o offerta di fruizione) e le attività di valorizzazione, definibili, queste ultime, come massimizzazione o ottimizzazione della fruizione pubblica del bene culturale.

<sup>91</sup> Così S. SETTIS, *Battaglie senza eroi. I beni culturali tra istituzioni e profitto*, Milano, 2005.

Cfr. L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, op. cit., ad avviso del quale *“La funzione di valorizzazione è tuttavia apparsa di difficile delimitazione, a causa delle inevitabili aree di sovrapposizione e delle numerose interazioni presenti tra le diverse funzioni amministrative nell'ambito dei beni culturali”*; T. ALIBRANDI, *Valorizzazione e tutela dei beni culturali: Ruolo dello Stato*, in *Foro Amministrativo*, 1998, 5, p. 1635 ss. rileva che *“La funzione di tutela del bene culturale comprende tutte le prescrizioni, le misure, gli interventi che sono volti a garantire al bene stesso un modo di essere conforme alla sua natura e quindi una condizione di soddisfacimento dell'interesse della collettività alla sua integrale fruizione.*

*Se la tutela persegue, nel suo complesso, queste finalità, essa si esprime nel perseguimento di una pluralità di obiettivi che possono essere ricondotti a due fondamentali categorie: la conservazione e la valorizzazione del bene culturale...Il termine valorizzazione è di conio recente: di valorizzazione non si parla affatto nella legge organica del 1939. Esso rientra invece nel linguaggio normativo con i successivi provvedimenti legislativi che, a partire dagli anni settanta, hanno cominciato a dare attuazione ai più attuali orientamenti in tema di protezione del patrimonio culturale”*.

<sup>92</sup> La Corte Costituzionale, con Sentenza. n. 93 del 2004, reperibile sul sito istituzionale della Corte Costituzionale, pur senza fornire un'esauritiva definizione delle relative attività, ha chiarito che *“La distinzione fra tutela e valorizzazione dei beni culturali può essere desunta dalla legislazione vigente ed in particolare dagli articoli 148, 149 e 152 del decreto legislativo 11 marzo 1998 n. 112*

Ad avviso di taluni Autori, la valorizzazione consiste nella realizzazione delle condizioni per la migliore fruizione del bene culturale, al fine di assicurare la massima esplicazione della sua ontologica destinazione alla pubblica fruizione, sul presupposto che il bene culturale, quale testimonianza di civiltà, è un bene immateriale, in senso ampio, intrinsecamente destinato, appunto, alla fruizione pubblica<sup>93</sup>.

Più precisamente, è stato affermato che la valorizzazione consiste nello *“incrementare l’uso pubblico del bene conforme alla sua natura”*<sup>94</sup> ovvero che è una *“forma dinamica della tutela”*<sup>95</sup>.

---

*(Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59) e dal decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art. 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352): in particolare, il terzo comma dell'art. 149 del d.lgs. n. 112 del 1998 riserva alla esclusiva competenza statale anzitutto la “apposizione di vincolo, diretto e indiretto, di interesse storico o artistico e vigilanza sui beni vincolati” e tutto quanto riguarda “autorizzazioni, prescrizioni, divieti, approvazioni e altri provvedimenti, anche di natura interinale, diretti a garantire la conservazione, l'integrità e la sicurezza dei beni di interesse storico o artistico” ed “esercizio del diritto di prelazione”; il primo comma dell'art. 152 del medesimo testo normativo afferma, invece, che “lo Stato, le regioni e gli enti locali curano, ciascuno nel proprio ambito, la valorizzazione dei beni culturali”.*

*Queste funzioni peraltro ineriscono ai beni culturali quali attualmente definiti e disciplinati dal d. lgs. n. 490 del 1999, ma non riguardano altri beni cui, a fini di valorizzazione, possa essere riconosciuto particolare valore storico o culturale da parte della comunità regionale o locale, senza che ciò comporti la loro qualificazione come beni culturali ai sensi del d. lgs. n. 490 del 1999 e la conseguente speciale conformazione del loro regime giuridico”.*

<sup>93</sup> Come osserva P. CARPENTIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione, op.cit.*, “Tale impostazione si riconnette alla nota ricostruzione gianniniana del bene culturale (M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; id., *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 20 e ss.) come bene soggetto a una sorta di proprietà distinta, con concorso del dominio eminente del proprietario con il dominio utile pubblico sul valore culturale della cosa, destinata alla conservazione e alla fruizione pubbliche, donde la qualificazione dei beni culturali come beni funzionalmente “immateriali”; tesi che costituisce, peraltro, uno sviluppo dell’idea (P. CALAMANDREI, *Immobili per destinazione*, in *Foro It.*, 1933, 1722) del bene culturale come bene pubblico”.

<sup>94</sup> Così, T. ALIBRANDI e P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 45

<sup>95</sup> P. STELLA RICHTER ed E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e tutela*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXXIII, Padova, 2002, pag. 389. Di contro T. ALIBRANDI, *Valorizzazione e tutela dei beni culturali: Ruolo dello Stato*, in *Foro Amministrativo*, op. cit., sostiene che “..La tesi dell’assorbimento del concetto di valorizzazione in quello di tutela – pur se logicamente ineccepibile – appare, allo stato attuale dell’evoluzione legislativa e dottrinale, difficilmente sostenibile: sia con riferimento alla già citata norma dell’art. 1 d.P.R. 3 dicembre 1975 n. 805 sia perché la fondamentale legge del 1939, pur non usando consapevolmente la categoria della valorizzazione, contiene disposizioni che operano per

Detto altrimenti la valorizzazione dei beni culturali non può consistere nell'accrescimento del valore economico di cui i beni sono portatori e nei cui confronti è possibile solo un'opera di conservazione, sicché essa sicuramente consiste in un incremento del valore d'uso del bene; consiste in "misure atte a consentire, agevolare ed accrescere le possibilità di accesso ai beni protetti, e quindi la percezione e l'apprendimento dei valori da essa custoditi".<sup>96</sup>

Al riguardo, si deve subito evidenziare che, ai sensi dell'articolo 6 del Codice dei beni culturali la valorizzazione è proprio un'attività diretta "ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso", allo specifico fine di della promozione della cultura.

Altra parte della dottrina, ritiene, invece, che la valorizzazione rappresenti una forma di gestione imprenditoriale del bene culturale, dalla quale è possibile conseguire almeno il ricavo di proventi sufficienti a coprire, sia pure tendenzialmente, i costi di gestione e di investimento del capitale necessario ai fini del miglioramento della tutela<sup>97</sup>.

---

*fini di sostanziale valorizzazione sia e, forse, soprattutto, perché nella coscienza e nel linguaggio giuridico generalmente recepito l'endiadi è ormai ammessa con una distinta (seppur confusa) valenza significativa (come è dimostrato dal fatto che la recentissima norma della l.n. 127 del 1997 - consentendo il trasferimento della gestione di musei statali all'ente locale - ipotizza necessariamente questa fattispecie come ipotesi diversa dalla tutela riservata allo Stato dalla l.n. 59/1997)".*

<sup>96</sup> P. STELLA RICHTER ed E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e tutela*, op.cit., pag. 392.

<sup>97</sup> Cfr., in tal senso, S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, 673 e ss. L'Autore in particolare evidenzia che la tutela "si presenta in quattro modi. In primo luogo, in termini di conservazione. Si tratta di preservare le opere d'arte, ciò che richiede, ad esempio, di organizzare musei e gestirli, oppure di sostituire la statua di Marco Aurelio sul Campidoglio con una sua copia. In secondo luogo, in termini definiti, con espressione poco felice, di ritenzione. Si tratta delle norme che pongono divieti alla circolazione dei beni culturali al di fuori del territorio nazionale, dove sono stati prodotti. In terzo luogo, tutela vuol dire conservazione nel contesto. Si tratta del problema sollevato fin dall'800 da Byron, quando Lord Elgin portò i marmi del Partenone in Inghilterra; problema sollevato nuovamente, di recente, dal ministro greco della cultura Melina Mercouri, che ha richiesto la restituzione dei marmi del Partenone alla Grecia. In quarto luogo, tutela vuol dire accessibilità, nel senso di consentire la fruizione collettiva delle opere d'arte. Ad esempio, la legge italiana prevede che collezioni artistiche di particolare importanza devono essere periodicamente aperte al pubblico (viene, così, imposto a proprietari privati di rendere accessibili le loro collezioni al pubblico"; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 659 e ss.; M. AINIS, M. FIORILLO, *I beni culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE., II, Milano, 2000, 1079..

Ad avviso di tali Autori, la valorizzazione può essere definita “*come una gestione imprenditoriale del patrimonio storico e artistico – inquadrata in una strategia di mise en valeur dei beni culturali – che prevede interventi mirati ad attrarre risorse finanziarie per migliorare lo stato fisico dei beni e la loro accessibilità*”<sup>98</sup>.

E' opportuno precisare che si tratta di un servizio avente rilevanza economica ed assoggettato al regime concorrenziale nel mercato unico europeo.

La giurisprudenza amministrativa, anche di recente, ha ribadito appunto che il settore della valorizzazione e promozione dei beni culturali costituisce un servizio avente rilevanza economica in quanto s'innesta in un settore in cui esiste, perlomeno in potenza, una redditività<sup>99</sup>.

Orbene, considerato che il Codice dei beni culturali, agli articoli 111 e seguenti, manifesta una positiva propensione per l'utilizzazione economica dei beni culturali<sup>100</sup>, si ritiene che la valorizzazione sia

---

<sup>98</sup> L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, Riv. Trim. dir. pubbl., 2001, p. 651 e ss. N. AICARDI ritiene che nella tutela l'interesse pubblico configge con quello dei destinatari dell'azione, mentre nella valorizzazione vi è una convergenza dei relativi interessi, in *L'Ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, pag.99.

<sup>99</sup> Così, TAR Lazio, Sezione II, sentenza 23 Agosto 2006, n.7373; Consiglio di Stato, V, decisione 30 agosto 2005 n. 4428 entrambe reperibili su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), *Rivista di diritto pubblico*, secondo cui ai sensi dell'art. 115, c. 3, lett. a) D.lgs. 42/2004, l'affidamento diretto può concernere unicamente il servizio relativo alla valorizzazione, intesa quale promozione e sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale, ma non anche, in difetto di specifiche norme derogatrici, tutte le attività di progettazione e di restauro dei beni culturali, ossia di istituti che riguardano appalti pubblici di lavori e restano disciplinati dalle relative norme.

<sup>100</sup> In particolare, si richiama il d.l. 25 settembre 2001 n. 351 convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001 n. 410 istitutiva della “Scip” – società per la cartolarizzazione degli immobili pubblici; il d.l. 15 aprile 2002 n. 63, convertito con modificazioni nella legge 15 giugno 2002 n. 112, istitutivo della Patrimonio s.p.a. Nel 1997, con l'articolo 10, comma 1, della legge 8 ottobre 1997 n. 352, è stata peraltro la possibilità di costituire, con atto unilaterale del Ministero, una società per azioni avente ad oggetto la promozione e il sostegno finanziario ed organizzativo di progetti per la realizzazione di interventi di restauro, recupero e valorizzazione dei beni culturali. Nel 1998 è stata poi introdotta, con il decreto legislativo n. 368, all'articolo 10, la previsione della possibilità per il Ministero “*ai fini del più efficace esercizio delle sue funzioni e, in particolare, per la valorizzazione dei beni culturali e ambientali*” di stipulare accordi con amministrazioni pubbliche e con soggetti privati o di costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società. La legge finanziaria per l'anno 2002 (l. 28 dicembre 2001, n. 448, articolo 33) ha infine aggiunto una lettera b-bis al comma 1 del predetto articolo 10, prevedendo la possibilità di dare in concessione a



un'attività volta a massimizzare l'utilità, economica e non solo economica, di un bene culturale, fermo restando che l'interesse pubblico primario deve sicuramente essere individuato con riferimento al valore d'uso del bene e, dunque, al miglioramento della fruizione e della utilizzazione del bene e non soltanto con riferimento ad aspetti economici della gestione<sup>101</sup>.

In tal senso, sembra possa essere condivisa, *in parte qua*, anche la tesi interpretativa di coloro che individuano il carattere differenziale dell'attività di valorizzazione nella cd. messa in valore<sup>102</sup> (non solo economico) del bene, nello "effetto di aggiunta di valore al bene culturale"<sup>103</sup>.

---

soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi finalizzati al miglioramento della fruizione pubblica e della valorizzazione del patrimonio artistico come definiti dall'articolo 152, comma 3, del d.lg. 112 del 1998. La legge finanziaria per l'anno 2003 ha, invero, nuovamente messo mano all'articolo 10 citato, sostituendo il riferimento alla valorizzazione con un richiamo alla gestione dei servizi relativi ai beni culturali di interesse nazionale.

<sup>101</sup> Cfr. note n. 20 e 21 M. CAMMELLI osserva che "Per quanto riguarda i concetti, si è registrata la funzione unificante del patrimonio culturale, la conferma della sovraordinazione della tutela sulla valorizzazione, con conseguenze anche puntuali (come il prestito di beni culturali trasferito dalla valorizzazione alla tutela: art. 46), l'estensione oggettiva (v. beni ulteriori) e soggettiva (v. soggetti destinatari: altre amministrazioni pubbliche e soggetti privati senza fine di lucro) della disciplina di tutela. Resta l'accezione giuridica reale (la "coseità") del bene culturale, che certo non soddisfa le attese più volte emerse in ordine alla immaterialità del bene culturale ma che rappresenta il riflesso dei principi di tipicità, pluralità e materialità del bene generati dai profili relativi alla tutela di altri beni, come la proprietà privata, o altri interessi pubblici (come quello penale o fiscale) che ostacolano forme più indeterminate di definizione. Sono tra l'altro proprio queste esigenze che portano a ritenere che il rinvio alla "legge" per la eventuale individuazione di altri beni operato dai commi 2 e 3 dell'art. 2 vada interpretato come rinvio alla sola legge statale", in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: dall'analisi all'applicazione*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it).

<sup>102</sup> La dottrina si è anche chiesta, al riguardo, se la cd. messa in valore del bene debba attenersi ad un incremento del valore di scambio ovvero del solo valore d'uso del bene culturale, propendendosi però, per tale ultima soluzione. Cfr., in dottrina, S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, *Giornale di diritto amm.*, 1998, pag. 673. L'Autore evidenzia che nel d.lgs. 112/1998 la "valorizzazione viene definita «ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione». È evidente che, in queste definizioni, tra gestione e valorizzazione vi è una notevole sovrapposizione, in quanto ambedue dirette ed assicurare la finalità ultima della fruizione. Dunque, le definizioni sono insoddisfacenti perché circolari"; P. BILANCIA, *La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato*, Milano, 2005.

<sup>103</sup> Cfr. G. SEVERINI, *Le nuove prospettive di valorizzazione dei beni culturali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). L'Autore rileva che "Valorizzazione è, a ben vedere, un'espressione che in questo linguaggio legislativo non nasce in Italia, ma, sempre in quegli anni, in Francia: nel 1962 la troviamo nella legge Malraux: "mise en valeur",

In conclusione, si ritiene che trattasi dell'attività orientata all'incremento del valore d'uso, al miglioramento del godimento pubblico e, quindi, alla fruizione dei beni culturali. L'attività di valorizzazione consiste allora in tutto ciò che di materiale e di immateriale è svolto attorno al bene culturale, purché finalizzato ad accrescerne il valore d'uso ed, in particolare, le possibilità di godimento da parte del pubblico, ed essenzialmente volta all'apprestamento dei mezzi diretti a facilitarne (*recte*: massimizzare) l'accesso conoscitivo.

Come osservato da autorevole dottrina<sup>104</sup>, la fruizione rappresenta l'attività di apprestamento dei mezzi minimi necessari o utili per il pubblico godimento della *res*, mentre l'attività di valorizzazione si concretizza nell'apprestamento dei mezzi ulteriori idonei a migliorare "la fruizione pubblica del patrimonio".

### **3.2 Segue: valorizzazione, tutela e offerta di fruizione dei beni culturali.**

Non è certamente agevole tracciare una netta linea di demarcazione tra le attività di valorizzazione e le attività di tutela dei beni culturali, perché esistono ancora marginali sovrapposizioni tra dette attività<sup>105</sup>.

La tutela può essere definita come un'attività di protezione dei beni culturali, che si esplica innanzitutto mediante attività di

---

*riguarda i 'settori salvaguardati', vale a dire i centri storici. È quella una legge che concerne l'ambito urbanistico e che associa alla questione della salvaguardia quella della messa in valore, con valenza essenzialmente economica: la conservazione dei centri storici deve svilupparsi in modo da facilitare le attività che vi si svolgono e da contrastare il deprezzamento del valore economico dei beni che vi rientrano".*

<sup>104</sup> Cfr. G. SEVERINI, *Le nuove prospettive di valorizzazione dei beni culturali*, cit. L'Autore inoltre osserva che "Con la valorizzazione non si sottrae nulla, non si toglie alcuna facoltà o potestà giuridica; con la valorizzazione si espande anzi, a vantaggio di tutti, l'utilità, economica e non solo economica, di un bene culturale, di una cosa d'arte, e quindi non insorge resistenza, non si delinea un limite, un qualche ostacolo, al suo crescere e al suo affermarsi. Nella pratica, dunque, prima del nuovo Titolo V la ripartizione tutela-valorizzazione era divenuta un *modus vivendi* tacito per riconoscere, in via di fatto, a regioni ed enti locali una qualche abilitazione, e capacità di spesa, in questo settore. Poi, con la riforma costituzionale, ci si è posti di fronte ad una esigenza più significativa; e, andando forse oltre l'intenzione, si è implicitamente additato per la valorizzazione" un contenuto intrinseco e sostanziale".

<sup>105</sup> Così, P. BARBATI, *Commento all'articolo 111*, in AA. VV. *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commento al d.lg 22 gennaio 2004, n. 42*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, 2004.

regolazione di carattere giuridico-amministrativo sull'uso e sulla circolazione di detti beni; nonché attraverso un'attività positiva di intervento, volta a individuare concretamente i beni, a prevenirne il deterioramento, a mantenerli e a ripristinarli in buono stato, che nel suo insieme si riassume in una politica di "conservazione programmata"<sup>106</sup>, necessariamente contestualizzata nel territorio.

Al riguardo, è stato affermato che la valorizzazione si distingue dalla tutela perché quest'ultima significa protezione, mentre la valorizzazione rappresenta un connotato essenziale del bene culturale, cioè la sua naturale "destinazione alla fruizione da parte della collettività"<sup>107</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>108</sup> evidenzia, però, come il concetto di fruizione pubblica del bene o, più propriamente, di "offerta di fruizione" non possa essere estrapolato dalla nozione di tutela senza svuotare la relativa funzione dalla "sua dimensione finalistica intrinseca", attesa la "intrinseca connessione" dell'attività di tutela dei beni culturali "con la garanzia di un minimum di fruizione pubblica".

Tale dottrina giunge ad affermare che la fruizione (*recte*: offerta di fruizione) costituisce un'attività autonoma rispetto alla valorizzazione ed alla tutela e che si può concretizzare, come già evidenziato, in una pubblica funzione, in un servizio pubblico ovvero in attività materiali.

---

<sup>106</sup> In tal senso, G. SEVERINI, *Le nuove prospettive di valorizzazione dei beni culturali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Secondo l'Autore "A questo punto si deve richiamare quella dottrina, che prima ho ricordato, che individua nella fruizione pubblica la destinazione di un bene culturale e la sua dimensione pubblicistica. A seguirne davvero l'assunto, si arriva facilmente a considerare che la giustificazione di un tale riconoscimento poggia, non meno che sull'esigenza di conservazione materiale, sul fatto che un bene culturale sia reso quanto più godibile da parte di chiunque: non resti cioè ristretto, quanto ad accesso, a colui che ne è il proprietario o il detentore. Se è orientata a questo obiettivo, allora la valorizzazione, che è strumento di questa maggior fruizione, diviene oggettivamente, per il solo fatto di essere svolta, un'attività di utilità sociale".

<sup>107</sup> Cfr. P. FERRI, *Beni culturali ed ambientali nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle Discipline privatistiche*, II, Torino, 1987. Osserva S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, *op. cit.*, prima dell'entrata in vigore del Codice dei beni culturali che "Il secondo problema nasce dalla difficoltà di unire tutela e valorizzazione. Se la valorizzazione non riguarda il bene in sé quanto l'organizzazione, si pone il problema di chi debba incaricarsene, se uffici centrali o poteri pubblici periferici". Ed ancora "Il primo (dei problemi aperti) è quello di dare un riconoscimento giuridico alla valorizzazione. Questa - come rilevato - non ha propri istituti. Occorre, dunque, consacrare in legge gli strumenti per realizzarla".

<sup>108</sup> Così, P. CARPENTIERI, *Le regioni possono introdurre nuove tipologie di beni culturali, ma ai soli fini della valorizzazione* (Nota di commento a Corte costituzionale 28 marzo 2003, n. 94), *op. cit.*

Certo è che la fruizione pubblica del bene culturale sembra essere correlata all'interesse pubblico per la cura del quale le potestà pubbliche di valorizzazione e di tutela vengono riconosciute ed attribuite all'Autorità amministrativa, altrimenti riducendosi, la tutela, ad una mera attività interdittiva di "usi lesivi del bene".

Sembra pacifico, comunque, che l'azione di valorizzazione non può prescindere dalla difesa e dalla protezione dei valori di cui i beni sono testimonianza concorrendo, dunque, anch'essa alla conservazione dei beni culturali, pur essendo specificamente finalizzata "ad assicurare condizioni e opportunità idonee al loro utilizzo nell'ambito di un'azione altrettanto programmata attenta al contesto e allo sviluppo locale e territoriale"<sup>109</sup>.

Unanimi sembrano essere, invece, dottrina e giurisprudenza in ordine alla prevalenza delle esigenze di tutela su quelle di valorizzazione e di fruizione pubblica.

D'altronde l'art. 6, co. 2 del Codice è chiaro nello statuire che "la valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze"; così opinando pare accogliersi una nozione statica di tutela contrapposta a quella dinamica della valorizzazione.

---

<sup>109</sup> Cfr. G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it); TARANTINO L., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali tra riforma del titolo V e Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, 9, 1017 e ss. L'Autore in particolare afferma che "...La nozione di tutela, è indissolubilmente legata all'aspetto dichiarativo-protettivo-conservativo, finalizzato alla fruizione pubblica, e chiarita l'appartenenza delle corrispondenti funzioni, va, sia pure brevemente, analizzata la qualità del rapporto esistente tra tutela e valorizzazione. La dicitura del comma 2, dell'art. 6 del Codice: «La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze» ha indotto parte della dottrina a ritenere che il ruolo della valorizzazione possa essere inteso come complementare, se non addirittura ancillare a quello della tutela. Quello che sembra essere un rapporto di forze sbilanciato a favore della nozione di tutela va forse ripensato non solo, e non tanto, per il carattere tassativo dell'estrinsecazione della nozione di tutela riconosciuto dal Codice, quanto per il rilievo che alla tutela può essere riconosciuto in relazione alle c.d. politiche culturali. A ben vedere, infatti, è la tutela, cui deve riconoscersi un ruolo di prioritario intervento cronologico rispetto alla valorizzazione, ad avere un ruolo strumentale. La tutela, come sopra ricordato, si articola in provvedimenti o attività aventi un contenuto dichiarativo-protettivo-conservativo, con fini di pubblica fruizione."

#### **4. I lavori pubblici per la valorizzazione dei beni culturali.**

La valorizzazione dei beni culturali può avvenire, oltre che mediante l'espletamento di servizi o attività, anche mediante l'esecuzione di lavori pubblici.<sup>110</sup>

In particolare oggetto dell'appalto di lavori pubblici può essere sia un'opera e, dunque, il risultato di un lavoro, sia un mero lavoro, da intendersi quale attività materiale di costruzione, di demolizione, di recupero, di ristrutturazione, di restauro o di manutenzione di opere.

Il concetto di manutenzione, in particolare, è stato, in passato, oggetto di pronunce discordanti della giurisprudenza, essendo stato affermato, per un verso, che la prevalenza dell'attività di manutenzione comporta l'applicazione della normativa in materia di lavori pubblici, anche in presenza di contestuali prestazioni di servizi aventi carattere accessorio<sup>111</sup>; per altro che l'attività manutentiva deve essere disciplinata dalla normativa in materia di appalti di servizi ogniqualvolta non comporti un'attività di trasformazione dell'opera oggetto di manutenzione<sup>112</sup>.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, al Capo II, del Titolo IV, riproduce, in sostanza, la normativa speciale per i lavori pubblici

---

<sup>110</sup> Cfr. G. FAILLA – P. URCIUOLI, *Gli appalti di lavori in materia di beni del patrimonio culturale. Il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 30*, in *Riv. Trim. appalti*, 4, 2005. Osservano gli Autori che “La tendenza generale in atto è dunque verso la creazione di modelli normativi autonomi in deroga alla matrice originaria della l. quadro n. 109 del 1994, che tuttavia mantengono con quest'ultima un legame più o meno intenso, per le parti non direttamente disciplinate dalle singole normative di settore. Tracce evidenti di tale evoluzione risalgono, in modo particolare proprio nella materia dei lavori aventi ad oggetto i beni culturali, a partire dall'art. 3, comma 6, lett. l, l. n. 109 del 1994, dove si stabiliva un rinvio al regolamento generale per la definizione di specifiche modalità di progettazione ed affidamento dei lavori di scavo, restauro e manutenzione dei beni tutelati, istituti che hanno poi costituito oggetto di distinta disciplina nell'attuale titolo XIII di detto regolamento generale. L'attenzione del legislatore sulla specialità della materia dei beni culturali si è inoltre rivelata in tema di qualificazione, ad opera dell'art. 8, comma 11 sexies, l. n. 109 (comma inserito dalla l. n. 166 del 2002 e poi abrogato dal d.lgs. n. 30 del 2004, come si dirà in seguito), che fissava il compito, a cura del Ministero dei beni culturali ed ambientali, di definire in via regolamentare (specifici ed autonomi) criteri di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori riguardanti le attività di restauro e manutenzione dei beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici. La scelta legislativa di riconoscere al tema dei beni culturali un carattere di specificità, nel solco di una decisa esigenza di tutela, era già contenuta nella l. generale n. 241 del 1990 sul procedimento”.

<sup>111</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 11 Giugno 1999, n. 630 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), *Rivista di diritto pubblico*

<sup>112</sup> Cfr., in Giurisprudenza, Consiglio di Stato, Sez. 5, 4 Maggio 2001, n. 2581; in dottrina, cfr. L. R. PERFETTI, *Repertorio degli Appalti Pubblici*, 2005, Vol. I, p. 168 e giurisprudenza ivi citata.

relativi a beni culturali di cui all'abrogato d.lgs. n. 30/2004<sup>113</sup>, disattendendo, forse, le aspettative di coloro i quali si attendevano una disciplina diversa anche per il restauro dei beni mobili.

Taluni autori<sup>114</sup> avevano infatti evidenziato che *“il restauro di beni mobili è una attività con evidenti caratteristiche di servizio”*, quali ad esempio l'espletamento delle relative attività in laboratorio e non sul luogo ove l'opera si trova, da parte, peraltro, di un professionista abilitato: il restauratore.

Inoltre, era già stato sottolineato dalla dottrina come la classificazione internazionale dei servizi, contenuta nell'allegato 2<sup>115</sup>, della Direttiva 92/50/CE, collocasse sotto la voce *“altri servizi”* i servizi di restauro.

Comunque, sembra ormai pacifico che in materia di restauro ed, in generale di lavori pubblici relativi a beni culturali trovino applicazione le norme speciali contenute nel Codice dei contratti pubblici e, quindi, i principi dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente, e non gli articoli 6, 101, 115 e 117 del d.lgs. n. 42 del 2004 e s.m.i; tale collocazione non può che giovare alla chiarezza del quadro normativo.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Conteneva modificazioni alla disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali ed abrogato dall'articolo 256 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

<sup>114</sup> Cfr. G. SANTI, *Verso la istituzione di un sistema autonomo degli affidamenti dei lavori nel settore dei beni culturali*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), *Rivista di arti e diritto on line*. Secondo l'Autore *“L'entrata in vigore del d.lg. 30/2004 ha mutato ancora una volta la prospettiva disciplinare della materia, intesa nella sua portata complessiva e quindi comprendente sia beni immobili sia beni mobili e superfici decorate, facente ancora parte dell'ordinamento generale dei lavori pubblici solo per quanto non disciplinata dalle norme derogatorie speciali di cui al citato decreto legislativo”*.

Sul punto si veda S. DE FELICE, *Relazione al corso su “La nuova disciplina in tema di gestione e appalti di lavori relativi ai beni culturali”*, Roma, Ambasciatori Palace Hotel, 20 e 21 maggio 2004, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>115</sup> Cfr. n.27 dell'allegato 2 della Direttiva 92/50/CE

<sup>116</sup> L'art. 204 del Codice dei contratti pubblici precede i casi di ammissibilità della procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di cui all'art. 198. Osservano P. CARPENTIERI - PIER FRANCESCO UNGARI, *I contratti relativi ai beni pubblici*, in *Trattato dei Contratti pubblici*, Giuffrè, 2008, p. 3083 che *“La formulazione codicistica sembra dunque aver conservato intatti i margini di manovra (con procedura negoziata ed affidamento diretto) già riconosciuti nel 2002 e soprattutto nel 2004 alla speciale materia dei lavori pubblici sui beni culturali, con l'ulteriore pregio di aver fugato quei dubbi interpretativi e quelle asimmetrie dogmatiche sopra riscontrate nella disciplina anteriore”*. L'Autore infatti rileva come in questo settore speciale fosse molto frequente, per non dire normale, il ricorso alle procedure negoziate *“e ciò sia per ragioni di speditezza e semplificazione, sia per ragioni di rilevanza particolare che la*

Come è stato rilevato è necessario per l'applicazione della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici che il bene oggetto dell'intervento sia stato qualificato di interesse culturale ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 42/2004; tale qualificazione costituisce il presupposto logico-giuridico per l'applicabilità del regime speciale proprio del bene culturale.

Il Codice dei contratti pubblici, infatti, con particolare riferimento al settore dei beni culturali, non contiene alcuna previsione che consenta il ricorso all'affidamento in house.

Una norma di carattere generale era stata proposta nel primo schema del c.d. codice appalti, che non è stata poi inserita nel testo finale, a conferma della volontà del legislatore di non generalizzare il modello dell'in house a qualsiasi forma di affidamento di servizi, di lavori, o di forniture.

La giurisprudenza<sup>117</sup> - con riferimento ad una fattispecie conclusasi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 24 Marzo 2006, n. 156, modificativo dell'articolo 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio - ha avuto occasione di chiarire che la questione della concorrenza, sul punto, non è affatto priva di significato, se si tiene conto che pure il settore dei restauri e quello della valorizzazione e promozione dei beni culturali costituiscono servizi a rilevanza economica, secondo la regola evincibile dalle norme comunitarie e nazionali.

In particolare, è stato chiarito che l'affidamento diretto, contemplato dal Codice prima dell'entrata in vigore del citato d.lgs. n.156/2006, riguardava non tutte le possibili competenze in tema di beni culturali, ma soltanto le attività di valorizzazione degli stessi, secondo le regole, invero generali e programmatiche, di cui ai precedenti articoli 6 e 112.

La giurisprudenza ha altresì preso atto che, ai sensi dell'art. 115 del d. lgs. n. 42/2004, vi possono essere forme di gestione dell'attività di valorizzazione dei beni culturali anche attraverso società pubbliche in house (forme di gestione comunque ridimensionate

---

*fiduciarietà nella scelta dell'esecutore del restauro oggettivamente riveste nella specifica materia". Ne è conseguito il disagio di disciplinare la predetta materia con le regole stringenti dettate inizialmente dalla legge 109/1994, accentuato per quei contratti sotto soglia comunitaria.*

<sup>117</sup> Così, TAR Lazio, Roma, Sezione II, Sentenza n.7373/2006, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), *Rivista di diritto pubblico*, ad avviso del quale l'affidamento diretto può concernere soltanto il servizio relativo alla valorizzazione, non anche, in difetto di specifiche ed inequivocabili norme derogatrici, le attività di progettazione, conservazione e manutenzione dei beni culturali.

dalla modifica apportata dall'art. 2, comma 1, lett. h), d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156).

Tuttavia, poiché nel settore dei lavori pubblici non vi è alcuna previsione che consenta il ricorso all'affidamento in house, ed in virtù del carattere derogatorio ed eccezionale di tale principio, deve ritenersi, anche alla luce dell'intervenuta modifica dell'art. 115 del Codice, che forme di affidamento diretto nel settore dei beni culturali possano concernere solo il servizio relativo alla valorizzazione, e non anche, in difetto di specifiche norme derogatrici, le attività di progettazione, conservazione e manutenzione.

Questa conclusione pare avvalorata anche dalla disposizione di cui all'art. 7 dell'ormai abrogato d. lgs. n. 30/2004, che prevedeva per i lavori attinenti ai beni culturali l'affidamento a trattativa privata, nel rispetto dei principi di adeguata pubblicità, trasparenza, imparzialità fissando i limiti dei lavori in economia, senza in alcun modo prevedere l'affidamento *in house* di tali lavori.<sup>118</sup>

Deve, quindi, ritenersi che l'affidamento diretto non possa concernere che il servizio relativo alla valorizzazione, e non anche, in difetto di specifiche norme derogatrici, le attività di progettazione, conservazione e manutenzione dei beni culturali.

Il concetto di valorizzazione, d'altronde, non può esser dilatato in via di mera interpretazione fino a comprendere istituti, quali quelli inerenti i lavori pubblici, disciplinati da altre normative inderogabili<sup>119</sup>.

Il presente lavoro, pertanto, affronterà solo marginalmente le problematiche relative agli appalti di lavori, poiché espressamente disciplinati dal Codice adottato con d.lgs. n. 163/2006 e sembra certa, in materia, la conformità di detto Codice alla normativa comunitaria primaria e derivata ed, in particolare, alle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

---

<sup>118</sup> Osserva in *I contratti relativi ai beni pubblici*, in *Il codice dei Contratti pubblici*, Giuffrè, 2008, p. 3077 che "L'art. 7 del d.lgs. 30 del 2004, in estrema sintesi, prevedeva..per i lavori fino a 500.000 Euro, la trattativa privata preceduta da gara informale (almeno quindici concorrenti invitati indipendentemente dal ricorrere di presupposti speciali abilitanti (lett. A) dei co. 1 e 2), l'affidamento diretto fino a 40.000 Euro (lett.b) del co. 1 e lett. C) del co. 2 e (previsione innovativa non contenuta nella legge quadro, nemmeno nella versione quater del 2002) l'affidamento all'impresa titolare del primo appalto di lotti successivi di progetti generali approvati, consistenti nella ripetizione di opere similari conformi: progetto generale, entro il triennio successivo al primo affidamento(lett. C) del co. 1 e lett. D) del co. 2" .

<sup>119</sup> Così, Cons. Stato Sez. IV, Sentenza 3 aprile 2007 n. 1514, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), *Rivista di diritto pubblico*.



## 5. Conclusioni.

Ritengo, in conclusione, che l'articolo 115 del Codice - che disciplina le forme di gestione delle attività di valorizzazione - si riferisca a tutte le attività gestionali largamente intese<sup>120</sup> e che il legislatore all'art. 117 del Codice abbia voluto confermare il variegato sistema dei servizi aggiuntivi introdotto dalla riforma cd. Ronchey.

L'art. 115 del Codice non riguarda, però, tutte le possibili competenze in tema di beni culturali, ma soltanto le attività di valorizzazione degli stessi se appartenenti a figure soggettive pubbliche.

Pare alla scrivente che nel prevedere il legislatore la partecipazione dei soggetti privati alla gestione delle attività di valorizzazione dei beni di appartenenza pubblica possa significare l'accoglimento della concezione c.d. economicistica della nozione di valorizzazione dei beni culturali.

La giurisprudenza<sup>121</sup> - come si è già accennato - ha sottolineato al riguardo che pure il settore dei restauri e quello della valorizzazione e promozione dei beni culturali costituiscono servizi

---

<sup>120</sup> P. CARPENTIERI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali* (nota a C. Cost., 28 marzo 2003, n. 94), *op.cit.*, osserva a p. 1020 che "La dottrina ha fornito due letture di tale nozione. Una prima concezione, più tradizionalmente ancorata alla tutela, ritiene che la valorizzazione non sia altro che la realizzazione delle condizioni per la migliore fruizione del bene culturale, ovvero sia per la migliore gestione del bene al fine di assicurare la massima esplicazione dell'ontologica sua vocazione e destinazione alla pubblica fruizione. Una seconda concezione, più economicistica..tende invece a considerare la valorizzazione come modalità di gestione imprenditoriale del bene culturale...Sulla falsariga della seconda concezione, più sensibile ad una visione imprenditoriale della gestione del bene culturale, è stata introdotta, nel 1997, con l'art. 10, comma 1, della L. 8 ottobre 1997, n. 352, la possibilità di costituire con atto unilaterale del Ministero, una società per azioni avente ad oggetto la promozione e il sostegno finanziario ed organizzativo di progetti per la realizzazione di interventi di restauro, recupero e valorizzazione dei beni culturali....La Corte avalla, dunque, sia pur per implicito, l'idea che il tratto caratterizzante la tutela deve ricercarsi nell'uso - di essa caratteristico - del potere conformativo della proprietà della cosa avente interesse pubblico, nel mentre la valorizzazione si svolge attraverso misure tendenzialmente sussidiarie e volontarie, di per sé prive di contenuto ablatorio. Il che, pur essendo vero, sembra poco per una corretta delimitazione delle aree rispettive di intervento della tutela e della valorizzazione"

<sup>121</sup> Così, TAR Lazio, Roma, Sezione II, Sentenza n.7373/2006, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), *Rivista di diritto pubblico*, ad avviso del quale l'affidamento diretto può concernere soltanto il servizio relativo alla valorizzazione, non anche, in difetto di specifiche ed inequivocabili norme derogatrici, le attività di progettazione, conservazione e manutenzione dei beni culturali.

a rilevanza economica, secondo la regola evincibile dalle norme comunitarie e nazionali.

Non si ritiene, però, che la generica dizione “conservazione”, utilizzata dal Codice dei beni culturali, possa ricomprendere le attività di progettazione e di restauro dei beni culturali, poiché trattasi di istituti che riguardano appalti pubblici di lavori e restano disciplinati dalla relativa, inderogabile normativa<sup>122</sup>.

Nessun rilevante problema gestionale, d'altronde, sembra porsi in relazione alla valorizzazione dei beni culturali di proprietà privata, se non nelle ipotesi nelle quali venga concesso un finanziamento o sovvenzione

Per la valorizzazione, infatti, si muove dall'idea che valorizzare un bene culturale di proprietà privata non è un atto egoistico, ma, pur essendo esercizio di una facoltà del privato proprietario, è un atto di spontanea creazione di nuova ricchezza intellettuale e di nuove opportunità che vengono offerte al pubblico<sup>123</sup>, in esito al quale il pubblico dei fruitori ne va a beneficiare in arricchimento della conoscenza.

---

<sup>122</sup> Cons. St., V, 30 Agosto 2005 n. 4428, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>123</sup> Cfr. G. SEVERINI, *Disposizioni generali*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. M. SANDULLI, Giuffrè 2006, pag. 53. L'Autore osserva che “..La valorizzazione rappresenta l'introduzione di un *quid pluris* che migliorando le condizioni e l'opportunità dell'offerta, consenta un apprezzamento migliore o un accesso più ampio al bene culturale.”

## CAPITOLO III

### LE FORME DI GESTIONE DELLE ATTIVITA' DI VALORIZZAZIONE

#### Sommario

1. Gestione e valorizzazione dei beni culturali. 2. Doverosità delle attività di valorizzazione e discrezionalità dell'Amministrazione. 3.1. La gestione (in forma) diretta delle attività di valorizzazione. 3.1.2 *Segue*: la gestione diretta 3.1.3. *Segue*: la gestione diretta dei servizi culturali da parte degli Enti locali. 3.2. Il modulo organizzatorio dell'Azienda autonoma statale. 3.3. Le aziende municipalizzate. 3.4. L'azienda speciale. 3.5. L'Istituzione. 3.6. La Società per azioni con partecipazione pubblica totalitaria. 3.7. La gestione consortile. 4.1 La gestione (in forma) indiretta delle attività di valorizzazione. 4.1.2. *Segue*: le procedure di individuazione dell'affidatario. 4.2 L'affidamento del servizio a Società cd. mista. 5. Conclusioni.

#### 1. Gestione e valorizzazione dei beni culturali.

Come si è già accennato<sup>124</sup>, il decreto legislativo n. 112 del 1998 individuava, quale autonoma attività rispetto alla valorizzazione ed alla tutela, anche la "gestione" dei beni culturali, definendola come *"ogni attività diretta, mediante l'organizzazione di risorse umane e materiali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione"*<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Cfr. Cap. II, par. 2.2

<sup>125</sup> Osserva S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, p. 261 che " La gestione, secondo la definizione di cui all'art. 148, d.lgs. 112 del 1998, riguarda una serie di attività serventi sia alla tutela sia alla valorizzazione dei beni. Se si leggono gli artt. 150 e 152 dello stesso decreto riesce confermata la sovrapposizione tra le attività di gestione e quelle di valorizzazione, ma l'ente dotato di competenze di gestione dovrebbe essere lo stesso cui spettano le competenze di gestione dovrebbe essere lo stesso cui spettano le competenze di valorizzazione dei beni gestiti. Occorre comunque osservare che per i beni statali gestiti dalla regioni o dagli enti locali secondo il principio di sussidiarietà, diventa più delicato il tema delle competenze connesse al proprio ambito di valorizzazione. Ci si può chiedere se l'ambito riguarda la proprietà o se permette un riferimento al criterio alternativo della dimensione dell'interesse, seguito dalla legislazione previdente". Come è noto la questione è stata risolta dall'attuale Codice che ha optato per il primo criterio.

Parte della dottrina<sup>126</sup> ha ritenuto trattarsi di una terza funzione con sovrapposizioni rispetto alle funzioni di tutela e valorizzazione, all'uopo chiarendo che detta attività - la "gestione", quale definita dall'articolo 148 del previgente d.lgs. n.112 del 1998 - dovesse ritenersi attratta, in buona parte, nella cd. attività di valorizzazione. Altri Autori<sup>127</sup>, invece, hanno ritenuto - ripercorrendo la nota distinzione tra *res* e *bene* - che la tutela e la valorizzazione attenessero al bene culturale, pur riflettendosi sul bene patrimoniale, mentre l'attività gestionale riguardasse direttamente e specificamente il bene patrimoniale.<sup>128</sup>

La giurisprudenza<sup>129</sup> ha avuto occasione di affermare che la gestione, quale definita dall'articolo 148 del d.lgs. citato, si riconnetteva più alla valorizzazione che alla tutela dei beni culturali, sostanzialmente confermando quella tesi interpretativa<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> Cfr. D. VAIANO, *Commento all'articolo 46*, in G. LEONE - A.L. TARASCO, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, p. 356.

<sup>127</sup> Cfr. G. SCIULLO, *Beni culturali e riforma costituzionale*, in [www.aedon.mulinoit](http://www.aedon.mulinoit), 1/2001. Secondo l'Autore "La disciplina concernente la gestione da parte dello Stato di beni culturali e ambientali risulta assegnata alla potestà "piena" delle regioni. Al più, assieme alla valorizzazione degli stessi beni e alla promozione-organizzazione delle attività culturali, viene affidata alla competenza regionale ripartita, nella quale lo Stato - è appena il caso di ricordarlo - ha il compito di fissare i principi fondamentali di disciplina della materia, non certo anche quello di normare propri ambiti di attività amministrativa"

<sup>128</sup> Osserva A. CAROSELLI, *La gestione dei servizi culturali locali*, in *Gior. Dir. Amm.*, 5, 2005, p. 567 e ss. Che "È stata elaborata dalla dottrina il concetto di attività culturale come specie del genus bene culturale, poi sviluppatasi ed accolta dall'ordinamento. Le attività culturali, si distinguerebbero dai beni culturali (da intendersi non come *res*, ma come tutto ciò che compone il patrimonio artistico, storico, monumentale, librario ed in genere contribuisce a costituire la testimonianza di una civiltà), in quanto rivolte al futuro e quindi espressioni di una cultura contemporanea, in divenire. Quanto sopra evidenzia l'estrema ampiezza dei concetti di bene e di attività culturale e quindi dello stesso servizio culturale locale, quale attività, assunta ed organizzata dagli enti locali, a beneficio della collettività di residenza".

<sup>129</sup> In tale senso, cfr. Cons. Stato. Sez. atti normativi, parere del 26 Agosto 2002, n.1794, reperibile su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), *Rivista di diritto pubblico*.

<sup>130</sup> P. STELLA RICHTER, E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in *I beni e le attività culturali*, a cura di A. CATALANI-S. CATTANEO, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, XXXIII, Padova 2002 pagg. 408 e ss. Gli Autori osservano che "la Costituzione, nel suo nuovo testo, distingue la tutela, da intendersi quale funzione conservativa assegnata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, dalla valorizzazione, comprendente in senso residuale ogni attività relativa ai beni culturali diversa dalla tutela, tra cui in primo luogo l'attuazione della pubblica fruizione, rientrando invece nella potestà concorrente Stato-Regioni, la valorizzazione e la promozione e organizzazione di attività culturale", contestualmente evidenziando che "ove nel settore dei beni culturali si individuasse una materia non riconducibile alla tutela, valorizzazione, promozione ed organizzazione

ad avviso della quale si dovrebbe riconoscere carattere residuale alle attività di valorizzazione rispetto alle attività di tutela dei beni culturali.

Orbene, tanto premesso, si deve precisare che diverso è il significato del termine "gestione" utilizzato dall'articolo 115 del Codice dei beni culturali, atteso che tale ultima norma è volta ad individuare le forme di gestione, diretta o indiretta, delle attività di valorizzazione.<sup>131</sup>

L'articolo 115<sup>132</sup> del Codice delinea, sia pur genericamente, le forme organizzative mediante le quali possono essere espletate le attività,

---

*di attività culturali, questa dovrebbe rientrare nella potestà legislativa attribuita residualmente alle Regioni dall'art.117, comma 2, Cost. in ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato" e senza riserva a questo della determinazione dei principi fondamentali*

<sup>131</sup> Osserva G. VOLPE, *Manuale dei beni culturali*, p. 307 che "La parte del Codice dei beni culturali e del paesaggio dedicata alla gestione venne espressamente presentata come la più innovativa, ed è quella che ha impegnato più intensamente il legislatore anche in tempi recenti, in sede di intervento correttivo ed integrativo del Codice, ai sensi del decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 156". Osserva l'Autore che secondo il Mbca "L'attività di gestione dei beni culturali viene a caratterizzarsi come un insieme di compiti in cui la tutela e la valorizzazione tendono a completarsi vicendevolmente" e "le funzioni di tutela sono arricchite da quelle di valorizzazione ed entrambe sono supportate dall'attività di gestione"

<sup>132</sup> Ai sensi dell'articolo 115 del Codice dei beni culturali, "1. Le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in forma diretta o indiretta.

2. La gestione diretta è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico. Le amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica.

3. 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 appartengono 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.

4. Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali. La scelta tra le due forme di gestione indicate ai commi 2 e 3 è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti. La gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 114.

5. 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,

di sicura rilevanza pubblicistica, in esame e con tale significato il termine verrà utilizzato nei seguenti paragrafi; si tratta di una fase del procedimento di valorizzazione dei beni culturali, successiva alla fase programmazione degli interventi<sup>133</sup>.

È importante ribadire, al riguardo, che l'attività di valorizzazione dei beni culturali è una materia la cui regolamentazione, in termini generali ed astratti, è deferita, dall'articolo 117 Cost., alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni.

Si pone, dunque, la necessità di accertare se le relative norme pongano dei principi fondamentali della materia, perché - com'è noto - solo entro tali limiti la norma deve ritenersi inderogabile da parte delle Regioni.

Ebbene, in conformità a quanto sostenuto da parte della dottrina<sup>134</sup>, si ritiene che l'articolo 115 del Codice contenga le seguenti norme-principio:

---

*nonché le professionalità degli addetti. Nel contratto di servizio sono indicati i servizi essenziali che devono essere comunque garantiti per la pubblica fruizione del bene.*

*6. Nel caso in cui la concessione a terzi delle attività di valorizzazione sia attuata dai soggetti giuridici di cui all'articolo 112, comma 5, in quanto conferitari dei beni oggetto della valorizzazione, la vigilanza sul rapporto concessorio è esercitata anche dalle amministrazioni cui i beni pertengono. Il grave inadempimento, da parte del concessionario, degli obblighi derivanti dalla concessione e dal contratto di servizio, oltre alle conseguenze convenzionalmente stabilite, determina anche, a richiesta delle amministrazioni cui i beni pertengono, la risoluzione del rapporto concessorio e la cessazione, senza indennizzo, degli effetti del conferimento in uso dei beni.*

*7. Le amministrazioni possono partecipare al patrimonio dei soggetti di cui all'articolo 112, comma 5, anche con il conferimento in uso dei beni culturali che ad esse pertengono e che siano oggetto della valorizzazione. Al di fuori dell'ipotesi prevista al comma 6, gli effetti del conferimento si esauriscono, senza indennizzo, in tutti i casi di cessazione dalla partecipazione ai soggetti di cui al primo periodo o di estinzione dei medesimi. I beni conferiti in uso non sono assoggettati a garanzia patrimoniale specifica se non in ragione del loro controvalore economico.*

*8. Alla concessione delle attività di valorizzazione può essere collegata la concessione in uso degli spazi necessari all'esercizio delle attività medesime, previamente individuati nel capitolato d'onere. La concessione in uso perde efficacia, senza indennizzo, in qualsiasi caso di cessazione della concessione delle attività.*

*9. Alle funzioni ed ai compiti derivanti dalle disposizioni del presente articolo il Ministero provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica".*

<sup>133</sup> Cfr. G. SEVERINI, *Commento all'articolo 112*, in *Commento al Codice dei beni culturali*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2006. L'Autore osserva come il livello gestionale rappresenti l'ultima delle tre fasi (strategica, programmatica e gestionale) in cui è possibile suddividere il processo di valorizzazione dei beni in esame.

<sup>134</sup> Cfr. G. SCIULLO, *Beni culturali e riforma costituzionale*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), 1/2001 e dottrina ivi citata. L'Autore si chiede se possa essere persuasivo che "...Sulla base del nuovo art. 118 Cost. cesseranno di esistere musei (e in genere beni

- possibilità della gestione in forma diretta o in forma indiretta (comma 1);
- nel caso di gestione in forma diretta, necessità che la struttura preposta sia dotata almeno di talune forme autonomia ed, in particolare, dell'autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile (comma 2) e di adeguato personale tecnico;
- possibilità che la gestione in forma indiretta si atteggi secondo il modello dell'esternalizzazione o della collaborazione pubblico/pubblico (gestione consortile) o, come si chiarirà nel prosieguo, pubblico/privato (comma 3).

## **2. Doverosità delle attività di valorizzazione e discrezionalità dell'Amministrazione.**

Le attività di valorizzazione dei beni culturali hanno natura giuridica eterogenea, ma costituiscono, genericamente intese, un'attività doverosa per l'Ente pubblico che ha la titolarità o la disponibilità del bene culturale.

Più precisamente, si deve riferire che, ai sensi dell'articolo 112 del Codice, lo Stato, le Regioni e gli altri Enti pubblici devono "assicurare" la valorizzazione dei beni culturali di cui hanno la disponibilità.

Ciò nonostante, si ritiene che residui un rilevante margine di discrezionalità in capo all'Amministrazione, innanzitutto in ordine alla individuazione degli specifici servizi e/o attività di cui "assicurare" l'espletamento, ai fini della valorizzazione dei beni culturali.<sup>135</sup>

---

*culturali e ambientali) statali, nel senso che della loro gestione non abbia in nessun caso la responsabilità lo Stato. Il quesito si pone in termini analoghi per la valorizzazione, attività questa che accede, secondo l'art. 152 d.lg. 112, alla proprietà o alla gestione (ciascun ente cioè valorizza i beni di cui è proprietario o di cui abbia la gestione) e in termini non molto diversi per la promozione-organizzazione".*

<sup>135</sup> Afferma il TAR Lazio nella sentenza n.7373/2006, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2007, p. 40 ss. Che "Tuttavia, la Sezione (cfr. *Tar Lazio*, II, 16 dicembre 2004, n. 16254) ha già avuto modo di chiarire, in soggetta materia ed a seguito della novella recata all'art.113 dall'art. 14, c. 1 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326), che la pubblica amministrazione è sostanzialmente libera di scegliere, relativamente alla gestione dei servizi pubblici, tra l'affidamento mediante procedure d'evidenza pubblica e l'affidamento in house (s.p.a. a capitale interamente pubblico), fermo. Giova, però, precisare che, per quanto ampi siano i margini di discrezionalità tecnica sul punto, l'opzione per uno, piuttosto che per un altro modulo organizzativo e, in particolare, per la s.p.a. deve pur sempre avvenire non già in astratto, ma con riguardo ad un concreto progetto di gestione del servizio."

Si pensi ai servizi riguardanti i beni librari e archivistici, ai servizi di accoglienza ed intrattenimento dell'infanzia ovvero ai servizi di caffetteria o guardaroba<sup>136</sup>: non sempre tutte le attività di valorizzazione possono qualificarsi come necessarie in relazione ai diversi beni culturali.<sup>137</sup>

Gli articoli 115, comma 3, e 117, commi 3 e 4, manifestano, al riguardo, una propensione per la gestione in forma congiunta e integrata dei Servizi di valorizzazione dei beni culturali, dei "Servizi aggiuntivi" e dei "servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria", all'uopo statuendo che dette attività debbono essere gestite "nelle forme previste dall'articolo 115".

Ritengo, al riguardo, che l'articolo 115 del Codice non debba essere interpretato in modo restrittivo e cioè nel senso di considerare necessaria la gestione integrata di tutte le diverse, e spesso

---

<sup>136</sup> Particolarmente difficile è, invero, l'esatta qualificazione giuridica dei suddetti servizi aggiuntivi, già contemplati dall'articolo 112 del d.lgs. n. 490/1999 ed oggi individuati dall'articolo 117 del Codice dei beni culturali, il quale, prima di procedere ad un'elencazione che si ritiene non essere tassativa, li qualifica come "servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico". Indipendentemente dall'espressione utilizzata dal Legislatore, la quale indurrebbe alla immediata qualificazione delle attività come servizio pubblico, l'esame dell'elencazione ivi contenuta, consente di affermare che dette attività sono qualificabili, a volte, come pubblico servizio ovvero come attività di pubblico interesse, altre volte, addirittura, come mere attività commerciali o materiali. In tal senso, cfr. L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pagg. 698 e ss. par. 10, ad avviso del quale la valorizzazione ha i caratteri propri in parte della funzione, sussistendo un potere discrezionale nella scelta degli interventi e nell'uso dei procedimenti, ed, in parte del servizio pubblico: si pensi ai servizi di assistenza culturale e di ospitalità presso i musei.

<sup>137</sup> Pare doveroso rilevare, tuttavia, che nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra entrate ed uscite finanziarie del bilancio statale, l'art. 14 del d.l. 1 ottobre 2007, n. 159 recante interventi urgenti in materia economico - finanziaria, per lo sviluppo e l'equità fiscale, impone la gestione integrata dei servizi c.d. aggiuntivi di cui all'art. 117 del Codice, quale unica forma di gestione degli stessi. Rileva al riguardo G. AREZZO DI TRAFILETTI, *Servizi aggiuntivi e beni culturali: prime osservazioni sull'art. 14 del decreto legge 1 ottobre 2007, n. 159*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 10/2007, che "Viene di conseguenza eliminata la possibilità di gestione diretta dei servizi in parola, prevista dal Codice dei contratti pubblici e dalla normativa europea, fornendo un implicito quanto apodittico giudizio di disvalore nei confronti delle professionalità interne alle strutture culturali, il che, francamente, va in controtendenza rispetto alla diffusa dichiarata esigenza di riqualificazione e di corretta utilizzazione del personale e toglie altresì spazio alla dirigenza che ha sempre maggiori difficoltà nel trovare materie di valutazione del personale assegnato con il conseguente rischio di elargizione a pioggia del salario accessorio". La norma suscita particolari perplessità in quanto in spregio del principio di separazione tra politica e amministrazione, assegnerebbe al Mbac la titolarità della disciplina dei servizi aggiuntivi.



eterogenee, attività di valorizzazione, se non altro perché comporterebbe un *vulnus* al generale principio della libertà di concorrenza nel mercato unico<sup>138</sup>.

Infatti, l'accorpamento dei servizi potrebbe limitare l'interesse dei concorrenti e, dunque, la partecipazione delle imprese al confronto concorrenziale.

Sulla scorta delle suesposte considerazioni di carattere generale, la scrivente ritiene, più precisamente, che l'Amministrazione competente ben potrebbe - ove ciò dovesse corrispondere all'interesse pubblico prevalente - affidare separatamente i servizi e le attività di valorizzazione in senso stretto e/o le attività elencate nell'articolo 117 del Codice, in ossequio ai principi comunitari a tutela della concorrenza e del mercato.

Non solo.

Sono infatti rinvenibili, dall'esame della normativa di riferimento, altre rilevanti scelte, per così dire gestorie (*recte*: amministrative), rimesse alla discrezionalità dell'Amministrazione.

In particolare, l'articolo 115 citato stabilisce che *"Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali"* e che *"La scelta tra le due forme di gestione"* diretta o indiretta deve essere *"attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti"*<sup>139</sup>.

Un importante margine di discrezionalità è, dunque, rimesso all'Amministrazione anche in sede di individuazione della forma di gestione, diretta o indiretta, delle attività<sup>140</sup>, nonché in sede di scelta

---

<sup>138</sup> Bisogna distinguere l'espressione concorrenza per il mercato da quella di concorrenza nel mercato.

<sup>139</sup> Fermo restando che *"..la gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 114."*

Osserva M.R. FAMIGLIETTI, *La disciplina degli affidamenti nel settore dei servizi culturali*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1/2007, nota a T.A.R. Lazio, sez. II, 23 agosto 2006, n. 7373, p. 43 e ss. *"Che sebbene la pubblica amministrazione sia sostanzialmente libera di scegliere, relativamente alla gestione dei servizi pubblici, tra l'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica e l'affidamento in house, l'opzione per uno piuttosto che per l'altro modulo organizzativo non deve avvenire in astratto, ma in relazione al concreto progetto di gestione del servizio, all'analisi delle specificità della disciplina dei beni o servizi oggetto di affidamento, nonché alla luce di esperienze pregresse ritenute favorevoli"*.

<sup>140</sup> E' stato più volte sostenuto, anche in giurisprudenza, che i modelli differenziati di enti pubblici corrispondono ad una specifica ratio; così nella pronuncia del 14 Dicembre 1994, n. 415, in T.A.R., 1995, I, 673, il quale afferma, sotto il vigore della previgente normativa, il principio giusta il quale è illegittima

del modello organizzativo maggiormente idoneo ad ottimizzare i risultati della gestione, in termini di efficacia, efficienza ed economicità.

### **3.1. La gestione (in forma) diretta delle attività di valorizzazione.**

Le diverse forme organizzative deputate a svolgere i servizi pubblici locali appaiono – è bene sottolinearlo – inscindibilmente connesse alla natura delle attività loro demandate, ma non è questa la sede per affrontare la problematica circa la natura, obbligatoria o meno, delle relazioni esistenti tra organizzazione ed attività *in subiecta materia*<sup>141</sup>.

Si è già accennato, però, che i criteri di efficacia, efficienza ed economicità, prima ancora di informare l'attività gestionale delle suddette attività di valorizzazione, devono presiedere alla scelta del modello organizzativo da parte dell'Ente pubblico competente.

Com'è noto, le attività di valorizzazione possono essere innanzitutto gestite in forma diretta dall'Autorità amministrativa<sup>142</sup>, ai sensi dell'articolo 115, comma 2, del Codice dei beni culturali, il quale, con norma speciale, statuisce che la gestione in forma diretta “è svolta per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazione,

---

la costituzione di una società per azioni per la gestione di servizi pubblici con capitale sottoscritto esclusivamente da enti locali e senza la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati in quanto la partecipazione limitata ai soli enti territoriali (seppure nella sola fase costitutiva) snatura l'essenza stessa della causa del contratto societario perchè la priva dell'apporto costruttivo di quei capitali e di quelle esperienze che, interagendo nella gestione dei servizi pubblici, possono garantire il risultato dell'efficienza ed economicità propria di una sana azienda.

<sup>141</sup> G. CAIA, *L'Organizzazione dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI- F.G. SCOCA, Bologna 2005. L'Autore osserva come la tipicità nell'organizzazione dei servizi pubblici comporta la necessità di organizzare il servizio pubblico secondo modelli tipizzati, con la conseguenza che dette attività possono essere svolte esclusivamente nelle forme individuate dalla legge a tal fine.

<sup>142</sup> Secondo TAR Lazio, sentenza 7373/2006 l'affidamento diretto ad una s.p.a. in comando pubblico può riguardare esclusivamente i servizi di valorizzazione dei beni culturali. Il concetto di «valorizzazione», quale attività essenzialmente rivolta alla promozione ed al sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale, non può, tuttavia, essere dilatato fino a comprendere istituti di altre normative inderogabili. In particolare, è da escludere che la nozione di valorizzazione copra, sotto la generica dizione della conservazione, tutte le attività di progettazione e di restauro dei beni culturali, ossia di istituti che riguardano appalti pubblici di lavori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, pena la violazione dei principi comunitari in tema di trasparenza e libera concorrenza, di cui agli artt. 46, 49 e 86 del Trattato sull'Unione Europea.

*dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico”.*<sup>143</sup>

La norma richiede il riconoscimento di particolari forme di autonomia alle strutture organizzative deputate all'espletamento dell'attività, quali requisiti di legittimità dell'affidamento, che, in tali ipotesi, può essere diretto e prescindere, dunque, dall'espletamento di una previa gara concorrenziale.

Si consideri, inoltre, che non tutta la gestione afferenti ai beni culturali è esternalizzabile ma solamente quella relativa alla funzione di valorizzazione.<sup>144</sup>

Ebbene, è pacifico che, a fronte della varietà degli strumenti operativi disciplinati dalla legge, l'Amministrazione deve ponderare tutti gli interessi coinvolti da tale scelta (del modello organizzativo), così da evidenziarne la convenienza economica per le finanze dell'Ente, attraverso una relazione che confronti i risultati economici prevedibilmente conseguibili dalle varie possibili forme di gestione. L'ente pubblico deve effettuare tale scelta, tenendo conto del diverso grado di efficienza che avrebbero le diverse strutture organizzative, nonché della qualità del servizio erogato, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi<sup>145</sup>.

Trattandosi di attività aventi una specifica natura tecnica ed una funzione economica, il modello organizzativo di cui all'articolo 115

---

<sup>143</sup> Da un lato c'è la norma di cui all'art.113, c. 5, lett. c) del Tuel che consente gli affidamenti diretti nel rispetto dei limiti posti dalla disciplina di settore; dall'altro "l'art. 115 del Codice dei beni culturali che, nella sua formulazione precedente alla riforma introdotta dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, distingue tra affidamento in house e concessione a terzi della gestione dei beni culturali. Tale disposizione prevede, alla lettera a), l'affidamento ad una propria emanazione organizzativa, o ad una struttura controllata appositamente costituita o partecipata. La stessa norma precisa che la modalità di affidamento diretto può trovare legittima applicazione esclusivamente per il servizio afferente la valorizzazione dei beni sotto il profilo della promozione e del sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale", così M.R. FAMIGLIETTI, *La disciplina degli affidamenti nel settore dei servizi culturali*, op. cit.

<sup>144</sup> In questo senso A.L. TARASCO, *L'esternalizzazione delle funzioni dei beni culturali alla luce del diritto dell'economia*, in *Gior. Dir. Amm.*, 10, 2007, p. 1203 ss, il quale osserva che "Allo stato, pertanto, la valorizzazione rappresenta l'unica funzione che il Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.Lgs. n. 42/04) configura come esternalizzabile, cioè affidabile a soggetti terzi rispetto all'amministrazione che detiene normalmente il bene. A ciò bisogna aggiungere che all'interno dell'area della valorizzazione, di fatto non tutte le potenzialità offerte dalla normativa risultano concretamente sfruttate. Se ne ricava che l'esternalizzabilità delle funzioni concernenti i beni culturali incontra due limiti: uno esterno ed uno interno".

<sup>145</sup> Cfr., ancor prima dell'entrata in vigore della Legge n.142/1990, Cons. Stato, Sezione VI, 12 Marzo 1990. n.374; si tratta di un principio ormai consolidato, cfr. anche Cons.Stato, Sezione V, Febbraio 1995, n. 240.

citato deve consentire, per un verso, l'evidenziazione dei risultati della gestione e, per altro verso, l'esistenza di controlli diversi da quelli propri degli altri Uffici dell'Amministrazione e più confacenti alle esigenze peculiari di un'attività imprenditoriale, senza, peraltro, svincolare le relative figure soggettive dall'organizzazione e dall'economia pubblica<sup>146</sup>.

E' evidente, però, che la costituzione di un'impresa pubblica, specie se "privilegiata" in conseguenza del conferimento in uso dei beni culturali, si risolve in una limitazione, se non altro di fatto, della libertà di iniziativa economica privata degli altri consociati, tutelata sia della vigente Carta costituzionale<sup>147</sup> sia della normativa comunitaria<sup>148</sup> in materia di concorrenza e mercato, la quale persegue, ex art.3 del Trattato istitutivo della CE, "un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune".

Per quanto attiene ai suddetti servizi pubblici, di regola aventi "rilevanza" economica ed imprenditoriale", è opportuna una breve digressione - al fine di individuare i presupposti e le condizioni alle quali è subordinato l'espletamento del servizio da parte dell'Amministrazione pubblica - , all'uopo distinguendo l'ipotesi giusta la quale l'attività venga espletata in un regime di libera concorrenza con i privati dall'ipotesi in cui l'attività venga sottratta alle regole del mercato e della libera concorrenza.

---

<sup>146</sup> La gestione di un'attività imprenditoriale, da parte di un'Amministrazione pubblica, presuppone, secondo la migliore dottrina, proprio la costituzione di una struttura organizzativa distinta - seppur non svincolata - dalla restante organizzazione amministrativa. Cfr., *ex multis*, V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, pag. 970; S. VALENTINI, *Impresa pubblica*, Milano, 1980.

Secondo A.L. TARASCO, *L'esternalizzazione delle funzioni dei beni culturali alla luce del diritto dell'economia*, op. cit., a seguito della novella del 2006 "il nuovo modello gestorio introdotto dal combinato disposto degli artt. 112 e 115 Codice, come novellati dall'art. 2, D.Lgs. n. 156/06, si caratterizza per una schietta esclusione della natura economica dell'attività di valorizzazione". Secondo l'Autore ciò si ricaverebbe dall'art. 6 del Codice laddove prevede che la valorizzazione è finalizzata alla promozione dello sviluppo della cultura

<sup>147</sup> Le Carte costituzionali degli Stati europei hanno recepito la trasformazione della società civile disciplinando - già a partire dalla Costituzione di Weimar - non più solo l'organizzazione dei pubblici poteri, ma anche i rapporti economici e sociali.

<sup>148</sup> Sui rapporti tra normativa vigente nei singoli Stati membri e la normativa comunitaria, con specifico riferimento al rapporto con le disposizioni di rango costituzionale si veda T. BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, 1993; P. PERLINGERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale, per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992.

Il problema si può porre, ad esempio, per i servizi informativi o di diffusione pubblicitaria.

Com'è noto, il liberalismo ottocentesco, tutelando incondizionatamente la libertà di iniziativa economica privata ed il diritto di proprietà, ha consentito al capitalismo di affermarsi, in Europa ed in America, nel secolo XVIII e di trionfare nel secolo successivo.

In tale contesto storico-istituzionale e fino alla crisi dello Stato classico, culminata nella grande depressione del 1929, a fronte dell'incondizionata tutela dell'iniziativa economica privata, i pubblici poteri erano legittimati ad intervenire nel campo dell'economia in funzione di controllo e di incoraggiamento dell'iniziativa privata, nonché attraverso la gestione diretta di attività economiche, ma solo in presenza di specifiche condizioni legittimanti. In epoca fascista, la dichiarazione VII della Carta del lavoro tutelava l'iniziativa economica privata senza alcun limite generale e la successiva dichiarazione IX statuiva che *"l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco gli interessi politici dello Stato: tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta"*.

La concezione individualista del liberalismo ottocentesco, che assumeva l'obiettivo dell'utile personale quale strumento idoneo e sufficiente al conseguimento del benessere collettivo, ed il teorema della capacità del mercato di realizzare condizioni economiche ottimali per la collettività, attraverso il mero riconoscimento delle libertà economiche, entrarono in crisi prima del secondo conflitto mondiale, anche a causa dell'alterazione della struttura del mercato. Oggi, i principi costituzionali vigenti contemplano anche lo svolgimento di attività economiche da parte dei soggetti pubblici: l'art. 41 Cost. legittima l'impresa pubblica, sicché dal riconoscimento (effettuato dalla medesima norma costituzionale) della libertà di iniziativa economica privata non è possibile far conseguire un generale ed implicito divieto all'espletamento di attività economiche da parte dei pubblici poteri, ove tali attività vengano svolte nel rispetto delle regole del mercato concorrenziale.

E' evidente, però, che la pubblica amministrazione è legittimata a svolgere solo attività che abbiano una qualche attinenza a pubblici interessi, di regola da individuare - sia pure in base a valutazioni ampiamente discrezionali - in sede di assunzioni del servizio: vi è, cioè, un limite finalistico individuabile nella necessità di un

collegamento strumentale tra l'attività del soggetto gestore del servizio pubblico e gli interessi propri dell'ente pubblico.

Ritengo che, nel caso in esame, tale valutazione venga effettuata direttamente dalla norma giuridica, la quale qualifica come doverose per l'ente pubblico le attività di valorizzazione dei beni culturali di cui ha la titolarità o la disponibilità.

Invero, l'ordine pubblico economico vigente deve essere esaminato con particolare riferimento anche alla normativa comunitaria, poiché, con l'entrata in vigore del Trattato istitutivo della CE, le regole comunitarie della concorrenza hanno acquisito, *ex art. 11 Cost.*, piena efficacia giuridica nei confronti dei soggetti appartenenti ai singoli Stati membri.

Si è detto che è necessario distinguere l'ipotesi giusta la quale l'attività venga espletata in un regime di libera concorrenza con i privati, dall'ipotesi in cui l'attività venga sottratta alle regole del mercato e della libera concorrenza, in quanto l'art. 90 del Trattato CE consente deroghe al regime della libera concorrenza solo ove l'applicazione delle regole concorrenziali sia di ostacolo alla "missione" affidata all'impresa pubblica, solo, dunque, allorché il regime della libera concorrenza sarebbe ostacolo al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall'amministrazione.

L'art. 41 Cost., d'altronde, nel contemplare e legittimare l'attività economica pubblica, tutela la libertà di iniziativa economica privata a condizione che essa non venga svolta *"in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"*.

L'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana costituiscono così un parametro al quale confrontare la struttura ed i caratteri delle imprese private deputate ad esercitare un'attività economica, nonché un parametro in base al quale valutare la legittimità della costituzione di un'impresa pubblica privilegiata.

Infatti, la libertà di iniziativa economica, così come le altre libertà economiche, ha un carattere residuale rispetto alle libertà civili (tutelate in modo pieno ed esclusivo) ed è riconosciuta compatibilmente con la tutela dell'interesse generale e con le limitazioni ed i controlli di cui al citato art. 41 Cost.

Le libertà economiche non costituiscono dei diritti inviolabili: i limiti all'attività economica privata sono stabiliti con riferimento a concetti tra loro equipollenti quali l'utilità sociale di cui al secondo comma ed i fini sociali di cui al terzo comma dall'art.41 Cost.

La costituzione di un'impresa pubblica privilegiata deve, in termini generali, ritenersi consentita solo eccezionalmente e, cioè,

nell'ipotesi in cui l'osservanza della garanzia della libertà di iniziativa economica privata ed, in particolare, delle regole del mercato concorrenziale, sia in grado di compromettere il conseguimento di importanti valori umani o finalità sociali.

### 3.1.2 *Segue: la gestione diretta*

L'articolo 115, comma 2, del Codice consente l'affidamento diretto a strutture organizzative "dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, e provviste di idoneo personale tecnico" e si è già detto che la gestione di un'attività imprenditoriale<sup>149</sup>, da parte di un'Amministrazione pubblica, presuppone, secondo la migliore dottrina<sup>150</sup>, proprio la costituzione di una struttura organizzativa distinta – seppur non svincolata – dalla restante organizzazione amministrativa.

È nota, però, la carenza, nell'ambito dell'Amministrazione dei beni culturali, di siffatte strutture organizzative, nonché la frequente carenza di "personale tecnico" idoneo a gestire tali attività di rilevanza economica.

Più agevole è prevedere la costituzione di apposite figure soggettive quali aziende autonome, dotate o meno di personalità giuridica, nonché di società per azioni con partecipazione pubblica totalitaria.

Si tratta della cd. gestione *in house* delle relative attività.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> Con riferimento ai servizi aggiuntivi secondo il TAR Lazio, Sez.II, 11 agosto 1990, n. 1578 e del Cons. St., Sez. V, 8 novembre 1995, n. 1532, rispettivamente reperibili su *Trib. amm. reg.*, 1990, I, p. 2977 e su *Foro It.*, 1996, III, p. 406, bisogna "escludere che l'attività in questione possa essere qualificata come pubblico servizio; trattasi, per contro, di attività essenzialmente o quanto meno prevalentemente commerciale"

<sup>150</sup> Cfr., *ex multis*, S. VALENTINI, *Impresa pubblica*, Milano, 1980; V. Ottaviano, *Ente pubblico economico*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, pag. 970. L'Autore rileva che in ossequio alla definizione di cui all'art. 2082 c.c. l'ente pubblico per essere economico deve sottostare al principio di economicità "...giacchè altrimenti si avrebbe, invece di un'impresa, un'azienda di erogazione"; inoltre l'ente deve produrre beni per il mercato nonché essere dotato di un fondo "...con il cui impiego essi debbono sopperire alle necessità economiche che l'attività produttiva importa e che adempie ad una funzione analoga a quella del capitale delle società...Le disposizioni sul fondo di dotazione sovente stabiliscono che alla sua costituzione partecipino, in alcuni casi anche coattivamente, in altri anche volontariamente, altri enti" ..

<sup>151</sup> In particolare sull'*in house providing* quale istituto eccezionale rispetto al principio generale della concorrenza, cfr. In particolare, sull'*in house providing*, quale istituto eccezionale operante in deroga alle regole della concorrenza, v. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 495 ss.; S. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e In House Providing*, in *Dir. Ue*, n. 2-3/2001, 554-555; J. BERCELLI, *I modelli delle*

La giurisprudenza<sup>152</sup> ha già avuto occasione di affermare che, ai sensi dell'art. 115 del d.lgs. n. 42/2004, vi possono essere forme di gestione dell'attività di valorizzazione dei beni culturali anche attraverso società pubbliche *in house*, anche se la modifica apportata dall'art. 2, comma 1, lett. h), del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156 ha notevolmente ridimensionato le possibilità di utilizzazione delle predette forme di gestione.

Si è già accennato, comunque, che la gestione *in house* non costituisce un principio generale, prevalente sulla normativa interna, ma è un istituto derogatorio di carattere eccezionale<sup>153</sup>, che

---

*società con partecipazione degli enti locali per la gestione dei servizi pubblici* in *Foro Amm. - Tar*, 2004, 2648 ss.; S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. - CdS*, 2004, 1136-1147; M. GALESÌ, *In house providing: verso una concreta definizione del «controllo analogo?»*, (Commento a Consiglio di Stato, sez. V, ord. 22 aprile 2004, n. 2316), in *Urb. e app.*, n. 8/2004; R. GOSO, *L'affidamento in house dei servizi culturali*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2006, p. 586; A. MASSERA, *L'in house providing: una questione da definire*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2004, 8, 849 ss.; S. MENTO, *Servizi pubblici e affidamenti trasparenti*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2006, 4, 405-415; C. LACAVALA, *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2006, 8, 841 ss.

Per la giurisprudenza v. Corte giustizia Ce, 11 gennaio 2005, *Standt Hall e Rpl Lochau c. Trea Leuna*, causa 26/03, in *Racc.* 2005, I-0001; Corte giust. Ce, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, causa 458/03, in *Racc.* 2005, I-8612; Corte giustizia Ce, 18 novembre 2005, *Commissione europea c. Repubblica d'Austria*, causa 29/04, in *Racc.* 2005, I-9705; Corte giustizia Ce, 11 maggio 2006, *Carbotermo s.p.a. e Consorzio ALISEI c. Comune di Busto Arsizio e Agesp s.p.a.*, causa 340/04, in *Racc.* 2006, I-0000.

Nelle pronunce sopra elencate il giudice ha affermato il principio secondo cui «l'applicazione della disciplina sugli appalti e, quindi, le procedure ad evidenza pubblica possono non essere applicate in caso di contratto stipulato tra un ente pubblico e una persona giuridica da esso distinta purchè sussistano due condizioni: a) l'ente pubblico eserciti sul soggetto in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività a favore dell'ente pubblico che lo controlla». Inoltre, la Corte ha sottolineato la necessità di un terzo criterio, quale «il rispetto dei due criteri durante la vigenza del contratto».

Sul punto, v. Corte giustizia Ce, 6 aprile 2006, *Anav c. comune di Bari e Amtab Servizio s.p.a.*, causa 410/04, in *Racc.* 2006, I-0000.

<sup>152</sup> Cons. Stato, Sez. VI, Sentenza 3 aprile 2007 n. 1514, reperibile su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>153</sup> In tal senso, Corte di giustizia, sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - *Stadt Halle e RPL Lochau*, su cui si tornerà più avanti per altri profili; 21 luglio 2005, causa C-231/03 - *Corame*; 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - *Parking Brixen GmbH*; 10 novembre 2005, causa C-29/04 - *Mödling o Commissione c/ Austria*; 6 aprile 2006, causa C-410/04 - *ANAV c/ Comune di Bari*; 11 maggio 2006, causa C-340/04 - *Carbotermo*; 18 gennaio 2007, causa C-220/05 - *Jean Auroux*.



consente, e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento.

Una questione pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 del Tratto CE, invero, è stata sollevata dalla giurisprudenza, con riferimento all'art. 113 comma 5 d.lgs. 267/2000, "*nella parte in cui non pone alcun limite alla libertà di scelta della P.A. tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, ed in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara ad evidenza pubblica e l'affidamento diretto a società da essa direttamente controllata*".<sup>154</sup>

Il profilo critico della questione è stato individuato con riferimento alla circostanza giusta la quale "*l'istituto viene di fatto generalizzato, lasciando apparentemente alle Amministrazioni locali piena discrezionalità in ordine alla scelta tra esso e l'affidamento mediante gara ad evidenza pubblica*".<sup>155</sup>

In aderenza ai principi affermati dalla Corte di Giustizia, secondo cui le regole *dell'in house providing* costituiscono un'eccezione alle regole del diritto comunitario, l'art. 115 del Codice deve pertanto essere interpretato restrittivamente.

Più precisamente, ritengo che, mentre la valutazione in ordine alla opportunità di "assumere il servizio" sia effettuata direttamente dalla norma, l'affidamento diretto ad una struttura organizzativa dell'Ente sia legittimo soltanto allorché sussistano le suddette esigenze di pubblico interesse che consentano di derogare al regime ordinario di scelta del gestore sul libero mercato, mediante procedura di evidenza pubblica.

Con specifico riferimento alle società per azioni, la Corte di Giustizia ha inoltre chiarito che, ai fini della legittimità dell'utilizzazione del modulo organizzativo *cd. in house*, oltre alle suddette esigenze di pubblico interesse, debbono essere osservate talune regole di carattere organizzativo e che sono necessari maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile:

---

154 Così T.A.R. Puglia Bari, sez. III, ordinanza dell'08.02.2007 n. 362, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), Rivista di diritto pubblico. La Corte di Giustizia si è pronunciata con sentenza del 06.04.2006 affermando il seguente principio di diritto "*..la questione pregiudiziale va risolta dichiarando che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione sulla base della nazionalità e di trasparenza non ostano ad una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la detiene...*".

155 Così T.A.R. Puglia Bari, ord. Rimessione citata.

- il consiglio di amministrazione dell'Ente *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico ausiliato deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non deve aver "*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*" dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali<sup>156</sup>; dall'espansione territoriale dell'attività dell'Ente a tutto il territorio nazionale e all'estero<sup>157</sup>;
- le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante<sup>158</sup>.

In sede europea, la Corte di Giustizia ha, anche di recente, chiarito che un affidamento diretto di un servizio di rilevanza economica, da parte di un'Amministrazione pubblica, può essere effettuato solo nei confronti di un Ente totalmente partecipato dall'Amministrazione medesima e purché in ogni caso l'organo di amministrazione dell'Ente non sia titolare del potere di compiere ogni atto ritenuto necessario per il conseguimento dello scopo sociale, senza la presenza di adeguati poteri di controllo.

### **3.1.3. Segue: la gestione diretta dei servizi culturali da parte degli Enti locali.**

Com'è noto, l'articolo 113 bis<sup>159</sup>, comma 5, del T.U.E.L. statuisce che "*Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro*

---

<sup>156</sup> Il controllo analogo, infatti, non si esaurisce nella detenzione dell'intero capitale sociale requisito quest'ultimo necessario come la giurisprudenza della Corte di giustizia ha precisato nella sentenza Stadt Halle, atteso che la normativa nazionale ed in particolare l'art. 113 comma 5 lettera c) del d.lgs. 267/2000 richiede il controllo analogo quale requisito ulteriore rispetto a quello della detenzione della titolarità del capitale sociale da parte dell'ente pubblico.

<sup>157</sup> In tal senso, Corte di giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen.; 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling; anche Cons. Stato, V, 30 agosto 2006 n. 5072, che ha escluso il controllo analogo in presenza della semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati.

<sup>158</sup> In questo senso, anche Cons. Stato, V, 8 gennaio 2007 n. 5.

<sup>159</sup> Rubricato "*Gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*", rubrica così modificata dal comma 2 dell'art. 14, D.L. 30 settembre 2003, n. 269.

*costituite o partecipate*”, con una norma che sembra, ad un sommario esame, limitativa del regime concorrenziale.<sup>160</sup>

Ritengo, però, che detta norma debba essere interpretata restrittivamente<sup>161</sup>, nel senso che l’affidamento diretto è possibile solo ove l’attività da espletare sia, in concreto, priva di rilevanza economica.

Al riguardo, la Commissione europea ha puntualizzato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori elenchi definitivi<sup>162</sup>.

Si è detto che l’Amministrazione, ai fini di un affidamento diretto, ai sensi del citato articolo 113 *bis*, deve accertare in concreto l’assenza di rilevanza economica dell’attività, accertamento tanto più doveroso se si considera che la giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che il settore della valorizzazione e promozione dei beni culturali costituisce un servizio avente rilevanza economica in quanto s’innesta in un settore in cui esiste, perlomeno in potenza, una redditività<sup>163</sup>.

D’altronde, il Codice dei beni culturali, agli articoli 111 e seguenti, manifesta chiaramente una positiva propensione per l’utilizzazione economica dei beni culturali.

Ritengo, pertanto, che le attività di valorizzazione, ogniqualvolta siano suscettibili di produrre reddito e di incidere sull’assetto della

---

<sup>160</sup> Nella nota dicotomia servizi a rilevanza economica e servizi che ne sono privi, R. GOSO, *L’affidamento in house dei servizi culturali*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1, 2007, p. 99, osserva che “solo con riguardo ai primi trovano applicazione le regole a tutela della concorrenza e sussiste, in conseguenza, la legittimazione degli operatori del settore a contestare le scelte organizzative operate dagli enti locali che si traducano in indebite limitazioni del mercato concorrenziale. Si rammenta che le due tipologie di servizi sono state introdotte nell’ordinamento dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella L. 24 novembre 2003, n. 326, che ha riformato l’art. 113 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, sostituendo la precedente distinzione fra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza.”

<sup>161</sup> L’esigenza di un’interpretazione restrittiva è stata avallata pure dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha stabilito che l’affidamento *de quo* è sottoposto a stringenti requisiti di legittimità dalla normativa nazionale, i quali non permettono agli enti locali di fare ricorso all’affidamento diretto in qualsivoglia situazione, ovvero quale modalità ordinaria di affidamento dei servizi pubblici, relegando lo strumento competitivo della gara ad eccezionali situazioni.

<sup>162</sup> Cfr. Libro verde sui servizi di interesse generale (com-2003-270) del 21 Maggio 2003.

<sup>163</sup> Così, TAR Lazio, Sezione II, 23 Agosto 2006, n.7373; Cons. St., V, 30 agosto 2005 n. 4428.

concorrenza, debbano essere affidate dagli Enti locali, pena l'illegittimità dell'affidamento per violazione della normativa interna e comunitaria, osservando le regole dettate dall'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 con riguardo ai servizi a rilevanza economica, in forza del quale l'affidamento diretto dei pubblici servizi secondo il modello dell'*in house providing* è subordinato alla sussistenza di requisiti di stretta strumentalità dell'affidatario nei confronti dell'ente locale, di cui si è già detto nel precedente paragrafo e di cui si dirà nel prosieguo.

### **3.2. Il modulo organizzatorio dell'Azienda autonoma statale**

L'azienda è definita dall'art. 2555 cod. civ. come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

Il Codice civile si avvale, dunque, della nozione di azienda per indicare un complesso di beni che rilevano, non per la loro individualità, ma in conseguenza dell'unitarietà della loro destinazione economica, sicché la dottrina civilistica ne ha esattamente sottolineato il carattere funzionale rispetto all'attività produttiva.

Come l'elemento teleologico assume un'importanza decisiva per la nozione giuridica di impresa, così l'elemento funzionale l'assume per la nozione di azienda.

Nelle scienze giuridiche, invero, tale nozione è tutt'altro che univoca, perché la legislazione e la prassi amministrativa hanno trasferito spesso tale denominazione all'organo statale (o più genericamente pubblico) al quale è affidata la gestione del complesso patrimoniale dell'ente di riferimento<sup>164</sup>.

L'azienda pubblica è, dunque, essa stessa, una figura soggettiva, alla quale è affidata la cura di interessi pubblici determinati, connessi ad attività di erogazione di servizi, di gestione di masse patrimoniali o anche di produzione di beni.

---

<sup>164</sup> Della nozione di impresa può invece affermarsi l'univocità di significato, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto che la esercita. Ciò si evince dall'esame degli artt. 2082 e 2093 c.c. In genere le figure soggettive pubbliche che svolgono attività di prestazione di servizi sociali erano assoggettati ad una disciplina prevalentemente amministrativa, a differenza di quelle esercenti attività economiche pubbliche di produzione e servizio; anche alla luce della sopravvenuta normativa comunitaria si deve concordare con chi già precedentemente riteneva assoggettate al medesimo regime giuridico dell'impresa, le figure soggettive pubbliche che agiscono ed operano nel mercato. Si veda in materia G. GUARINO, *L'impresa come modello organizzativo tipico*, in *Quaderni Fondazione Agnelli*, n.12, 1977, pagg. 16 e segg.

La genesi di queste strutture organizzative - come si è detto - è connessa all'esigenza di costituire uno strumento di intervento pubblico diretto nell'economia, più efficiente delle altre amministrazioni, sia perché dotate di particolari forme di autonomia sia perché assoggettate ad una disciplina giuridica *sui generis*.

Emerse, cioè, l'esigenza di costituire dei "soggetti" giuridici, dotati di particolari poteri e che, a fronte di una responsabilità propria, avessero la capacità di operare più flessibilmente e con minori controlli: se per talune attività pubbliche si avvertì la necessità di funzionalizzarle, così da assoggettarle a controllo, per altre si avvertì l'esigenza di renderle efficienti e competitive, rispetto alle gestioni dei privati, svincolandole dai complessi procedimenti amministrativi mediante i quali l'amministrazione operava.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle caratteristiche peculiari delle aziende dello Stato, definite, per antonomasia, amministrazioni autonome; basti ricordare che tali figure soggettive sono delle branche dell'amministrazione statale, dotate di particolari forme di autonomia organizzatoria.

Esse hanno, infatti, un proprio bilancio, distinto dal bilancio statale seppur ad esso allegato, un proprio capitale, un "proprio" patrimonio<sup>165</sup>, gestioni proprie e riservate, controlli distinti e, specialmente, una legittimazione separata con l'aggiunta di taluni, ulteriori elementi autonomistici<sup>166</sup>, volti al recupero di quelle

---

<sup>165</sup> Le Aziende autonome non hanno un patrimonio vero e proprio, staccato da quello dello Stato: proprietario dei beni, che possono figurare nei loro conti, rimane sempre lo Stato, tanto che la legislazione è solita precisare che i beni componenti il patrimonio delle Aziende autonome sono a queste "affidati" (come avviene per le poste e i telegrafi, per i telefoni o i Monopoli), sì che ciascuna azienda gestisce da sé i propri beni e può, in conseguenza, provvedere direttamente, mediante i propri organi, alla stipulazione dei contratti che interessano la propria competenza. Le attività loro affidate sono, in una prima fase, attività prevalentemente tecniche e la ragione per la quale vengono loro attribuite le suddette forme di autonomia è che esse devono ritrarre dai proventi dell'attività che svolgono i mezzi necessari per svolgere l'attività, spesso di impresa, loro affidata.

<sup>166</sup> Le Amministrazioni Autonome dello Stato vengono assoggettate ai poteri di indirizzo di un Ministro che ne risponde in Parlamento (le corrispondenti istituzioni degli enti locali fanno capo agli organi consiliari degli enti stessi). Hanno un proprio Consiglio di amministrazione (Commissione amministratrice per le Aziende municipalizzate), con poteri per lo più di alta amministrazione, hanno altresì un Direttore generale che ne costituisce l'organo direttivo principale che ha la competenza negoziale e processuale attiva e passiva. L'esistenza di un potere di indirizzo, e non di ordine, del Ministro consente di affermarne

condizioni di economicità della gestione, in assenza delle quali qualsivoglia struttura organizzativa è destinata a perdere la propria capacità di rispondere efficientemente ai bisogni della collettività alla quale il servizio è offerto.

Tale modello organizzativo è stato configurato come un organo (*rectius*: un complesso organico), al fine di mantenere un vincolo di dipendenza di tipo gerarchico che, nonostante le lodevoli intenzioni del legislatore, ha impedito l'attuazione di quei principi di efficienza ed economicità della gestione, ai quali - se si vuole *in nuce* - la costituzione di una tale organizzazione era finalizzata.

Trattandosi di attività aventi una specifica natura tecnica ed una funzione economica, il modello organizzativo prescelto trovava la propria giustificazione proprio nella volontà di mettere in evidenza i risultati della gestione e nella volontà di assoggettare tali organi a controlli diversi, più confacenti, senza peraltro svincolare tali figure soggettive dall'organizzazione e dall'economia statale.

La gestione di un'attività imprenditoriale, da parte di un'amministrazione pubblica, presuppone la costituzione di una struttura organizzativa distinta - seppur non svincolata - dalla restante organizzazione amministrativa ed, invero, la struttura dell'azienda già conteneva gli elementi minimi perché potesse configurarsi un'impresa pubblica<sup>167</sup>.

Lo schema organizzativo di tali figure soggettive si è rivelato inadeguato ad una gestione secondo criteri imprenditoriali a causa dell'influenza, diretta ed indiretta, degli organi politici nell'attività

---

l'autonomia e cioè una relativa indipendenza (la posizione di subordinazione delle singole aziende varia in modo notevole da un'azienda autonoma all'altra, a seconda dell'ordinamento che, per ciascuna azienda, ha dettato il legislatore e dipende sostanzialmente dalla natura del servizio affidatole e dall'epoca in cui furono costituite o riorganizzate). È opportuno evidenziare, ai fini della nostra indagine, che il Consiglio di amministrazione era composto in maggioranza da funzionari del Ministero da cui l'azienda dipende, con l'aggiunta di taluni esperti designati, spesso, dal Ministro. Il bilancio di tali figure soggettive, distinto ma non separato da quello dello Stato, non è limitato alle sole spese, ma si estende anche alle entrate. Il bilancio di previsione dell'entrata e della spesa viene presentato all'approvazione del Parlamento in allegato allo stato di previsione del Ministero da cui l'azienda dipende. Il conto consuntivo è allegato in appendice al Rendiconto generale dello Stato. Non viene intaccato, dunque, il principio della universalità del bilancio statale e si applicano le norme sulla Contabilità generale dello Stato in assenza di deroga espressa. La Corte dei Conti, attraverso un ufficio speciale, vigila sulla riscossione delle entrate, fa il riscontro consuntivo delle spese ed ha il diritto di richiedere tutti i documenti dai quali traggono origine le spese.

<sup>167</sup> Così, V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Enc. dir.*, XIV, pag. 970, *op.cit.*

loro demandata, per le caratteristiche del sistema contabile, nonché per i limiti all'accesso ai mercati finanziari<sup>168</sup>.

Difatti, proprio quel vincolo di dipendenza di tipo gerarchico nei confronti dello Stato, e l'obbligo di quest'ultimo di provvedere a ripianare i bilanci dell'azienda hanno disincentivato una gestione in base a "criteri di economicità" delle attività loro demandate.

Negli atti legislativi e normativi che hanno innovato la disciplina di tali figure soggettive si è assistito, conseguentemente, alla tendenza ad assimilare, nella struttura, le aziende autonome agli enti pubblici imprenditoriali, se non, addirittura, alla tendenza a sostituire l'azienda con enti pubblici economici.

L'ente pubblico imprenditoriale si configura, infatti, come un soggetto giuridico distinto ed autonomo rispetto all'ente politico: nell'ambito di tale rapporto intersoggettivo l'ente politico è titolare di un potere di indirizzo che si esplica in concreto mediante vari atti, quali le direttive.

L'Ente pubblico economico, dunque, non è soggetto ai poteri di indirizzo, o gerarchici, degli altri organi (non politici) dell'amministrazione di pertinenza, perché non è soggetto a rapporti interorganici, bensì - come si è accennato - soltanto a rapporti intersoggettivi con l'ente politico ausiliato, anche se in pratica non è agevole chiarire come gli organi amministrativi dell'ente politico influiscano sulle scelte degli organi politici, attese le competenze tecniche e professionali dei titolari degli organi amministrativi stessi.

In altri termini, mentre è chiaro che l'indirizzo politico è di esclusiva pertinenza degli organi politici, gli indirizzi amministrativi e di gestione devoluti all'ente politico sono influenzati dagli organi amministrativi dell'ente pubblico economico in varia guisa.

### **3.3. Le aziende municipalizzate**

Lo schema organizzativo attuato a livello statale mediante le aziende autonome trova il proprio corrispondente, a livello locale,

---

<sup>168</sup> Tale influenza si concretizza sia nel potere di nomina revoca e scioglimento degli organi dell'azienda, sia attraverso le direttive degli organi dell'amministrazione alla quale appartengono: le aziende, pur avendo una certa scioltezza di movimento, versavano in una condizione giuridica che non è assolutamente assimilabile a quella degli enti pubblici economici, che sono dotati di personalità giuridica.

nelle aziende municipalizzate<sup>169</sup>, che sono state organicamente disciplinate, quale categoria omogenea, sotto il profilo organizzativo e funzionale, con il T.U. 15 Ottobre 1925, n. 2578 e con il D.P.R. 5 Maggio 1986, n. 902.

Si tratta di figure soggettive prive di personalità giuridica, ma operanti quali autonomi centri di imputazione di fattispecie giuridiche, dotati di propri organi distinti da quelli dell'ente territoriale al quale appartengono: la commissione amministratrice, il presidente ed il direttore.

La commissione amministratrice è l'organo cui è affidata la conduzione di tali organismi produttivi: solo talune categorie di deliberazioni - le più importanti nella vita della figura soggettiva - sono assoggettate all'approvazione del consiglio comunale.

L'art. 16 del T.U. citato prevede, infatti, che debbano essere trasmessi all'amministrazione comunale i bilanci delle aziende, le deliberazioni che comportino nuove spese che si rendano necessarie durante l'esercizio finanziario, nonché i provvedimenti ed i contratti che vincolino il bilancio dell'azienda oltre l'anno nel quale sono comunicati<sup>170</sup>.

Sotto il profilo organizzativo, l'azienda municipale si configurava, dunque, come un'articolazione dell'ente territoriale: il comune deve

---

<sup>169</sup> Sulle Aziende municipalizzate si vedano A. PIRAS, *La municipalizzazione*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Venezia, 1967, pagg. 355 e ss.; PISCHEL, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi, domani*, Roma, 1965; G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano 1977, pagg. 363 e ss., e bibliografia ivi citata; le aziende municipalizzate costituiscono la forma più antica di aziende di erogazione, nate "dall'esigenza di soddisfare i sempre più crescenti bisogni della convivenza sociale", così GIOLITTI, disegno di legge 29 Marzo 1903, n.103. È opportuno evidenziare che l'art.2, comma 6, del D.P.R. del 15 Ottobre 1925, sui servizi municipalizzati dispone appositi stanziamenti da parte del Comune, nel prevedere una chiusura in perdita del bilancio dell'azienda. Si veda anche MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano 1917, negli *Atti parlamentari sulla municipalizzazione del 1903*, Napoli, 1903, laddove è chiaramente esplicitato che, quando il Comune esercita "direttamente queste industrie, guidato non dalla legge del massimo profitto, ma dalle considerazioni della pubblica utilità, si possono ricondurre i prezzi a quel saggio che sarebbe normale sotto il regime della concorrenza, restituendo ai consumatori quel di più che sarebbe loro sottratto dalla gestione da parte di privati operatori."

<sup>170</sup> L'art. 17 del T.U. 15/10/1925, n. 2578 disponeva, inoltre, che le deliberazioni dell'azienda dovessero essere assoggettate ad un controllo successivo ed eventuale del Comitato Regionale di Controllo; dovevano essere di volta in volta trasmessi all'organo di controllo anche "le deliberazioni e gli atti di cui il medesimo" organo facesse richiesta.



promuoverne la costituzione e deve fornire i mezzi tecnici e finanziari necessari per l'espletamento delle attività loro demandate; può deliberare la revoca del servizio, la liquidazione dell'azienda ed, in presenza di determinate circostanze, lo scioglimento della commissione amministratrice.

La carenza di autonomia di tali organismi si evince, oltre che dall'esame delle competenze degli organi aziendali, anche dalle procedure di nomina dei titolari degli organi, considerato che la commissione amministratrice ed il direttore sono nominati direttamente, con votazioni separate, dal consiglio comunale, che ne stabilisce altresì, attraverso il regolamento di cui all'art. 3 del T.U. sulla municipalizzazione, anche i requisiti per la nomina.

Per gli aspetti non espressamente contemplati dalla legge, l'organizzazione ed il funzionamento dell'azienda sono disciplinati dal suddetto regolamento, volto a predeterminare, per quanto qui interessa, la destinazione degli utili di gestione, i criteri di valutazione delle attività patrimoniali svolte e le tariffe da applicare nell'espletamento del servizio.

Il Consiglio comunale, competente ad elaborare gli indirizzi programmatici, era anche titolare - come si è detto - di potestà organizzative; l'azienda, dunque, era priva di un'effettiva autonomia di gestione, poiché era sostanzialmente un'unità organizzativa dell'ente locale e, come tale, i suoi poteri decisionali erano limitati dalle direttive degli organi dell'amministrazione di appartenenza.

Il patrimonio dell'azienda era un patrimonio derivato: il comune forniva il capitale<sup>171</sup>; faceva suoi gli utili e rispondeva delle perdite; esercitava ampi poteri di vigilanza e di controllo che si sviluppavano nell'ambito di un rapporto interorganico.

Notevoli erano, pertanto, le deficienze strutturali e funzionali di tali figure soggettive rispetto alle esigenze di un operatore economico: la soggezione a forme di controllo esterno, inadeguate, rispetto alla natura delle attività gestite, la concentrazione di tutte le responsabilità in capo alla commissione amministratrice e al direttore generale con limiti alla delega ed alla responsabilizzazione dei dirigenti, l'approvazione da parte del consiglio comunale degli atti deliberativi più importanti per la vita dell'azienda, i limiti all'accesso ai mercati finanziari per il reperimento delle risorse necessarie all'espletamento dell'attività o all'effettuazione di

---

<sup>171</sup> Il D.P.R. n. 902/1986 prevede che il capitale possa essere conferito anche in natura, sia attraverso beni mobili che beni immobili.

investimenti in capacità produttiva e la mancanza di titolarità dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa hanno impedito, nel passato, una gestione del servizio pubblico secondo criteri imprenditoriali<sup>172</sup>.

L'inadeguatezza del modello giolittiano di azienda municipalizzata, rispetto all'attività di produzione o erogazione dei servizi pubblici locali, ha determinato, per un verso, il fiorire di iniziative parlamentari volte a riformare l'organizzazione di tali strutture e, per altro verso, ha indotto gli enti locali ad avvalersi sempre maggiormente delle società per azioni a prevalente o esclusiva partecipazione comunale.

È interessante notare come, già con la legge n. 843 del 1978<sup>173</sup>, fosse stato avvertito il problema del riequilibrio economico e finanziario delle aziende municipalizzate.

L'art.10 della citata legge n. 843, infatti, prevedeva espressamente l'obbligo del pareggio del bilancio e, per le aziende in deficit, la formazione di un piano di riequilibrio economico e finanziario finalizzato al raggiungimento del pareggio del bilancio in un periodo di cinque anni.

È proprio il problema del riequilibrio economico e finanziario il filo conduttore degli interventi legislativi ed amministrativi degli anni '80, con i quali si è affrontato anche il problema delle aziende sottoposte alla particolare disciplina dei prezzi amministrati<sup>174</sup>.

L'art. 4 della legge n.153 del 1981 ha introdotto un nuovo regolamento<sup>175</sup> di amministrazione e contabilità delle aziende speciali, impostando la tenuta della contabilità a criteri aziendalistici.

La citata legge n.153 disciplina il piano programma, che è uno strumento programmatico generale volto ad individuare gli

---

<sup>172</sup> L'esigenza di dare attuazione ai predetti principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, invero, aveva già indotto il legislatore, ad adottare la Legge n. 153/1981, il cui articolo 3 impone alle Aziende municipali di adottare bilanci pluriennali previsionali redatti in termini economici, idonei, per un verso, a quantificare gli investimenti da effettuare e, per altro verso, a consentire un più efficace controllo sulla gestione ed, in particolare, sui rapporti tra costi e ricavi di gestione.

<sup>173</sup> Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria per l'anno 1979) pubblicata nella Gazz. Uff. 29 dicembre 1978, n. 361, S.O.

<sup>174</sup> La delibera del CIPE del 28 Dicembre 1979 ha fatto specifico riferimento alle Aziende che operano nel settore degli acquedotti e delle centrali del latte tra le aziende di questa categoria.

<sup>175</sup> Il regolamento è stato approvato con D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902.

obiettivi assunti dall'azienda in base alle direttive dell'ente locale di pertinenza, ed il bilancio pluriennale che, redatto in termini economici, deve quantificare gli investimenti ed i conseguenti riflessi in termini di costi e ricavi.

Vi è infine da ricordare la legge n. 51 del 1982, il cui art. 27 *nonies* ha introdotto i controlli di gestione sulle aziende e sui loro rendiconti; un controllo volto ad accertare non solo l'osservanza dei principi contabili vigenti ma anche l'osservanza dei criteri di economicità, di efficacia ed efficienza nella gestione dei servizi pubblici locali.

### **3.4. L'azienda speciale.**

L'azienda speciale era definita già dalla legge 8 Giugno 1990 n. 142 come un "*ente strumentale dell'ente locale dotato di propria personalità giuridica*<sup>176</sup>, *di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale*".

Nel quadro delineato dalla l. n. 142 del 1990, l'ente locale godeva della più ampia autonomia nella scelta dello strumento di gestione; infatti, "è espressione di discrezionalità tecnica, non sindacabile in sede sia di controllo, sia di giudizio, la scelta di un Comune di gestire i propri servizi pubblici mediante l'istituzione di un'apposita azienda speciale".<sup>177</sup>

Tale ente è oggi disciplinato dall'articolo 113 bis e dall'articolo 114 del d.lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.), ai sensi del quale trattasi di una struttura organizzativa preordinata all'espletamento di servizi pubblici e dotata di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Anche l'art. 114 del T.U.E.L. esplicitamente riconosce che l'azienda speciale è dotata di personalità giuridica; riconoscimento che aumenta i profili di autonomia dell'azienda anche se non possono essere del tutto superati i rapporti con l'ente locale territoriale.

<sup>177</sup> Cons. di Stato, Sez. V, sent. 3 maggio 1995, n. 682, in *Foro amministrativo*, 1995, I, 927.

<sup>178</sup> L'ambito di applicazione dell'azienda speciale quale mezzo di gestione dei servizi pubblici è limitato ai servizi privi di rilevanza economica ai sensi dell'art. 113 bis. E' stata rilevata, tuttavia, una contraddizione tra questa norma e il successivo art. 114 che definisce l'azienda speciale come "*ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale ...*". Detta distinzione non è più rilevante dal momento che la Corte Cost. ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1, lett. e) e 2 del d.l. n. 269 del 2003, in materia di gestione dei servizi pubblici locali, nonché dell'art. 113, comma 7, e dell'art. 113-bis d.lgs. n. 267 del 2000. Secondo il giudice delle leggi (sent. 272/2004) "*..l'art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica", di cui all'art. 113-bis del testo unico n. 267 del 2000, è pure*

L'attribuzione della "personalità giuridica" e della "autonomia imprenditoriale" consentono di qualificare l'azienda speciale come un ente pubblico economico<sup>179</sup>, soggetto all'indirizzo politico e/o amministrativo<sup>180</sup> dell'ente locale di pertinenza ma da esso distinto e separato.

Problemi interpretativi pone il dichiarato carattere "strumentale" dell'azienda, considerato che gli enti strumentali sono, in base ad autorevole dottrina<sup>181</sup>, quelle figure soggettive che, sebbene dotate di personalità giuridica, sono nella sostanza degli esecutori tecnicamente attrezzati degli ordini dell'ente ausiliato.

Invero, la posizione giuridica dell'ente locale rispetto all'azienda è la seguente: l'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.

Si tratta, dunque, di un modello organizzatorio tendenzialmente conforme alla normativa comunitaria richiamata nei precedenti paragrafi.

Il potere di indirizzo - com'è noto - è un potere tipizzato che si concretizza nella predeterminazione dei fini (anche strumentali) e dei mezzi, sia organizzativi che funzionali, della altrui attività.

---

*illegittimo prevedendo esso una dettagliata disciplina in materia di servizi pubblici non aventi rilevanza economica per i quali non sussistono esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale. Invero, la tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113-bis."*

<sup>179</sup> Sulla natura giuridica dell'azienda speciale sono pressoché concordi sia la dottrina che la giurisprudenza (si veda *contra* T.A.R. Veneto, 24 Febbraio 1997, n.487, in T.A.R., 1997, I, pagg.130). In dottrina si segnalano G.CAIA, *Legislazione sui servizi pubblici, attività energetiche e ordinamento delle autonomie locali*, in *Dir. Reg.*, 1990, pag.559; M.CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Regioni*, 1992, pagg.34 e segg. Sugli enti pubblici economici in generali si veda V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Enc. dir.*, XIV, pag. 970 e ss., *op. cit.*; nonché M. T. CIRENELI, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983.

In giurisprudenza si veda Cass, SS.UU, sent. n. 12654 del 15 dicembre 1997,

<sup>180</sup> Sulla nozione di indirizzo nella teoria generale del diritto e sulle differenze tra attività indirizzo politico ed attività di indirizzo amministrativo si veda E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988 pagg. 35 e segg. e pagg. 75 e segg.

<sup>181</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1993.

In teoria generale, in effetti, è configurabile, secondo la prevalente dottrina<sup>182</sup>, un rapporto o, più propriamente, una serie di rapporti di indirizzo, atteso che tale potere ha ad oggetto sia l'attività che i singoli atti posti in essere dal soggetto indirizzato.

Nella fattispecie, nonostante l'ente locale concorra alla determinazione dei programmi da perseguire, l'indirizzo non deve essere confuso con il programma, poiché quest'ultimo funge da elemento misuratore dell'attività del soggetto subordinato.

Il rapporto esistente tra ente politico ed azienda può essere definito come un rapporto di subordinazione, più per distinguerlo dal coordinamento che non a fini qualificatori, atteso che tale locuzione è utilizzata per individuare rapporti organizzativi tra loro eterogenei.

Sia il rapporto di coordinamento che il rapporto di indirizzo, in effetti, si caratterizzano per il fatto di avere ad oggetto l'attività e non i singoli atti, ma il coordinamento comporta la composizione preventiva di interessi potenzialmente confliggenti; nella fattispecie, invece, vi è una sostanziale coincidenza di interessi alla cui ottimizzazione è preordinata l'attribuzione del potere di indirizzo.

Si può quindi ragionevolmente ritenere che il rapporto tra ente politico ed azienda sia un rapporto di subordinazione, inteso innanzitutto come soggezione organizzativa finalizzata alla scelta dei fini e dei mezzi.

L'atto di indirizzo<sup>183</sup> - è bene ribadirlo - si pone come un *prius* logico rispetto agli atti di direttiva: l'atto di direttiva, infatti,

---

<sup>182</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993.

<sup>183</sup> Sulla natura giuridica del potere di indirizzo si veda E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, cit.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966, p.99 e segg., riferisce: "Senonché, proprio queste incertezze convincono che le esigenze le quali inducono alla costruzione della categoria dell'attività di indirizzo (ed è bene non dimenticare che queste esigenze si sviluppano, prevalentemente se non esclusivamente, in relazione al problema della qualificazione di concrete attività notevolmente diverse l'una dall'altra: norma direttiva, direttiva politica, direttiva amministrativa, piano o programma, attività di coordinamento, di alta amministrazione, di mera deliberazione ecc.) possono - almeno per ora - essere soddisfatte dando alla categoria confini ampi ed elastici sì da consentirle di comprendere tutti quegli atti (tipici o no) idonei e preordinati, in relazione ad un disegno unitario e per la coordinata attuazione di questo disegno, al fine di spiegare un'azione di influenza (che va da un minimo, il quale si accosta all'effetto del consiglio o suggerimento, ad un massimo molto vicino al vincolo dell'ordine) sul comportamento di soggetti in qualche modo collegati fra di loro e con il soggetto dirigente".

interviene dopo che è stato già definito l'ambito delle finalità ed, in genere, degli interessi pubblici da perseguire.

A parere di chi scrive, il dichiarato carattere "strumentale" delle aziende appare pertanto connesso, per un verso, allo scopo perseguito da tali strutture organizzative e, per altro verso, al principio della territorialità aziendale, atteso che l'attività espletata è di esclusivo interesse dell'ente locale, ma non indica assolutamente una soggezione della figura soggettiva in esame agli ordini dell'ente locale.

Le autorità con poteri decisori sono due, sicché si deve ritenere che la strumentalità si concretizzi in una soggezione organizzativa che comporta lo spostamento, in capo al comune, principalmente dei poteri decisionali relativi all'individuazione e valutazione degli interessi pubblici da perseguire.

L'azienda attua un indirizzo politico che non è nei suoi compiti, né nelle sue possibilità, definire, ma è, nel contempo, un soggetto di diritto autonomo - non indipendente, si badi bene - nell'individuazione ed attuazione dell'indirizzo di impresa.

Il problema è naturalmente quello di definire i limiti dell'intervento politico rispetto alla predetta libertà "tecnico operativa".

È opportuno, al riguardo, accennare ai poteri che il d.lgs. n. 267/2000 attribuisce agli organi interni, poiché la configurazione degli organi consente di introdurre la delicata questione dei rapporti esistenti fra attività gestionale ed attività di indirizzo politico e/o amministrativo di spettanza dell'ente locale.

L'art.115 dispone che *"Organi dell'azienda (...) sono il consiglio di amministrazione, il presidente ed il direttore al quale compete la responsabilità gestionale. Le modalità di nomina e di revoca degli amministratori sono stabiliti dallo statuto dell'ente locale"*.

Orbene, l'attribuzione della responsabilità gestionale al direttore dovrebbe comportare l'attribuzione allo stesso organo dei relativi poteri di direzione aziendale.

Invero, tale soluzione interpretativa non può essere condivisa *sic et simpliciter*, poiché l'accentramento dei poteri gestori in capo al direttore svuoterebbe di contenuto sia le competenze del consiglio di amministrazione sia, specialmente, le attribuzioni dell'ente locale di pertinenza, con conseguenti problemi di compatibilità con l'ordinamento comunitario ed, in particolare, con la normativa derivata, dettata a tutela della concorrenza e del mercato.

Infatti, nella gestione del servizio pubblico locale è possibile distinguere tre diversi ruoli: la determinazione dell'indirizzo politico e/o amministrativo di spettanza dell'ente locale,

l'interpretazione degli indirizzi e la loro traduzione in concrete regole di azione ed, infine, l'attuazione di tali regole.

È in tale contesto che possono inquadrarsi le diverse competenze del consiglio di amministrazione e del direttore, al quale - come si è detto - è espressamente attribuita la responsabilità gestionale.

L'ente locale non può - in sede di determinazione dell'indirizzo di impresa - sostituirsi al consiglio di amministrazione, poiché a quest'ultimo organo sono riservati i compiti di gestione del servizio, di scelta della linea imprenditoriale e di proposta degli sviluppi da dare al servizio stesso.

Il consiglio di amministrazione ha un potere di iniziativa ed un'autonomia tale da consentire allo stesso di imprimere un indirizzo ed un orientamento all'attività imprenditoriale, influenzando la vita dell'azienda sia all'interno che nei rapporti con i terzi.

L'unità di indirizzo politico ed amministrativo è assicurata non solo dai poteri di vigilanza e di controllo attribuiti all'ente locale, ma anche dall'esistenza di un rapporto di fiducia tra gli amministratori dei due enti: si consideri, al riguardo, come, per espressa volontà del legislatore, siano rimesse allo Statuto dell'ente locale le modalità di nomina e di revoca degli amministratori dell'azienda<sup>184</sup>.

L'ente locale può imporre all'azienda di attenersi ad un dato indirizzo politico e/o amministrativo ma è il consiglio ad avere il compito di tradurre tali indirizzi in quelle scelte di politica aziendale che dovranno essere attuate dal direttore sotto la propria responsabilità.

L'azienda, che già era qualificabile come un centro di imputazione giuridica distinto dal Comune, ha dunque assunto, già con la legge di riforma delle autonomie locali, una posizione di più spiccata autonomia a seguito dell'attribuzione espressa della personalità giuridica<sup>185</sup> e dell'autonomia imprenditoriale<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Nel contesto normativo di cui all'art.13, comma 1, della Legge n. 81/93 - ai sensi del quale "(...) il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del Comune e della Provincia presso enti, aziende ed istituzioni" - la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che dovesse essere il Sindaco a provvedere alla nomina e revoca dei consigli di amministrazione delle aziende speciali, sulla base dei criteri fissati dal Consiglio comunale, con apposita delibera da qualificarsi come fonte vincolante per i successivi provvedimenti: si veda ad esempio TAR Lombardia, Milano, 6 Luglio 1995, n. 941; *contra* si veda TAR Piemonte 22-29 Aprile 1996, n. 153 che riserva tale competenza al Consiglio comunale in luogo del Sindaco.

<sup>185</sup> Numerose sentenze del Giudice ordinario che riconoscevano, già prima dell'entrata in vigore della legge n.142 del 1990, alle Aziende municipalizzate, la

### 3.5. L'Istituzione.

Le istituzioni sono organismi strumentali degli enti di riferimento, dotati di autonomia gestionale.

Queste figure per l'esercizio delle funzioni di cui sono titolari si servono di organi propri con la conseguenza che l'attività da essi svolta viene imputata alla struttura in quanto tale e non alla persona giuridica.<sup>187</sup>

Le istituzioni, al pari delle aziende municipalizzate, sono strutture organizzative compiute; esse, quindi, sono strutturalmente separate rispetto alle strutture facenti capo all'organizzazione complessa di cui sono articolazioni.

In secondo luogo esse hanno propri organi, attività e finalità.<sup>188</sup>

La struttura compiuta, pertanto, è in grado di porre in essere atti giuridici rilevanti all'esterno.

L'istituzione, ai sensi del già menzionato art. 114 T.U. enti locali, è un organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi privi di rilevanza economica<sup>189</sup>, dotato di autonomia gestionale, non avente propria personalità giuridica ma soggettività giuridica e patrimoniale.

---

personalità giuridica di diritto privato: l'azienda veniva così configurata quale un'impresa sottoposta alla disciplina privatistica, V. Cass. 29 Aprile 1953 n.1196; in dottrina V. G. VACCHELLI, *Per un nuovo indirizzo della scienza del diritto pubblico*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. VACCHELLI*, Milano 1938; riteneva che le aziende municipalizzate, ex T.U. n. 2578 del 1925, avessero personalità giuridica F.BASSI, *Natura giuridica dell'azienda municipalizzata*, Milano 1957.

<sup>186</sup> E' stata evidenziata, in dottrina, l'esistenza di più tipi di enti pubblici economici, i quali avrebbero in comune solo "l'esercizio di attività economica", intendendo per "esercizio di attività economica" ogni attività organizzata per la produzione o lo scambio di beni e servizi - indipendentemente dalla circostanza che essa sia svolta con le forme del diritto pubblico o con le forme del diritto privato - per realizzare un profitto o semplicemente per soddisfare determinati bisogni: V. MIELE, *Brevi osservazioni in tema di enti pubblici economici*, in *Il Diritto pubblico dell'economia*, 1959, p.1377 e bibliografia ivi citata.

<sup>187</sup> Così è ad esempio per le Amministrazioni statali ove i singoli ministeri operano come figure soggettive a sé stanti mediante propri organi centrali e periferici.

<sup>188</sup> In questa prospettiva esse sono titolari di situazioni soggettive proprie. Le finalità pubbliche possono coincidere con quelle della Amministrazione di riferimento (es. aziende autonome dello Stato nate in seno ai ministeri per una più efficiente gestione di taluni servizi pubblici), ovvero possono essere assolutamente esclusive come accade per le Amministrazioni indipendenti.

<sup>189</sup> Ex art. 113 bis del T.U.E.L.



L'istituzione rappresenta la forma tipica di gestione dei servizi sociali.<sup>190</sup> Ai sensi dell'art. 114, comma 5, l'ordinamento e il funzionamento dell'Istituzione sono disciplinati, entro i limiti definiti dalla disciplina riservata alla legge, dallo statuto e dai regolamenti dell'ente locale di appartenenza.

In tal senso, l'autonomia gestionale attribuita all'Istituzione, quale organismo strumentale dell'ente locale, è strettamente connessa e subordinata alle scelte operate dall'ente di riferimento, in particolare per quanto attiene alla dotazione di risorse umane, patrimoniali, strumentali e finanziarie.<sup>191</sup>

L'assenza di una normativa di dettaglio che disciplini l'organizzazione ed il funzionamento dell'Istituzione consente agli enti locali, con il regolamento istitutivo del servizio e dell'Istituzione, di graduare l'autonomia gestionale dell'organismo e di disciplinare compiutamente i rapporti reciproci.

Come anticipato, a differenza dell'azienda speciale, l'Istituzione non è dotata di un proprio statuto, ma è soggetta ad un regolamento dell'ente locale, che definisce reciproci rapporti istituzionali ed amministrativi oltre che il funzionamento degli organi dell'Istituzione stessa. Al pari dell'azienda speciale quindi il rapporto con l'ente locale di riferimento è di subordinazione organizzativa anche se si tratta di subordinazione e, più in generale, il rapporto di strumentalità che lega questo organismo all'ente locale è in questo caso maggiormente accentuato attesa l'assenza di personalità giuridica.

L'autonomia patrimoniale è un aspetto fondamentale dell'autonomia gestionale dell'Istituzione. Il capitale di dotazione attribuito all'Istituzione è costituito da beni mobili e immobili,

---

190 Per una chiara e dettagliata definizione di servizi sociali, è quindi necessario fare riferimento al Titolo III del D.P.R. n. 616 del 1977, per il quale le materie di trasferimento comprese nella rubrica "Servizi sociali" sono la polizia locale urbana e rurale, la beneficenza pubblica, l'assistenza sanitaria ed ospedaliera, l'istruzione artigiana e professionale, l'assistenza scolastica, i musei e le biblioteche degli enti locali. Secondo il Tar Lazio (sent. n. 1512 del 30 settembre 1997) servizi sociali per i quali è obbligatoria la forma dell'istituzione sono quei servizi che esulano dall'ambito dei servizi cosiddetti "produttivi" (energia elettrica, gas, rifiuti, trasporti), contenendo spiccati caratteri di socialità, quali mense, asili nido e biblioteche, che comunque vanno ricondotti alla nozione generale derivante dal 1 comma, dell'art. 22, L. 8 giugno 1990, n. 142, ossia attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

191 A. ANDREANI, *L'Istituzione per l'esercizio dei servizi sociali degli enti locali*, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, n. 3/1992

compresi i fondi liquidi, assegnati dall'amministrazione locale all'atto della costituzione dell'organismo. Con successivi atti, l'ente locale può provvedere alle variazioni del fondo che si ritengono opportune. Il conferimento all'Istituzione del fondo di dotazione comporta un'assegnazione permanente. Tuttavia, atteso che l'Istituzione non ha una personalità giuridica distinta dall'amministrazione locale, i beni mobili o immobili conferiti rimangono nel patrimonio dell'ente locale.

Ai fini della contabilità dell'Istituzione è perciò necessario redigere, al momento della costituzione, uno specifico inventario dei beni ad essa conferiti, della cui gestione ovviamente rispondono gli organi dell'Istituzione.

Nell'esercizio della propria autonomia gestionale, l'Istituzione dovrà attenersi ai principi di efficacia, efficienza ed economicità, delineati in via generale dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990 relativamente all'attività delle Pubbliche Amministrazioni. L'Istituzione, inoltre, è soggetta all'obbligo del pareggio di bilancio<sup>192</sup>.

### **3.6. La Società per azioni con partecipazione pubblica totalitaria.**

Le Società cd. pubbliche traggono storicamente origine dalla trasformazione degli enti pubblici economici, i quali hanno rappresentato fino al 1992 il caratteristico strumento di intervento diretto dello Stato nell'economia, la cui peculiarità - come si è già detto - era data dall'intima compenetrazione tra l'attività imprenditoriale da essi gestita e la finalità del pubblico interesse cui questa era preordinata.<sup>193</sup>

A seguito della privatizzazione sono venute ad esistenza le società per azioni pubbliche, quale nuova forma giuridica degli enti pubblici economici.

Sebbene a seguito di detta trasformazione siano venuti ad esistenza nel nostro ordinamento giuridico tali figure soggettive di diritto privato, il collegamento con lo Stato continua a rimanere, sia pure sotto il profilo sostanziale, fino a quando lo Stato risulti detenere

---

<sup>192</sup> Articolo 114, comma 4, T.U.E.L

<sup>193</sup> F.A. ROVERSI MONACO, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Monduzzi editore, Bologna, 2005, pag. 94. L'Autore sottolinea l'esistenza di "esplicite deviazioni pubblicistiche al sistema privatistico delle società per azioni", osservando che "si tratta di deroghe piuttosto profonde, se intese nella loro reale portata".

una partecipazione esclusiva ovvero prevalente al capitale azionario delle stesse.

Peculiarità di queste società è di non trarre origine da un contratto come previsto dall'art. 2247 c.c., essendo esse costituite *ex lege*<sup>194</sup>.

La deroga al contratto sociale tuttavia non condizionava, nella previdente normativa, la natura privatistica di dette società, in quanto imposta dalla necessità di superare la rigidità organizzativa e funzionale propria della figura dell'ente pubblico.<sup>195</sup>

Le società per azioni a partecipazione pubblica totalitaria negli ultimi tempi sono state oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, specie comunitaria, in relazione alla *vexata questio* della ammissibilità o meno nel nostro ordinamento degli affidamenti diretti di appalti di lavori pubblici ovvero della concessione di pubblici servizi da parte delle amministrazioni aggiudicatrici: trattasi del fenomeno del c.d. *in house providing*.

L'espressione *in house providing* indica il fenomeno di autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione la quale reperisce il bene o il servizio da erogare alla collettività di appartenenza, all'interno della propria compagine organizzativa senza perciò ricorrere a terzi tramite gara e, dunque, al mercato.

In particolare, la Corte di Giustizia della CE con la nota sentenza Teckal<sup>196</sup> ha affermato in generale la compatibilità con il diritto comunitario degli affidamenti diretti nel caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questo soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano.

In presenza di questi due requisiti, i Giudici comunitari hanno ritenuto giustificata la deroga alle regole dell'evidenza pubblica in quanto si sarebbe in presenza di una vera e propria delegazione

---

<sup>194</sup> E non potrebbe essere diversamente atteso il principio di legalità che governa l'organizzazione e l'azione dei pubblici poteri.

<sup>195</sup> La natura integralmente privatistica di dette società emerge pure dai contenuti degli statuti che rispettano pienamente le prescrizioni civilistiche.

<sup>196</sup> Sentenza 18 novembre 1999 C-107/98 secondo i principi ivi affermati le direttive comunitarie in materia di appalti sono applicabili solo quando l'ente locale, amministrazione aggiudicatrice, stipuli un contratto con un soggetto terzo, diverso e distinto dall'ente locale non solo per struttura e forma giuridica, ma anche per l'autonomia di decisione delle scelte di impresa poste in essere al fine di realizzare l'interesse sociale del soggetto stesso.

interorganica che escluderebbe quel rapporto di alterità tra la amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario.

Come si è già accennato, il controllo analogo tuttavia non si esaurisce nella detenzione dell'intero capitale sociale<sup>197</sup> requisito, quest'ultimo, necessario come la giurisprudenza della Corte di giustizia ha precisato nella sentenza Stadt Halle<sup>198</sup>, atteso che la normativa nazionale ed, in particolare, l'art. 113 comma 5 lettera c) del d.lgs. 267/2000, richiede il controllo analogo quale requisito ulteriore rispetto a quello della detenzione della titolarità del capitale sociale da parte dell'ente pubblico.

Più precisamente, la Corte di Giustizia ha escluso la legittimità di un affidamento diretto nel caso in cui dall'atto costitutivo e/o dallo statuto dell'ente aggiudicatario risulti che il capitale debba essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, ovvero se l'ambito territoriale di attività del soggetto aggiudicatario è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, ovvero se il Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

I predetti principi sono stati ribaditi anche nella sentenza 10 novembre 2005, in causa C-29/04 (cd. Mödling o Commissione c/ Austria), in cui la Corte ha negato la sussistenza del controllo analogo in presenza di clausole dell'atto costitutivo o dello Statuto in cui era prevista la collocazione sul mercato di una parte del capitale sociale. In siffatte ipotesi, infatti, verrebbe escluso quel rapporto tra un'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, e i suoi propri servizi che è, invece, disciplinato da considerazioni ed esigenze proprie al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Al contrario, qualsiasi presenza di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni relative agli interessi privati e persegue obiettivi di natura diversa.

---

<sup>197</sup> Sentenza dell'11 maggio 2006, in causa C-340/04 (cd. Carbotermo).

<sup>198</sup> Nella sentenza 11 gennaio 2005, in causa C-26/03 il Giudice comunitario ha statuito che: "...la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Pertanto, ...nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50 con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate...".

L'aggiudicazione di un appalto pubblico ovvero la concessione di un pubblico servizio ad un'impresa ad economia mista senza appello alla concorrenza comprometterebbe l'obiettivo di concorrenza libera e non falsata e il principio di parità di trattamento degli interessati previsto dalla direttiva 92/50, in quanto tale procedura offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di tale impresa un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Alla luce di queste premesse, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che non si ha controllo analogo quando lo statuto attribuisce al Consiglio di amministrazione rilevanti poteri gestionali potendo lo stesso perseguire gli obiettivi programmati senza il preventivo accordo con l'assemblea; qualora gli statuti dei soggetti aggiudicatari non riservino all'ente locale nessun potere di controllo o diritto di voto particolare per limitare la libertà d'azione riconosciuta a detti consigli di amministrazione.

Con la conseguenza che il controllo esercitato dall'ente pubblico su queste società si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi.

Altro indice sintomatico dell'assenza del controllo analogo o quantomeno di un suo indebolimento, ricorre nell'ipotesi in cui l'eventuale influenza venga esercitata mediante una società *holding*.

L'intervento di un siffatto tramite può, a seconda delle circostanze del caso specifico, indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.<sup>199</sup>

Il controllo analogo è escluso inoltre qualora l'impresa abbia acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico a seguito dell'ampliamento dell'oggetto sociale ovvero della apertura della società ad altri capitali.

Le posizioni assunte a livello comunitario sono state confermate anche dalle sentenze dei giudici nazionali.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> Secondo la Corte di Giustizia ciò può a seconda delle circostanze del caso specifico indebolire il controllo eventualmente esercitato dalla amministrazione aggiudicatrice su una s.p.a. in forza della mera partecipazione al suo capitale. In definitiva occorrerà verificare in concreta se una tale partecipazione indiretta sia idonea ad escludere la configurabilità di un controllo analogo

<sup>200</sup> T.A.R. Lazio, II ter, - Sentenza 9 gennaio 2007 n. 72; Consiglio di Stato, VI, sentenza 27 dicembre 2006 n. 7950; T.A.R. Puglia, II, sentenza 8 novembre 2006 n. 5197; T.A.R. Puglia, I, sentenza 12 aprile 2006 n. 1318

Parte della dottrina<sup>201</sup>, invece, ha sostenuto la necessità di distinguere tra controllo strutturale che si sostanzierebbe nella nomina della maggioranza del consiglio di amministrazione, e controllo sull'attività consistente nella valutazione della conformità dell'attività svolta dall'ente al parametro legale.

Il primo tipo di controllo e non anche il secondo, sarebbe sufficiente ai fini dell'integrazione del controllo analogo.

La Corte ha inoltre reputato conforme al diritto comunitario l'affidamento in house a società multicomunali e cioè a società il cui capitale sia detenuto non da un solo ente pubblico ma da più enti locali anche con quote di diversa consistenza.

Nella giurisprudenza amministrativa si registrano due opposti orientamenti.

Secondo la tesi dominante sarebbe necessario un controllo cumulativo atteso che *“il controllo analogo non può essere frantumato in tanti parametri proporzionati alla percentuale di partecipazione ma deve essere verificato in ordine all'intero capitale sociale ed agli obiettivi generali della società partecipata non potendosi ritenere che possano sussistere tanti controlli analoghi quanti sono i soci in relazione alla partecipazione al capitale sociale limitata alla propria quota di interesse”*.<sup>202</sup>

La tesi minoritaria, invece, non richiede un controllo congiunto ritenendo che tale controllo sia esercitato da quell'ente locale che abbia interesse alla gestione del servizio e che sia in grado di effettuare un controllo pregnante sugli obiettivi strategici della società *in house*.

In questa ottica, la configurabilità di un controllo analogo congiunto costituisce, dunque, una possibilità e non un requisito necessario.

Rilevanti questioni interpretative si sono poste anche con riferimento all'interpretazione del secondo requisito richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per la legittimità dell'affidamento diretto, ovvero quello della necessità che la società realizzi la parte

---

<sup>201</sup> D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 257. Secondo l'Autore in particolare *“Il controllo strutturale consiste nella nomina della maggioranza dei componenti l'organo di amministrazione, direzione o di vigilanza...L'ipotesi del finanziamento pubblico maggioritario può determinare un controllo strutturale se consente all'ente controllante in virtù di una partecipazione maggioritaria o comunque c.d. di controllo la nomina della metà più uno dei componenti gli organi di vertice”*. L'Autore inoltre evidenzia il carattere recessivo e residuale del controllo sull'attività rispetto a quello strutturale laddove afferma che *“..Ciò non esclude che il controllo strutturale sia eventualmente cumulato al controllo sull'attività, ma se il primo pare costituire condizione necessaria per ravvisare un'ipotesi di in house providing, il secondo è di per sé insufficiente”*.

<sup>202</sup> T.A.R. Piemonte, II, 13 novembre 2006, n. 4164

più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

L'espressione in esame secondo la dottrina maggioritaria ricomprenderebbe non solo l'attività svolta nei confronti dell'ente ma anche quella per conto di quest'ultimo.

In questo senso si è espressa pure la Corte di Giustizia affermando che "le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che questa ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni.

Non è importante sapere chi remunera le prestazioni dell'impresa in questione, potendo trattarsi sia dell'ente controllante sia di terzi utenti delle prestazioni fornite in forza di concessioni o di altri rapporti giuridici instaurati dal suddetto ente."<sup>203</sup>

Ciò posto, ai fini di una più precisa delimitazione dell'attività dedicata, la dottrina ha ritenuto che non sia sufficiente l'esclusivo riferimento a quanto consentito dalla legge o dallo statuto della società, occorrendo invece verificare la concreta attività svolta dalla società in favore dell'ente controllante che ricomprende, come evidenziato, anche quella resa per tali enti a favore degli utenti.<sup>204</sup>

Per la determinazione della "parte più importante" di questa attività, la dottrina prevalente ritiene che debba essere adottato un criterio economico-quantitativo facendo riferimento a quell'80% del volume di affari di cui al d.lgs. 158/1995 contenente la disciplina degli appalti pubblici nei settori c.d. esclusi.

La giurisprudenza comunitaria è di avviso diverso ritenendo che le prestazioni rientranti nella attività dedicata debbano essere sostanzialmente destinate in via esclusiva all'ente pubblico o, per

---

<sup>203</sup> Corte di Giustizia, sentenza 11 maggio 2006, in causa C-340/04.

<sup>204</sup> G. PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2006, pag. 140. L'Autore rileva come sia da segnalare in particolare la tesi "secondo la quale il requisito del «controllo analogo» può essere interpretato alla luce della nozione di «influenza dominante» così come formulata dalla recente direttiva 2000/52/CE in materia di rapporti finanziari tra poteri pubblici e imprese pubbliche (tra l'altro già recepito con il d.lgs. 11 novembre 2003, n. 333). Secondo tale direttiva, un'amministrazione si trova in situazione di influenza dominante rispetto ad una impresa pubblica se si verifica almeno una delle seguenti condizioni: a) detenga la maggioranza del capitale dell'impresa; b) detenga la maggioranza dei voti negli organi di governo dell'impresa; c. possa designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa. Una tale ricostruzione, quindi, spezza l'equiparazione tra controllo analogo e partecipazione totalitaria, ammettendo l'affidamento in house anche in presenza di altri elementi che garantiscano un'influenza dominante sul governo dell'impresa".

meglio dire, in via principale, mentre ogni altra attività deve avere carattere marginale.

Diversamente opinando, si sarebbe in presenza di una società attiva sul mercato in grado di conseguenza di entrare in concorrenza con le altre imprese e quindi con l'obbligo di rispettare le regole dell'evidenza pubblica.<sup>205</sup>

Appare opportuno, infine, segnalare che i giudici amministrativi hanno ritenuto in alcuni casi di aderire a quell'orientamento dottrinario facente leva sul criterio economico-quantitativo ai fini della determinazione della parte più importante dell'attività del soggetto aggiudicatario dedicata all'ente pubblico di riferimento<sup>206</sup>.

In altre decisioni, invece, i giudici hanno identificato l'espressione "parte più importante dell'attività" con la nozione di "prevalenza" ovvero di "percentuale assorbente".<sup>207</sup>

### **3.7. La gestione consortile.**

Secondo autorevole dottrina la voce consorzio sarebbe adoperata dal legislatore nazionale con valore puramente residuale per indicare quelle unioni di figure soggettive sia pubbliche che private non sussumibili in altre forme associative.<sup>208</sup>

Parimenti ai consorzi di diritto privato, quelli tra figure soggettive pubbliche possono essere dettati dall'esigenza del più efficace ed efficiente perseguimento del comune interesse attraverso una organizzazione comune.<sup>209</sup>

Tra i consorzi di questo tipo rientrano i consorzi di servizi normalmente costituiti tra gli enti locali.<sup>210</sup>

---

<sup>205</sup> Corte di Giustizia, sentenza 11.05.2006, in causa C-304/04, cit.

<sup>206</sup> Si legge in particolare in alcune decisioni che "*..avendo la società realizzato solo il 62% del proprio fatturato*" in servizi resi a favore dell'ente locale di riferimento, non poteva ritenersi integrato il requisito in esame. Così T.A.R. Sicilia, Catania, II, 13 febbraio 2006, n. 198 in *Foro amm.- Tar*, 2006, 754.

<sup>207</sup> T.A.R. Puglia Bari, I, 12 gennaio n. 1318, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1444.

<sup>208</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 1993, vol. I, pag. 262 ss.

<sup>209</sup> "*Il consorzio rende comune un interesse che è già proprio di ciascun consortista che a sua volta assume delle obbligazioni positive nei confronti degli altri consortisti, assoggettandosi a limitazioni della propria iniziativa che sono a contenuto indeterminato dall'origine, in quanto l'autorità consortile ha un proprio potere deliberativo in ordine all'attività del consorzio.*" Così M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, op. cit.*, pag. 263.

<sup>210</sup> Secondo la dottrina citata infatti solo i consorzi di servizi coinciderebbero con i consorzi di diritto privato e rientrerebbero tra i consorzi c.d. propri mentre le altre unioni di figure soggettive pubbliche impropriamente, secondo l'A., sono denominate consorzi. E' il caso ad esempio dei consorzi per la costruzione di



Secondo una parte della più recente dottrina<sup>211</sup> e della giurisprudenza il consorzio secondo la nuova disciplina di cui all'art. 31 del d.lgs. 267/2000<sup>212</sup>, si sostanzierebbe in un'azienda speciale pluricomunale.

In particolare secondo la giurisprudenza del Supremo Consesso amministrativo il consorzio e l'azienda non sono figure distinte esistendo solo un ente complesso, il consorzio azienda.<sup>213</sup>

Secondo altre pronunce il consorzio tra enti locali per la gestione in comune di servizi pubblici locali va inteso come un'azienda speciale degli enti che l'hanno istituita, ossia come un ente strumentale per l'esercizio in forma associata di servizi pubblici.<sup>214</sup> Secondo questa ricostruzione il consorzio farebbe parte del sistema amministrativo di ciascuno degli enti associati.<sup>215</sup>

Una tale conclusione pare avvalorata anche dal dettato normativo di cui all'art. 31 del T.U.E.L. che prevede che *"Gli enti locali per la gestione associata di uno o più servizi e l'esercizio associato di funzioni possono costituire un consorzio secondo le norme previste per le aziende speciali di cui all'articolo 114, in quanto compatibili.."*

Ugualmente può sostenersi con riferimento all'art. 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio che relativamente alla gestione diretta delle attività di valorizzazione prevede che *"Le*

---

opere che rappresentano delle figure di "associazioni obbligatorie di compartecipazione" o meglio sono figure che in diritto privato riceverebbero una più precisa qualificazione.

<sup>211</sup> F. PITERÀ, *La Riforma degli enti locali*, in AA.VV., *Commentario* diretto da F. Piterà e R. Vigotti, Torino, UTET, 2002.

<sup>212</sup> Sostitutivo dell'art. 25, comma 1, della legge n. 142 del 1990. Quest'ultimo prevedeva esclusivamente Consorzi tra Comuni e Province, definendo un espresso vincolo alla composizione soggettiva omogenea. Esso è stato superato dapprima con le modificazioni operate dall'art. 5, d.l. 28 agosto 1995, n. 361, convertito dalla l. n. 437 del 1995, ai sensi della quale era consentita la partecipazione al Consorzio anche di altri enti pubblici, comprese le Comunità montane, "quando siano a ciò autorizzati, secondo le leggi alle quali sono soggetti" (art. 25, comma 1, L. n. 142 del 1990, così modificato dall'art. 5 del D.L. n. 361 del 1995). Con l'entrata in vigore del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, la composizione soggettiva dei Consorzi è definitivamente aperta a tutti gli enti locali, senza eccezioni e senza autorizzazioni.

<sup>213</sup> Cons. Stato, sez. V, 15.5.2000, n. 2735; Cons. Stato, sez. IV, 26.1.1999, n. 78

<sup>214</sup> Cons. Stato Sez. V, 09-05-2001, n. 2605.

<sup>215</sup> A tale configurazione non osta il conferimento della personalità giuridica che vale a caratterizzarlo come un nuovo centro di imputazione di situazioni e rapporti giuridici distinto dagli enti predetti. Nel senso che il consorzio sia ente strumentale del comune, un ente istituzionalmente dipendente dal predetto ente locale e che esso debba ritenersi *"elemento del sistema amministrativo facente capo allo stesso ente territoriale"*, cfr. Corte Cost., sent. 12.2.1996, n. 28.

*amministrazioni medesime possono attuare la gestione diretta anche in forma consortile pubblica”.*

Per quanto concerne gli aspetti organizzativi e l'articolazione degli organi consortili, la normativa richiama esplicitamente le norme di disciplina dell'Azienda speciale di cui all'art. 114 del T.U.E.L.

È opportuno approfondire in questa sede la definizione degli assetti di competenza tra gli organi del Consorzio alla luce delle funzioni specifiche attribuite all'assemblea consortile.

Come anticipato, l'assemblea del Consorzio è composta dai rappresentanti degli enti associati nella persona del Sindaco, del Presidente della Provincia o di un loro delegato, ciascuno con responsabilità pari alla quota di partecipazione fissata dalla Convenzione e dallo statuto.<sup>216</sup>

L'attribuzione all'assemblea della competenza esclusiva all'elezione del Consiglio di Amministrazione e all'approvazione degli atti fondamentali previsti dallo statuto<sup>217</sup>, caratterizza l'attività dell'organo assembleare in funzione dell'esercizio dell'accordo associativo, con funzioni di indirizzo e controllo politico e amministrativo.

Il Consiglio di Amministrazione ha invece competenza esclusiva alla definizione delle politiche consortili in attuazione degli indirizzi generali definiti dall'assemblea, finalizzando la propria attività alla concreta realizzazione dell'accordo associativo tra gli enti.

In questo contesto dei rapporti interorganici, il Presidente dell'Assemblea esercita funzioni di coordinamento dei lavori dell'organo assembleare, che escludono la rappresentanza istituzionale del Consorzio.

La rappresentanza legale del Consorzio è riconosciuta dall'ordinamento in capo al Direttore, ai sensi dell'art. 33 del D.P.R. n. 902 del 1986, al quale è anche attribuita la responsabilità gestionale dell'ente strumentale organo di gestione del Consorzio.

---

<sup>216</sup> CORSI C., *Consorzio intercomunale: quota di partecipazione e potere di rappresentanza*, nota a TAR Lombardia, Brescia, sent. n. 839 del 2 novembre 2000, Sindaco p.t. Comune di Costa Volpino c. Consorzio intercomunale raccolta e smaltimento rifiuti, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2001, pag. 693. L'Autrice rileva che l'assemblea consortile possa configurarsi non come “..una struttura di sindaci ma come organo composto da enti locali <sup>(3)</sup>, gli enti parti del consorzio non possono ritenersi controinteressati, perché non sono portatori di un interesse sostanziale eguale e contrario a quello del ricorrente, ma possono al più ritenersi portatori di un mero interesse di fatto (che li abiliterebbe ad un intervento in giudizio *ad opponendum*) alla conservazione del provvedimento impugnato.

<sup>217</sup> Competenze che per le aziende speciali comunali sono riconosciute in capo rispettivamente al Sindaco e al Consiglio comunale.

Alla chiara distinzione operata tra gli organi di Amministrazione attiva preposti, da un lato, all'esercizio dell'accordo associativo e, dall'altro, alla realizzazione amministrativa e gestionale di tale accordo, consegue la competenza del Consiglio di amministrazione alla nomina del Direttore.

Nessun limite, salva una diversa disposizione statutaria, è posto alla discrezionalità dell'assemblea in materia di nomina del proprio Presidente, il quale deve tuttavia essere indicato tra i componenti dello stesso organo. Altrettanta ampia potestà è riconosciuta per la nomina del segretario dell'assemblea, anche se una consuetudine consolidata sulla base della disciplina dell'ordinamento previgente la l. n. 142 del 1990, indica per tale incarico il Segretario comunale del Comune dove ha sede il Consorzio.

#### **4.1 La gestione (in forma) indiretta delle attività di valorizzazione.**

Le attività di valorizzazione possono essere espletate anche in forma cd. indiretta e cioè affidandole a soggetti terzi, estranei all'Amministrazione.<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> Sull'affidamento a terzi dei c.d. servizi aggiuntivi cfr. M. MONTEDURO, *L'affidamento a terzi dei servizi aggiuntivi negli istituti e luoghi di cultura di appartenenza pubblica*, in *Riv. Trim. appalti*, 2, 2006, p. 453 ss che "Occorre muovere dal rilievo, che non appare revocabile in dubbio, della primazia della normazione di livello comunitario in materia di appalti pubblici di servizi rispetto alle corrispondenti previsioni degli ordinamenti dei singoli Stati membri.

La normativa comunitaria persegue, come è noto, finalità di armonizzazione dei molteplici regimi giuridici degli appalti pubblici vigenti nelle singole realtà nazionali, mirando ad una *reductio ad unitatem* necessaria, quanto meno in ordine a livelli-base di uniformità, per evitare che regole del gioco eccessivamente "asimmetriche" da Stato a Stato possano distorcere il libero esplicarsi del confronto concorrenziale nell'ambito del mercato unico europeo, creando fenomeni discriminatori o legittimando la sopravvivenza di spazi di "opacità" delle scelte dei pubblici poteri in ordine alla selezione dei propri fornitori". L'Autore riprendendo la nota distinzione desunta dalle direttive comunitarie in tema di appalti e, precisamente, riproponendo la distinzione tra appalti di servizi e concessione di servizi, fondata sulla circostanza che nel primo caso il servizio è erogato direttamente alla p.a che corrisponde il relativo prezzo e non alla platea degli utenti, osserva che "L'amministrazione concedente, nel momento in cui esternalizza dei "servizi aggiuntivi", non corrisponde alcun prezzo all'affidatario per l'erogazione dei servizi ed anzi, accade l'opposto: è l'affidatario che deve "pagare" all'amministrazione, per il solo fatto di aver ottenuto da quest'ultima la *legitimatio* all'erogazione dei servizi in favore dei visitatori/utenti dell'istituto o luogo di cultura, un "canone di concessione". Di più: normalmente, il concessionario eroga "a pagamento" i servizi aggiuntivi al pubblico dei

L'articolo 115, comma 3, del Codice dei beni culturali stabilisce, al riguardo, che *"La gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione (...) mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti"*.

La norma prevede l'affidamento mediante provvedimento di *"concessione a terzi"*, nonostante lo strumento concessorio sia utilizzabile non in presenza di qualsivoglia attività di servizi, bensì soltanto in relazione ai servizi pubblici, sicché sorge spontaneo chiedersi quali siano le procedure di individuazione del gestore delle attività in esame e se dette procedure mutino a seconda della natura giuridica delle attività da esternalizzare.

Invero, a lungo si è dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza, per individuare i caratteri distintivi dell'appalto di servizi, rispetto alla concessione, facendosi riferimento, talvolta, al carattere surrogatorio dell'attività espletata dal concessionario, altre volte, al carattere unilaterale della concessione in contrapposizione con il carattere negoziale dell'appalto di servizi<sup>219</sup>.

La giurisprudenza ha avuto occasione di individuare l'elemento discrezionale delle suddette attività, nella circostanza giusta la quale si costituisce, in esito al provvedimento di concessione del servizio, un rapporto giuridico trilaterale, tra amministrazione, concessionario ed utenti<sup>220</sup>.

Ebbene, il Codice dei contratti pubblici, all'articolo 30, chiarisce, in ossequio alla Direttiva 2004/18/CE cui intende dare attuazione, che *"Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e*

---

visitatori/utenti, sebbene sia eccezionalmente possibile che si offra di fornire gli stessi servizi "a titolo gratuito". In entrambi i casi, comunque, sarà il concessionario ad accollarsi l'alea della gestione del servizio, spettando a quest'ultimo (e non all'amministrazione concedente) il compito di reperire i mezzi finanziari per fornire i servizi aggiuntivi al pubblico; la "controprestazione" della pubblica amministrazione, dunque, consisterà esclusivamente o comunque prevalentemente nel trasferimento al privato del diritto di gestire il servizio. I caratteri suddetti sembrano consentire una sola conclusione: da punto di vista del diritto comunitario, l'affidamento a terzi di servizi aggiuntivi deve ascrivere alla categoria delle "concessioni di servizi" e non già a quella degli "appalti pubblici di servizi"

<sup>219</sup> Cfr., per una panoramica in materia, M. ALESIO, *Concessioni e appalto di servizi: alla ricerca delle differenze perdute*, in *Dir. e giust.*, 2004, 36 e ss. e dottrina ivi citata

<sup>220</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 Luglio 2002, n.4012, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), ad avviso del quale l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'Amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 30 Aprile 2002, n.2294.

*di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare".*

La normativa comunitaria individua, dunque, il tratto caratterizzante della concessione di pubblico servizio nel fatto che il corrispettivo dovuto all'operatore privato consiste esclusivamente nel diritto di gestire il servizio ovvero in tale diritto accompagnato (eccezionalmente) da un prezzo<sup>221</sup>.

Anche il destinatario del servizio può assumere rilevanza ai fini della distinzione di un appalto di servizi da una concessione: mentre negli appalti pubblici di servizi (ad esempio, l'appalto dei servizi di pulizia degli immobili di cui è proprietaria l'Amministrazione) il prestatore offre la propria prestazione all'Amministrazione, la quale, dunque, è normalmente tenuta a pagare un corrispettivo per il servizio ottenuto, nella concessione di servizio pubblico la prestazione è offerta alla collettività e l'erogazione del servizio avviene a fronte del pagamento di un corrispettivo pagato dagli utenti, spesso nella forma del canone o della tariffa.

La Commissione CE ha chiarito, al riguardo, che ricorre la formula della concessione di servizio pubblico ogniqualvolta il prestatore di servizi assume i rischi della gestione dell'attività, percependo il proprio corrispettivo mediante la riscossione di un canone o di una tariffa dall'utente<sup>222</sup>.

Certo è che talune delle attività individuate dagli articoli 115 e 117 del Codice non possono essere qualificate come servizio pubblico: si pensi al servizio di caffetteria o di guardaroba.

Sotto il profilo dogmatico è stato chiarito che, nella concessione di servizio pubblico, vi è un ufficio competente all'espletamento del

---

<sup>221</sup> Cfr. M. PALLOTTINO, *La concessione nelle nuove direttive sugli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2004, pagg. 195 e ss.

<sup>222</sup> Cfr., al riguardo, Cons. Stato, Sez. VI, 15 Maggio 2002, n. 2634, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); Cons. Stato Sez. VI, 15 Novembre 2005, n. 6368, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. II 9 Luglio 2004, n. 507, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 2372; T.A.R. Sicilia Catania, Sez. II, 13 Marzo 2006, n. 396, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1134;

servizio, che viene conferito ad un'impresa: di qui l'esigenza dello strumento concessorio.

Il conferimento dell'Ufficio deve avvenire in favore di un'impresa e non di una persona fisica, per esigenze di carattere organizzativo.

Nel caso delle attività di valorizzazione è evidente l'esigenza che il servizio venga espletato da un prestatore d'opera attrezzato con capitali ed organizzazione ed, in tal senso, l'articolo 115 del Codice dei beni culturali sembra presupporre la sussistenza, in capo all'affidatario, di adeguati requisiti di organizzazione ed, in generale, di capacità tecnica.

#### **4.1.2. Segue: le procedure di individuazione dell'affidatario.**

Problemi particolari sussistono, invero, ai fini dell'individuazione della normativa applicabile alle procedure di individuazione del concessionario, atteso che il nuovo Codice dei contratti pubblici ha abrogato la previgente normativa in materia e non esiste nel nostro Ordinamento una disciplina specifica per le concessioni di servizi. Come si è accennato, l'articolo 30<sup>223</sup> del Codice dei contratti pubblici

---

<sup>223</sup> In tal senso, Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 Aprile 2000, in G.U.C.E., 121/5 del 29 Aprile 2000. La Commissione CE ha avuto occasione di chiarire che le concessioni di servizio pubblico devono essere affidate nel rispetto del Trattato ed, in particolare, degli articoli 12 (divieto di discriminazione in base alla nazionalità), gli articoli 28 e ss. (libera circolazione delle merci), l'articolo 43 (libertà di stabilimento), l'articolo 49 (libera prestazione di servizi) e gli articolo 16 ed 86; nonché nel rispetto dei principi sanciti in materia dalla Corte di Giustizia. Cfr, al riguardo, GUCCIONE C., *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1263 ss. Con riferimento alla Comunicazione interpretativa della commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, serie C/121 in data 29 aprile 2000, l'Autore rileva che *"..Per quanto concerne l'affidamento delle concessioni di lavori, la direttiva 93/37/CEE impone solo una pubblicità preliminare, anche per gli affidamenti tra persone giuridiche pubbliche, ma lascia libero il concedente di scegliere la procedura più appropriata e, in particolare, di esperire una procedura negoziata"* e che *"..In ordine, poi, all'affidamento dei lavori in concessione, qualora il concessionario non sia riconducibile nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici, la direttiva prevede l'applicazione delle sole norme in materia di pubblicità.."*; VILLANIA, *Le innovazioni apportate dalla comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 838 ss.; CARATA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, pag. 112 ss.; MATTERA, *Il diritto comunitario e le concessioni di servizi di pubblica utilità: tra liberalizzazione e universalità*, in *Serv. pubbl. e appalti*, 2003, 5 ss.; A. BARONE - U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 389 ss.; L. QUARTA - D. SPINELLI, *Appalti pubblici*

stabilisce che *“La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”*.

Il successivo comma 4, del citato articolo 30 statuisce, però, che *“Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza”*.

Ebbene, l'articolo 115 del Codice dei beni culturali richiede una *“procedura ad evidenza pubblica”* e non una mera *“gara informale”*, sicché si ritiene che detta norma prevalga sulla disciplina generale delle concessioni di servizi contenuta nel citato articolo 30 del Codice dei contratti pubblici.

Si è detto che l'articolo 115 impone espressamente l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica, ma si deve riferire che, ad avviso della scrivente, il concessionario di un pubblico servizio deve sempre essere scelto in esito ad un procedimento concorsuale, vuoi in virtù del principio di buona amministrazione di cui all'articolo 97 Cost., vuoi in virtù del principio di non discriminazione di cui all'art. 3 Cost.

Qualora, invece, debbano essere esternalizzate delle attività non qualificabili come servizio pubblico<sup>224</sup>, l'affidamento avverrà mediante contratto stipulato in esito ad apposita procedura concorsuale, indetta in conformità al Codice dei Contratti pubblici e, dunque, previo esperimento della gara, aperta o ristretta, più idonea ad individuare il soggetto avente i requisiti di capacità tecnico-economica necessari per l'espletamento dell'attività e che abbia

---

*europèi: la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 585 ss.. Gli Autori rilevano che “ ..La Commissione ritiene che il criterio del diritto di gestione permetta di individuare alcuni elementi caratteristici per distinguere la concessione di lavori dall'appalto pubblico. Anzitutto, il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dall'utente (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. La durata della concessione rappresenta, pertanto, un elemento importante della remunerazione del concessionario.*

Quest'ultimo non è quindi direttamente remunerato dall'autorità aggiudicatrice, ma ottiene da questa il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata”

<sup>224</sup> Come chiarito nel precedente capitolo non tutte le attività di valorizzazione possono essere qualificate come servizio pubblico.

formulato, nell'ambito della procedura concorsuale, la migliore offerta tecnica e/o economica<sup>225</sup>.

Non possono essere invece affidate a terzi le attività di valorizzazione che concretizzano l'espletamento di una pubblica funzione<sup>226</sup> ed, al riguardo, non deve condurre in errore l'articolo 112 del Codice dei beni culturali, che prevede la possibilità dei privati proprietari dei beni da valorizzare di partecipare ad appositi soggetti giuridici, da costituire per la programmazione degli interventi di valorizzazione.

Infatti, qualora il bene sia di proprietà privata, l'attività di valorizzazione non può mai essere qualificata come pubblica funzione, bensì come esercizio di una libera facoltà del proprietario.

#### **4.2. L'affidamento del servizio a Società cd. mista**

La Corte di Giustizia, da ultimo con la Sentenza Carbotermo dell'11 Maggio 2006, causa C-340/04, ha affermato che la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria (anche se non sufficiente), per giustificare la deroga alle regole europee di evidenza pubblica, conseguentemente espungendo dall'Ordinamento statale ogni possibilità di affidamento diretto di lavori, servizi o forniture a Società miste pubblico/privato.

Più precisamente, è stato chiarito che *"la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi"*<sup>227</sup>.

È evidente, d'altronde, che la partecipazione di un privato al capitale di un'impresa obbedisce necessariamente a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell'amministrazione pubblica.

Ad avviso del Consiglio di Stato<sup>228</sup>, si può parlare di società *in house* soltanto se essa agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione "dal punto di vista sostantivo", non contaminato da alcun interesse privato.

---

<sup>225</sup> A seconda del criterio di aggiudicazione della gara prescelto dalla Stazione appaltante: il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero il criterio del prezzo più basso.

<sup>226</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 1993.

<sup>227</sup> Così Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, causa C-26/03 - Stadt Halle e RPL Locha.u

<sup>228</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, Sentenza n.1514/2007.



L'*in house providing* - come si è già detto - si configura come un modello organizzativo di carattere eccezionale, che presuppone maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile ed, in particolare, è necessario, perché detto modulo organizzativo possa ritenersi compatibile con la normativa comunitaria, che:

- il consiglio di amministrazione della società in house non abbia rilevanti poteri gestionali;
- l'ente pubblico possa esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale;
- l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" da parte dell'ente pubblico<sup>229</sup>;
- le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante<sup>230</sup>;
- lo statuto non preveda la cedibilità delle quote a privati<sup>231</sup>.

Alla luce dei suddetti principi comunitari tende, perciò, a consolidarsi una giurisprudenza nazionale che esclude la riconducibilità del modello organizzativo della Società mista alla cd. gestione in house.

È stato affermato, al riguardo, che la non riconducibilità alla figura dell'*in house* non implica, di per sé, la esclusione automatica della compatibilità comunitaria della diversa figura soggettiva della Società mista a partecipazione pubblica maggioritaria se con la medesima procedura di evidenza pubblica sia scelto non solo il socio privato ma avvenga anche l'affidamento del servizio<sup>232</sup>.

La figura delle società a capitale misto è stata configurata da autorevole dottrina come una forma di "collaborazione tra pubblica amministrazione e privati imprenditori nella gestione di un pubblico servizio" e sembra rappresentare una modalità organizzativa ulteriore per la soddisfazione delle esigenze generali,

---

<sup>229</sup> Tale vocazione risulterebbe, secondo la Corte di Giustizia, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero: cfr., in particolare, le già citate sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria

<sup>230</sup> Cfr., al riguardo, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5, che ha affermato che se il consiglio di amministrazione ha poteri ordinari non si può ritenere sussistere un "controllo analogo".

<sup>231</sup> Cfr. Tar Puglia, 8 novembre 2006, n. 5197; Consiglio di Stato, V sez., 30 agosto 2006, n. 5072, ad avviso delle quali il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle azioni.

<sup>232</sup> Così, Cons. Stato, Sez. II, parere del 18 Aprile 2007.

più flessibile a determinate esigenze e di particolare efficacia, almeno in certi casi<sup>233</sup>.

Inoltre, la necessità di una gara per la scelta del socio – oltre a confermare l'esclusione della riconducibilità alla figura dell'*in house* – ha condotto a ritenere non corretto annoverare tale figura di affidamento tra quelli "diretti".

D'altronde, il modello della "società a capitale misto pubblico privato" esiste – come distinto dall'*in house* – nell'ordinamento nazionale, sia nella disposizione generale dell'art. 113 T.U.E.L. che in varie disposizioni speciali.

La dottrina ha, però, evidenziato la difficoltà di equiparare la procedura di scelta del socio e la gara per l'affidamento del servizio ed ha affermato, pur riconoscendo la funzionalità del modello, che trattasi di figura peculiare che potrà presentare non pochi problemi attuativi e che, per non essere censurata, dovrà ricevere un'applicazione attenta.

Sempre in relazione al modello generale, si ricorda l'intervento dell'art 13 del d.l. n. 223 del 2006, convertito dalla legge n. 248 del 2006, il quale ha introdotto una articolata disciplina che, in linea con i più recenti orientamenti comunitari volti a limitare l'*in house providing*, ma anche in relativa autonomia da essi, mira a evitare il fenomeno della c.d. *cross subsidization* delle società pubbliche, per cui esse operano al di fuori degli ambiti territoriali di appartenenza, acquisendo commesse da enti pubblici diversi da quelli controllanti od affidanti i contratti *in house*<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> Cfr., nello stesso senso, il Libro Verde della Commissione europea del 30 aprile 2004 e la Risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006

<sup>234</sup> Così, Cons. Stato, Sez. II, Parere 18 aprile 2007 n. 456 (reperibile su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)) ha chiarito che la condivisa inconfigurabilità del modello dell'*in house* per le società miste rischierebbe di condurre a far valere gli indirizzi della Corte di Lussemburgo come una sorta di "incoraggiamento" alla costituzione di società pubbliche al 100%, senza alcuna procedura selettiva e senza alcun ricorso al mercato. Il Supremo Consesso amministrativo ritiene, invece, che l'affidamento a soggetti pubblici al 100% costituisca, in qualche modo, la negazione del mercato: non si può immaginare che la Corte di giustizia preferisca tale soluzione rispetto ad un modello che faccia invece rientrare in gioco il mercato e i privati, tramite regolari procedure di gara e con garanzie precise che possono comunque delimitare l'affidamento nell'oggetto e, soprattutto, nel tempo. Il Consiglio di Stato "...Condivide pienamente ...le affermazioni secondo le quali la figura dell'*in house providing* si configura come un modello eccezionale, i cui requisiti vanno interpretati restrittivamente poiché costituiscono una deroga alle regole generali del diritto comunitario".

In tale nuovo regime il d.l. n. 223 del 2006 ha equiparato i due diversi modelli delle società in house e del partenariato pubblico-privato.<sup>235</sup>

In particolare, si è disposto che le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali (non da quelle statali, come invece avviene nel caso di specie) per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti<sup>236</sup>;
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti;
- sono ad oggetto sociale esclusivo<sup>237</sup>.

Nel caso dei servizi di valorizzazione dei beni culturali – avendo riguardo alla sostanza dei rapporti giuridico-economici tra soggetto pubblico e privato – si ritiene, pertanto, che si possa configurare un "affidamento con procedura di evidenza pubblica" dell'attività "operativa" della società mista al *partner* privato, tramite la stessa gara volta alla individuazione di quest'ultimo.

In altri termini, in questo caso, indicato di regola come quello del "socio di lavoro", "socio industriale" o "socio operativo" (come contrapposti al "socio finanziario"), ritengo che l'attività "affidata" (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica che abbia ad oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e quella della qualità di socio.

L'affidamento dovrà evidentemente avvenire a tempo determinato, al fine di evitare che si costituisca una situazione di privilegio per il socio operativo.

---

<sup>235</sup> S. ROSTAGNO, *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). L'Autore osserva che " L'art. 115, 5 co. Lett. b) del d.lgs. n. 267/2000 dunque risulterebbe in via esclusiva la chiave interpretativa ed applicativa nell'ordinamento italiano della nozione di partenariato pubblico-privato di matrice comunitaria alla doppia condizione che il soggetto privato da scegliere con gara per la sua introduzione nella compagine societaria sia un partner industriale e per definizione precario".

<sup>236</sup> Così sancendosi la regola dell'esclusività, in luogo di quella della prevalenza.

<sup>237</sup> Anche se la migliore giurisprudenza ritiene che l'oggetto sociale esclusivo non sembra debba essere inteso come divieto delle c.d. *multiutilities*, ritenendosi che la regola dell'esclusività nei confronti dell'ente pubblico socio valga ad evitare fenomeni distorsivi del mercato.

La peculiarità rispetto alle ordinarie procedure di affidamento sembra allora rinvenirsi, in questo caso, non tanto nell'assenza di una procedura di evidenza pubblica quanto nel tipo di controllo dell'amministrazione appaltante sul privato esecutore: non più l'ordinario "controllo esterno" dell'amministrazione, secondo i canoni usuali della vigilanza del committente, ma un più pregnante "controllo interno" del socio pubblico, laddove esso si giustifichi in ragione di particolari esigenze di interesse pubblico di valorizzazione dei beni culturali.

Risulterebbe infatti paradossale, nella logica comunitaria della tutela della concorrenza, limitare le opzioni di intervento ai soli due estremi assoluti e quindi consentire - sia pure con criteri interpretativi molto restrittivi - una soluzione "tutta pubblica" come unica alternativa a quella, del tutto opposta, del ricorso "pieno" al mercato.

### **5. Conclusioni.**

In conclusione, ritengo che le attività di valorizzazione possano essere espletate dalla Pubblica Amministrazione con le succitate strutture organizzative sia in forma diretta, sia in forma indiretta, previa valutazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti da tale scelta; una valutazione comparativa che deve risultare da un'apposita relazione, nella quale risultino esaminati i risultati economici prevedibilmente conseguibili dalle varie possibili forme di gestione.

L'Ente cui compete la responsabilità delle attività di valorizzazione deve effettuare tale scelta, tenendo conto anche del diverso grado di efficienza che avrebbero le diverse strutture organizzative, nonché della qualità del servizio erogato, mediante un calcolo dettagliato dei costi e dei benefici di ciascuno di essi.

Si evidenzia, inoltre, che una questione specificamente affrontata in dottrina per i problemi di coordinamento suscitati consiste nella esigenza di coordinare appunto il disposto di cui all'art. 115, d.lgs. n. 42 del 2004 con le disposizioni generali contenute nel T.U. enti locali dettate in materia di affidamento dei servizi pubblici locali di cui agli artt. 113 e 113 bis, quest'ultimo vigente prima della nota sentenza n. 272/2004 con cui la Corte Costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità.

Si noti, infatti, che <<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 pervengono>>, è prevista dall'art. 115 del codice del 2004; tuttavia l'art. 113, t.u.e.l., ammette, invece, l'affidamento diretto solo in favore di "società di capitali" le quali siano a totale partecipazione pubblica e presentino gli altri requisiti legittimanti il ricorso all'*in house providing* di derivazione comunitaria; oppure siano a capitale misto pubblico-privato, nel qual caso, tuttavia, il socio privato dovrà obbligatoriamente essere scelto previa gara e non potrà essere altrimenti cooptato.<sup>238</sup>

Il problema del coordinamento tra le due discipline viene risolto dalla dottrina distinguendo tra servizi culturali "di rilevanza economica" e servizi culturali "privi di rilevanza economica", "utilizzando a tal uopo come criterio discriminante tra le due categorie il fatto che gli enti locali organizzino o meno il servizio secondo modalità in astratto idonee a garantire (almeno) la copertura dei costi con i ricavi (per tale definizione del criterio distintivo"<sup>239</sup>.

Certo, non si può sottacere come il modello organizzativo della Società con esclusiva partecipazione pubblica, così come delineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, frustra quelle esigenze di snellezza e speditezza operativa, nonché di autonomia proprie di ogni attività imprenditoriale.

Si è detto, infatti, che il ricorso a tale modulo organizzativo presuppone, tra l'altro, l'esistenza di pregnanti controlli, anche sull'attività, da parte dell'Ente pubblico titolare del servizio e si è altresì evidenziato come, invece, la scelta delle strutture organizzative preposte all'espletamento dei servizi pubblici di rilevanza economica sia stata storicamente ispirata dalla contraria esigenza di riconoscere al gestore del servizio quelle particolari forme di autonomia necessarie ad una gestione secondo criteri di economicità delle suddette attività.

Ove si consideri che l'evoluzione storica di tali modelli organizzativi era volta a far conseguire a dette figure soggettive una maggiore

---

<sup>238</sup> G. PIPERATA, *I servizi culturali nel nuovo ordinamento dei servizi degli enti locali*, in *Aedon*, 2003, n. 3

<sup>239</sup> M. MONTEDURO, *L'affidamento a terzi dei servizi aggiuntivi negli istituti e luoghi di cultura di appartenenza pubblica*, in *Riv. Trim. appalti*, op. cit., p. 455, il quale osserva che "Se i servizi culturali sono organizzati dagli enti locali assicurandone la "rilevanza economica", allora le disposizioni dettate dall'art. 113, t.u.e.l., in quanto concernono la tutela della concorrenza, dovranno considerarsi *in parte qua* inderogabili (*in peius*) dalle normative di settore e, pertanto, prevarranno sulle contrastanti disposizioni di cui all'art. 115, d.lgs. n. 42 del 2004; così non accadrà, di contro, ove i servizi culturali siano da qualificarsi come "privi di rilevanza economica", applicandosi pienamente, in tal caso, le norme dettate dal Codice del 2004".

autonomia e che tale autonomia, invece, è stata enormemente limitata dalla Corte di Giustizia, per esigenze di garanzia della concorrenza e del mercato, viene figurativamente in mente l'immagine di un serpente che si morde la coda.

Ritengo, al contrario, che il modulo organizzativo della Società mista pubblico/privato, così come configurata dal Consiglio di Stato, da ultimo nel citato parere della Sezione II, del 18 aprile 2007 n. 456, consenta il miglior contemperamento possibile delle contrapposte esigenze di autonomia, snellezza e speditezza operativa della figura soggettiva gestore del servizio, delle esigenze statali e comunitarie di tutela della concorrenza e del mercato, nonché, infine, di controllo da parte dell'Amministrazione titolare del servizio.

Altra problematica è quella che investe la riconducibilità dei servizi aggiuntivi nella categoria dei servizi pubblici<sup>240</sup> con l'eventuale e conseguente applicazione, in caso di risposta affermativa, della disciplina prevista dall'art. 113 del T.u.e.l. coordinata con quella di cui all'art. 115 del d.lgs. 42/2004.

Atteso che secondo autorevole dottrina<sup>241</sup> gli elementi identificativi del pubblico servizio consisterebbero nella l'imputabilità e la titolarità del servizio in capo alla p.a., in forza di legge o atto provvedimentale; nella deputatio ad finem; dalla predisposizione da parte della p.a. di riferimento di un programma di gestione; nel caso di affidamento a terzi nel mantenimento, in capo alla pubblica amministrazione, di tutti i poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento, pare alla scrivente che i predetti caratteri siano presenti

---

<sup>240</sup> L'esatta definizione del concetto di servizio pubblico ha posto notevoli problemi già alla dottrina del secolo scorso. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p. 462, il quale, ponendosi la domanda "quale delle due concezioni è giuridicamente accettabile?", concludeva che "per quanto la risposta possa apparir strana, occorre dire che lo sono entrambe".

<sup>241</sup> G. MONTEDORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. ammin.*, n. 1, 2005, p. 102, definisce "concezione soggettiva temperata". Oltre all'opera di R.VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., si vedano, tra gli altri, i contributi di F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir., ad vocem*, pp. 355-374; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, pp. 11-81; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; G. CAIA, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. II, Bologna, 2005, in particolare p. 154 ss.

anche nei servizi aggiuntivi di cui all'art. 117 del Codice dei beni culturali e ambientali.

Questa conclusione sembra avvalorata dalla tesi autorevolmente<sup>242</sup>sostenuta secondo cui i servizi de quibus sarebbero epifania della valorizzazione dei beni culturali cui accedono.

Tale simbiosi pare consacrata ora proprio dal citato art. 117.

CECILIA CAVACEPPI

---

<sup>242</sup> Cfr. S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 673 ss., secondo cui l'attività di "valorizzazione" trova espressione, oltre che nell'incremento del livello di fruizione dei beni culturali e nell'agevolazione delle sponsorizzazioni, anche nell'erogazione al pubblico dei "servizi aggiuntivi"; L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, cit., pp. 672-673, secondo cui "le forme di coinvolgimento dei privati nella valorizzazione possono assumere diverse configurazioni... relativa[mente] ai beni di proprietà pubblica ... possono individuarsi tre principali strumenti: i servizi aggiuntivi; le sponsorizzazioni; le erogazioni liberali"